



ISSN : 1875-4120  
Issue : (Provisional)  
Published : October 2019

This article will be published in a future issue of TDM (2019). Check website for final publication date for correct reference.

This article may not be the final version and should be considered as a draft article.

#### Terms & Conditions

Registered TDM users are authorised to download and print one copy of the articles in the TDM Website for personal, non-commercial use provided all printouts clearly include the name of the author and of TDM. The work so downloaded must not be modified. **Copies downloaded must not be further circulated.** Each individual wishing to download a copy must first register with the website.

All other use including copying, distribution, retransmission or modification of the information or materials contained herein without the express written consent of TDM is strictly prohibited. Should the user contravene these conditions TDM reserve the right to send a bill for the unauthorised use to the person or persons engaging in such unauthorised use. The bill will charge to the unauthorised user a sum which takes into account the copyright fee and administrative costs of identifying and pursuing the unauthorised user.

For more information about the Terms & Conditions visit [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)

© Copyright TDM 2019  
TDM Cover v2.3

# Transnational Dispute Management

[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)

**Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras: práctica española (2018)**

**by F. Pascual-Vives, L. Aragonés Molina, B. Arp, F. Lozano Contreras, M. Requena Casanova, J.Á. Rueda García, J. Urbaneja Cillán**

## About TDM

**TDM** (Transnational Dispute Management): Focusing on recent developments in the area of Investment arbitration and Dispute Management, regulation, treaties, judicial and arbitral cases, voluntary guidelines, tax and contracting.

Visit [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com) for full Terms & Conditions and subscription rates.

## Open to all to read and to contribute

TDM has become the hub of a global professional and academic network. Therefore we invite all those with an interest in Investment arbitration and Dispute Management to contribute. We are looking mainly for short comments on recent developments of broad interest. We would like where possible for such comments to be backed-up by provision of in-depth notes and articles (which we will be published in our 'knowledge bank') and primary legal and regulatory materials.

If you would like to participate in this global network please contact us at [info@transnational-dispute-management.com](mailto:info@transnational-dispute-management.com): we are ready to publish relevant and quality contributions with name, photo, and brief biographical description - but we will also accept anonymous ones where there is a good reason. We do not expect contributors to produce long academic articles (though we publish a select number of academic studies either as an advance version or an TDM-focused republication), but rather concise comments from the author's professional 'workshop'.

**TDM** is linked to **OGEMID**, the principal internet information & discussion forum in the area of oil, gas, energy, mining, infrastructure and investment disputes founded by Professor Thomas Wälde.

# Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras: práctica española (2018)\*

Coordinador: Francisco Pascual-Vives<sup>1</sup>

Redactores: Laura Aragonés Molina<sup>2</sup>, Björn Arp<sup>3</sup>, Fernando Lozano Contreras<sup>4</sup>, Millán Requena Casanova<sup>5</sup>, José Ángel Rueda García<sup>6</sup> y Jorge Urbaneja Cillán<sup>7</sup>

## I. INTRODUCCIÓN<sup>8</sup>

En el periodo examinado por esta crónica (entre los meses de enero y diciembre de 2018) se presentaron un total de 71 arbitrajes de inversión, la administración de 59 de los cuales recayó en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), a saber: 48 bajo las Reglas de Arbitraje del CIADI, cinco bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) y seis al calor del Mecanismo Complementario del CIADI.

En lo que atañe a los arbitrajes internacionales iniciados por los inversores españoles, en otro orden de cosas, destacan cuatro litigios entablados contra Estados de América Latina: *Telefónica, S.A. c. Colombia* (caso CIADI n° ARB/18/3); *Gas Natural SDG S.A. y Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia S.L. c. Colombia* (caso CIADI n° UNCT/18/1); *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. c. Bolivia* (caso CIADI n° ARB(AF)/18/5); y *Enagás S.A. y Enagás Internacional S.L.U. c. Perú* (caso CIADI n° ARB/18/26).

Por su parte, además de recibir tres nuevas demandas que se suman a la saga de arbitrajes sobre las energías renovables [*Itochu Corporation c. España* (caso CIADI n° ARB/18/25); *EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) y Tubo Sol PE2 S.L. c. España* (caso CIADI n° ARB/18/42); y *European Solar Farms A/S c. España* (caso CIADI n° ARB/18/45)], en 2018 también se iniciaron dos arbitrajes de inversión contra España que traen causa de los efectos de las medidas adoptadas durante la venta del *Banco Popular* [*GBM Global y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/18/33); y *Valle Ruiz y otros c. España* (caso CNUDMI)].

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades de investigación desarrolladas como miembros del proyecto “La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho internacional” (Ref. DER2015-63498-C2-1-P MINECO/FEDER).

<sup>1</sup> Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (f.pascualvives@uah.es). Redacta el epígrafe V.

<sup>2</sup> Profesora Visitante de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (laura.aragones@uah.es). Redacta el epígrafe I.

<sup>3</sup> Doctor en Derecho, *Fellow*, *Center on International Commercial Arbitration*, *American University* (arp@american.edu). Redacta el epígrafe II.1.

<sup>4</sup> Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alcalá (jfernando.lozano@uah.es). Redacta el epígrafe III.2.

<sup>5</sup> Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alicante (millan.requena@ua.es). Redacta el epígrafe III.1.

<sup>6</sup> Doctor en Derecho, Asociado Senior, Cuatrecasas, Madrid (joseangel.rueda@cuatrecasas.com). Redacta el epígrafe II.2. Ninguna de las opiniones vertidas en esta crónica debe entenderse como representativas del despacho Cuatrecasas o de sus clientes.

<sup>7</sup> Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Universidad de Alicante (jorge.urbaneja@gcloud.ua.es). Redacta el epígrafe IV.

<sup>8</sup> Epígrafe redactado por la Profesora Laura Aragonés Molina (Universidad de Alcalá).

Al margen de las controversias analizadas en la presente crónica, durante 2018 un total de cinco arbitrajes de inversión iniciados sobre la base de acuerdos sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones (en adelante, APPRI) celebrados por España con otros Estados finalizaron mediante un acuerdo entre las partes, a saber: *Telefónica S.A. c. México* (caso CIADI nº ARB(AF)/12/4, terminado el 20 de febrero de 2018); *Valle Verde Sociedad Financiera S.L. c. Venezuela* (caso CIADI nº ARB/12/18, terminado el 27 de abril de 2018); *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/03/10, terminado el 9 de julio de 2018); *Abertis Infraestructuras, S.A. c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/15/48, terminado el 18 de septiembre de 2018); y *Exeteco International Company S.L. c. Perú* (caso CNUDMI, terminado el 8 de octubre de 2018). Este hecho evidencia la virtualidad del arbitraje de inversión no solo como medio judicial para la solución de las controversias, sino también como un mecanismo que puede permitir a las partes alcanzar una solución amistosa.

En esta crónica se analizan las decisiones emitidas en siete arbitrajes de inversión con interés desde la perspectiva de la práctica española, además de tratarse de manera tangencial otro litigio que tiene como parte demandada a un Estado miembro de la Unión Europea (en adelante, UE) y donde se discuten diversas cuestiones relativas a las relaciones entre el Derecho internacional (en adelante, DI) de las inversiones y el Derecho de la UE [*Vattenfall AB y otros c. Alemania* (caso CIADI nº ARB/12/12, Decisión sobre el asunto Achmea de 31 de agosto de 2018)<sup>9</sup>].

De las siete resoluciones estudiadas, cinco se refieren a controversias desarrolladas en el contexto de la saga de arbitrajes sobre las energías renovables planteada en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía, de 17 de diciembre de 1994 (en adelante, TCE), una es fruto de un arbitraje interpuesto contra Egipto por un inversor español, mientras que la otra resulta de un recurso de anulación presentado por Argentina contra el laudo dictado por un órgano arbitral a favor de un grupo de inversores extranjeros, uno de los cuales tiene nacionalidad española. En las siguientes líneas nos limitamos a informar sobre algunos aspectos relevantes de los arbitrajes de inversión que pertenecen a la saga sobre las energías renovables, dejando para el epígrafe V de esta crónica otras cuestiones de interés como, por ejemplo, las obligaciones de protección de las inversiones examinadas por el órgano arbitral, así como el resultado del arbitraje y, en su caso, la indemnización otorgada al inversor extranjero.

El primer caso estudiado es *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. España* (caso CCE nº V2015/063, Laudo de 15 de febrero de 2018) (en adelante, *Novenergia*), administrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, CCE) y cuyo órgano arbitral estaba formado por J. Sidklev (sueco) como presidente, y por los árbitros A. Crivellaro (italiano) y B. Sepúlveda-Amor (mexicano).

En segundo lugar, en *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España* (caso CIADI nº ARB/14/1, Laudo de 16 de mayo de 2018) (en adelante, *Masdar*), las reglas procesales aplicables fueron las del CIADI y el órgano arbitral estaba formado por J. Beechey (británico) como presidente, y por los árbitros G. Born (estadounidense) y B. Stern (francesa).

El tercer arbitraje de inversión de interés es *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. c. España* (caso CIADI nº ARB/13/31, Laudo de 15 de

---

<sup>9</sup> Este órgano arbitral estaba compuesto por A.J. van der Berg (holandés), como presidente, y por Ch.N. Brower (estadounidense) y V. Lowe (británico), como árbitros.

junio de 2018) (en adelante, *Antin*), administrado por el CIADI y con un órgano arbitral formado por E. Zuleta (colombiano) como presidente, y por los árbitros J.Ch. Thomas (canadiense) y F. Orrego Vicuña (chileno).

En cuarto lugar, fuera de la saga de arbitrajes sobre las energías renovables, destaca *Unión Fenosa Gas, S.A. c. Egipto* (caso CIADI n° ARB/14/4), un litigio planteado por un inversor español sobre la base del APPRI celebrado entre España y Egipto, de 3 de noviembre de 1992, y administrado por el CIADI. El órgano arbitral encargado de dirimir esta controversia estaba formado por V.V. Veeder (británico), como presidente, y por los árbitros J. William Rowley (canadiense) y M. Clodfelter (estadounidense). En su laudo de 31 de agosto de 2018 este órgano arbitral entendió que el Estado huésped había vulnerado la obligación de proporcionar al inversor un trato justo y equitativo, contemplada en el artículo 4.1 de dicho APPRI, estableciendo una indemnización a su favor de 2.013.071.000 dólares estadounidenses, más intereses. Además, le impuso el pago de todos los honorarios legales, así como de las costas procesales.

El quinto arbitraje, esta vez perteneciente a la saga sobre las energías renovables, es *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à r.l. y otros c. España* (caso CCE n° V2015/150, Laudo de 14 de noviembre de 2018) (en adelante, *Foresight*), administrado por la CCE conforme al reglamento de su Instituto de Arbitraje y con un órgano arbitral formado por M. Moser (austriaco) como presidente, y por los árbitros K.M. Sachs (alemán) y R.E. Vinuesa (argentino y español)<sup>10</sup>.

En sexto lugar, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/30, Laudo de 30 de noviembre de 2018) (en adelante, *RREEF*), administrado por el CIADI, constituye el último arbitraje de la saga de las energías renovables analizado en esta crónica. El órgano arbitral está compuesto por A. Pellet (francés) como presidente, y por los árbitros R.G. Volterra (canadiense)<sup>11</sup> y P. Nikken (venezolano). La decisión sobre jurisdicción en este litigio fue analizada en nuestra crónica del año 2016<sup>12</sup>. Durante el año 2019, queda pendiente la cuantificación del daño resarcible a los inversores a partir de las consideraciones sobre la responsabilidad del Estado respecto de cada una de las tecnologías controvertidas en este litigio (termosolar y eólica).

Y, en séptimo y último lugar, se aborda el recurso de anulación planteado por Argentina en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi S.A. c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/19). Este arbitraje versa sobre una serie de medidas adoptadas por Argentina respecto al servicio de distribución y tratamiento del agua potable. Mediante el acuerdo de las partes en la controversia, un mismo órgano arbitral se constituyó para resolver tres arbitrajes de inversión distintos, pero basados en los mismos hechos. En el procedimiento de origen, el órgano arbitral presidido por J.W. Salacuse (estadounidense) y formado por los árbitros G. Kaufmann-Kohler (suiza) y P. Nikken (venezolano), declaró a Argentina responsable por la violación de la obligación de ofrecer un trato justo y equitativo a la inversión de las demandantes reconocida por el artículo 3 del APPRI celebrado entre Francia y Argentina, de 3 de julio de 1991 y el artículo IV del APPRI celebrado entre España y Argentina, de 3 de octubre de 1991. En el procedimiento de anulación Argentina basó su solicitud en las siguientes causas previstas en el Convenio CIADI: 1) el órgano arbitral no se constituyó

---

<sup>10</sup> Quien emitió un voto disidente parcial el 30 de octubre de 2018.

<sup>11</sup> Quien emitió un voto disidente parcial el 30 de noviembre de 2018.

<sup>12</sup> “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (2016)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 33 (2017), 1-230, pp. 18-22, 43, 86-87, 92 y 99-100.

correctamente (art. 52.1.a); 2) el órgano arbitral se extralimitó en sus facultades de forma manifiesta (art. 52.1.b); 3) el incumplimiento grave de normas de procedimiento (art. 52.1.d); y 4) la falta de expresión de motivos en los que se fundó el laudo (art. 52.1.e). En su Decisión sobre anulación de 14 de diciembre 2018, la comisión *ad hoc* compuesta por D.M. McRae (canadiense y neozelandés), en calidad de presidente, y por los árbitros D. Jones (australiano e irlandés) y Tan Sri Dato Cecil W.M. Abraham (malayo), rechazó la solicitud de anulación y ordenó a Argentina el pago íntegro de las costas del procedimiento, asumiendo cada parte sus gastos legales.

## II. LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS EN EL MARCO DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA: LA SAGA DE ARBITRAJES DE INVERSIÓN SOBRE LAS ENERGÍAS RENOVABLES

### *1. Aspectos relacionados con la jurisdicción de los órganos arbitrales: el impacto del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversión<sup>13</sup>*

#### *1.1. Introducción*

2018 fue un año importante para la práctica en materia de protección de las inversiones extranjeras directas en la UE. Primero, el 6 de marzo de 2018 el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) respondió a la cuestión prejudicial planteada en el caso *Achmea* (en adelante, la “sentencia *Achmea*”), a resultas de la cual algunos Estados miembros iniciaron la denuncia de los APPRI<sup>14</sup> celebrados con otros Estados miembros (en adelante, APPRI intra-UE). Y, segundo, la Comisión Europea aprobó y aplicó provisionalmente (excepto las disposiciones sobre el arbitraje de inversión) el Acuerdo Económico y Comercial Global celebrado entre Canadá, la Unión Europea y sus Estados miembros, de 30 de octubre de 2016 (en adelante, CETA)<sup>15</sup>.

Al mismo tiempo, los órganos encargados de resolver los arbitrajes de inversión planteados contra España en el marco de la saga sobre las energías renovables en virtud del TCE han dictado varias resoluciones en donde se pronuncian acerca de las relaciones entre el DI de las inversiones y el Derecho de la UE, toda vez que el Estado huésped y la propia UE (esta última aprovechando sus intervenciones en estos procedimientos como *amicus curiae*) han tratado de atacar su jurisdicción alegando la prevalencia del Derecho de la UE sobre las obligaciones de protección convenidas en el TCE.

---

<sup>13</sup> Epígrafe redactado por el Dr. Bjorn Arp (*Fellow, Center on International Commercial Arbitration, American University*).

<sup>14</sup> “Another One BIT the Dust: Is the Netherlands’ Termination of Intra-EU Treaties the Latest Symptom of a Backlash Against Investor-State Arbitration?”, *Kluwer Arbitration Blog*, de 11 de agosto de 2018, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/11/another-one-bit-dust-netherlands-termination-intra-eu-treaties-latest-symptom-backlash-investor-state-arbitration/?print=pdf>.

<sup>15</sup> *Diario Oficial de la UE* L n° 238, de 16 de septiembre de 2017.

## 1.2. La objeción intra-Unión Europea

### 1.2.1. El impacto de la “sentencia *Achmea*” en los arbitrajes de inversión

La citada “sentencia *Achmea*” ha sido invocada por España (y otros Estados miembros de la UE) para atacar la jurisdicción de estos órganos arbitrales. En *Masdar*, España solicitó que se reabriera el procedimiento de conformidad con el art. 38 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, pero el órgano arbitral rechazó esta solicitud porque la “sentencia *Achmea*” no tenía “relación con el presente caso” (párr. 678). Además, recordó que cuando se adoptó el TCE ningún Estado miembro (ni la propia UE) presentaron una solicitud ante el TJUE para obtener un dictamen sobre la compatibilidad entre este tratado internacional y el Derecho de la UE (párr. 681). De este hecho podría deducirse que ninguno de estos sujetos entendió, en ese momento, que existiera una incompatibilidad jurídica entre ambos regímenes normativos (párr. 681).

La decisión dictada en *Vattenfall c. Alemania* es particularmente útil para comprender la relación entre el TCE y el Derecho de la UE. En este caso, el órgano arbitral de oficio invitó a las partes a expresar sus opiniones sobre la “sentencia *Achmea*” (párr. 15). Después de dos rondas de presentaciones de las partes y una presentación de la Comisión Europea (seguida de las observaciones de cada parte), el órgano arbitral concluyó que no existía base alguna para sostener que un órgano arbitral constituido de acuerdo con el TCE no tuviese jurisdicción debido al Derecho de la UE (párr. 232).

### 1.2.2. Aplicación del artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía a la objeción intra-Unión Europea

Todos los órganos arbitrales que decidieron casos contra España en 2018 rechazaron la objeción a la jurisdicción *ratione personae*, según la cual las inversiones realizadas por un inversor de un Estado miembro de la UE en el territorio de otro Estado miembro de la UE no estarían dentro del alcance del art. 26.1 del TCE, puesto que este no se aplicaría a las “controversias intra-UE”.

En *Masdar*, el órgano arbitral fundamentó su razonamiento interpretando el art. 26 del TCE a la luz de las reglas generales de interpretación previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (en adelante, CVDT). El órgano arbitral observó que nada en el TCE excluía la posibilidad de que un inversor de un Estado miembro de la UE pudiera presentar una demanda de arbitraje contra otro Estado miembro de la UE (párr. 187). El art. 344 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE) no proporcionaba ninguna base legal para impedir esta circunstancia, ya que se refiere a las controversias interestatales (párr. 340). En *Antin* el órgano arbitral mantuvo una posición similar (párr. 228).

El hecho de que la propia UE también sea parte en el TCE y pueda ser demandada en un arbitraje no cambia esta situación (párrs. 218 y 221). Y el uso del término “área” en el TCE tampoco es un indicador de que la membresía de la UE subsuma los territorios de sus Estados miembros en un territorio o área única (párr. 220). El órgano arbitral que resolvió *Antin* observó que no hay “inversores de la UE” y que la noción de inversor solo puede definirse en relación con una ley específica del Estado al que está sujeto (párr. 222).

Además, en su decisión sobre la “sentencia *Achmea*”, el órgano arbitral llamado a resolver *Vattenfall c. Alemania* también puso el art. 26 en relación con el art. 16 del TCE, que establece que ningún otro acuerdo entre las partes puede interpretarse de una manera que limite los derechos reconocidos a los inversores extranjeros en el TCE (párr. 196).

### 1.2.3. La presencia de una “cláusula de desconexión”

Mientras que en *Antin* la demandada alegó que en el TCE no existe una cláusula de desconexión (párr. 180), en *Novenergia* argumentó que el TCE contenía una cláusula implícita de desconexión en los casos donde surgiera una disputa entre un inversor de un Estado miembro de la UE contra otro Estado miembro (párr. 454). No obstante, el órgano arbitral interpretó el texto del TCE de manera literal, concluyendo que nada en el mismo indicaba que las partes hubiesen incluido esta cláusula de desconexión (párr. 454). En este contexto, en *Vattenfall c. Alemania* se declaró que el art. 16 del TCE implica que una cláusula de desconexión solo podría existir si fuera explícita (párr. 202).

### 1.3. La objeción basada en la primacía del Derecho de la Unión Europea

En *Masdar* (párr. 325) y *Novenergia* (párr. 456) se consideró el argumento de que el Derecho de la UE se aplica “en preferencia o de forma prevalente” sobre cualquier norma interna o internacional que también pueda ser aplicable a los mismos hechos. Siguiendo la práctica arbitral anterior<sup>16</sup>, en ambos casos se desestimó esta pretensión del Estado huésped (párr. 341 y párr. 466, respectivamente).

En *Masdar* se señaló que el art. 344 del TFUE se refiere a la solución de controversias entre Estados, mientras que el arbitraje de inversión se realiza entre una entidad privada y un Estado. Nada en el Derecho de la UE impide que se lleve a cabo este tipo de arbitraje en virtud del TCE y el Convenio del CIADI (párr. 340). En *Novenergia*, el órgano arbitral razonó que un argumento de “primacía” solo tendría sentido si el Derecho de la UE se viera afectado (párr. 463). Tanto en términos de jurisdicción (párr. 461) como en el fondo (párr. 460), las disposiciones invocadas por el inversor extranjero no forman parte del Derecho de la UE, sino que son actos normativos adoptados por el Estado huésped (y demandado). Un enfoque similar se siguió *Vattenfall c. Alemania*, donde no se apreció ninguna superposición sustantiva entre las disposiciones que regulan el arbitraje de inversión en el TCE y el Derecho de la UE (párr. 194). En *Antin*, por su parte, el órgano arbitral también abordó los argumentos de España relacionados con la primacía del Derecho de la UE, rechazando que se pudiera llegar a una conclusión favorable al Estado huésped (párr. 229).

### 1.4. La exención para medidas fiscales prevista en el artículo 21 del Tratado sobre la Carta de la Energía

El art. 21 del TCE excluye su aplicación a las medidas tributarias establecidas de buena fe por el Estado huésped. El inversor extranjero tiene la carga de probar la mala fe de la medida controvertida para poder invocarlo con éxito y, como se advirtió en *RREEF* y *Novenergia*, se presume que los Estados adoptan estas medidas de buena fe (párr. 186 y párrs. 521-524, respectivamente).

---

<sup>16</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE n° 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párrs. 444-445). Ver también *Electrabel c. Hungría* (caso CIADI n° ARB/07/19, Decisión sobre jurisdicción, derecho aplicable y responsabilidad de 30 de noviembre de 2012, párr. 4.147); e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. España* (caso CCE n° V2013/153, Laudo de 12 de julio de 2016, párr. 654).

Según el órgano arbitral que resolvió *Novenergia*, “la esencia del argumento de la Demandante es que un impuesto se adopta de buena fe solo si la intención del Estado era aumentar los ingresos de acuerdo con el propósito declarado de ese impuesto” (párr. 523). Pero, de la misma forma que sucedió en *Masdar*, ambos órganos arbitrales no admitieron esta pretensión sobre la ilegalidad del impuesto establecido en la Ley 15/2012 (párr. 525 y párr. 292, respectivamente). Esta normativa, como se afirmó en *Novenergia* y *RREEF* tenía un ámbito de aplicación general y un objetivo legítimo, imponiendo una carga razonable o proporcional a los productores de energía renovable (un gravamen del 7%) (párr. 519 y párr. 188, respectivamente).

En *RREEF*, el órgano arbitral reconoció que la exclusión prevista en el art. 21 del TCE impide que los órganos arbitrales decidan sobre la legalidad de las medidas tributarias adoptadas por un Estado (párr. 191). En su lugar, consideró a estas medidas como un costo que impactaba sobre el beneficio del inversor, algo que debía tenerse en cuenta al evaluar la rentabilidad razonable (párr. 191).

### *1.5. Los efectos de la “sentencia Achmea” en los procedimientos de anulación de los laudos arbitrales iniciados ante los tribunales nacionales*

El impacto jurídico de la “sentencia *Achmea*”, en buena medida, se hace depender tanto del foro al que se haya sometido el arbitraje de inversión, como del lugar donde se haya desarrollado este procedimiento y se desee ejecutar el laudo arbitral. Así, siguiendo el razonamiento del TJUE en la “sentencia *Achmea*”<sup>17</sup>, el Tribunal Supremo alemán ordenó anular el laudo favorable al inversor extranjero dictado en *Achmea c. Eslovaquia*, en el marco de un arbitraje desarrollado bajo las reglas de la CNUDMI y con sede en Fráncfort.

En el caso de los arbitrajes iniciados contra España, en *Novenergia* el Tribunal de Apelaciones sueco suspendió indefinidamente la ejecución del laudo. Mientras que el 19 de abril de 2019 España presentó una solicitud de anulación contra el laudo dictado en *Masdar*, en virtud del art. 52 del Convenio del CIADI, obteniendo también la suspensión provisional de la ejecución del laudo. En este contexto, no es de extrañar que los inversores extranjeros hayan iniciado diversos procedimientos de ejecución más allá del territorio de los Estados miembros de la UE para evitar los posibles efectos de la “sentencia *Achmea*”.

## *2. Aspectos relacionados con el fondo de la controversia: el alcance de las obligaciones de protección de las inversiones previstas en el Tratado sobre la Carta de la Energía*<sup>18</sup>

### *1. Introducción*

Durante el año 2018 el conjunto de órganos arbitrales constituidos para dirimir la responsabilidad internacional de España por los cambios en el marco regulatorio aplicable a la producción de energía eléctrica por plantas renovables emitió cinco decisiones de fondo (*Novenergia*, *Masdar*, *Antin*, *Foresight* y *RREEF*), uniéndose a las dictadas en 2016<sup>19</sup> y

---

<sup>17</sup> Decisión del Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*), de 31 de octubre de 2018, LZB 2/15.

<sup>18</sup> Epígrafe redactado por el Dr. José Ángel Rueda García (Asociado Senior, Cuatrecasas, Madrid). Ninguna de las opiniones vertidas en esta crónica debe entenderse como representativas del despacho Cuatrecasas o de sus clientes.

<sup>19</sup> “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (2016)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 33 (2017), 1-230, pp. 12-14, 18-20, 40-41, 61-62, 74-75 y 96-99.

2017<sup>20</sup> en *Charanne*<sup>21</sup>, *Isolux*<sup>22</sup> y *Eiser*<sup>23</sup>. Estas cinco decisiones concluyeron que, debido a aquellos cambios, España había infringido su obligación de brindar a los respectivos inversores extranjeros demandantes un tratamiento justo y equitativo bajo el art. 10.1 del TCE y, como se ilustra en el cuadro que figura en el epígrafe V (consideraciones finales), impusieron cuantiosas indemnizaciones.

Aunque en todos los casos los órganos arbitrales tenían encomendada la tarea de determinar si los cambios regulatorios eran contrarios o no al TCE, lo cierto es que hay diferencias fácticas significativas entre ellos que obligan a clasificarlos por la tecnología utilizada por las plantas renovables, bien *termosolar* o *eólica*, bien *fotovoltaica*<sup>24</sup>.

En los dos arbitrajes de plantas fotovoltaicas resueltos en 2018 (*Novenergia* y *Foresight*) los inversores también reclamaron daños y perjuicios por las medidas aprobadas por el Gobierno español en 2010 (el mencionado RD 1565/2010 y el RD-L 14/2010) además de por el conjunto de medidas aprobadas entre diciembre de 2012 y junio de 2014, que han sido combatidas en todos los arbitrajes tratados en esta crónica (Ley 15/2012, RD-Ley 2/2013, RD-Ley 9/2013, Ley 24/2013, RD 413/2014 y OM IET/1045/2014). Las medidas de 2010 ya fueron analizadas en *Charanne*, mientras que en *Isolux* se examinó el impacto de las medidas de 2012-2014 sobre las mismas plantas que las de *Charanne*; la novedad estriba en que en *Novenergia* y *Foresight* los tribunales se tuvieron que pronunciar, a petición de los inversores, sobre el efecto global de todas las medidas (2010 y 2012-2014) sobre sus inversiones en plantas fotovoltaicas.

Como hemos indicado, los órganos arbitrales determinaron la responsabilidad del Estado por incumplimiento del estándar del tratamiento justo y equitativo. Las alegaciones de los inversores sobre vulneraciones de otros estándares de protección recogidos en el TCE fueron rechazadas o simplemente no resueltas por razones de economía procesal. Centraremos esta crónica en analizar las conclusiones alcanzadas sobre las vulneraciones del tratamiento justo y equitativo, si bien haremos una breve referencia final a las conclusiones sobre el estándar de expropiación del art. 13 del TCE, en aquellos litigios donde las demandantes también lo invocaron para sustentar sus pretensiones.

## 2. Tratamiento justo y equitativo en los arbitrajes de inversión de los subsectores termosolar y eólico

*Masdar*, *Antin* y *RREEF* se refieren al impacto de los cambios regulatorios de 2012-2014 sobre las inversiones de inversores en los subsectores termosolar (los tres casos) y eólico

---

<sup>20</sup> “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (2017)”, *Transnational Dispute Management*, n° 5 (2018), 1-98, pp. 10-13, 15-16, 21-25, 31-44 y 46-47.

<sup>21</sup> *Charanne BV y Construction Investments S.à r.l. c. España* (caso CCE n° 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016 y opinión disidente del co-árbitro G.S. Tawil de 21 de diciembre de 2015) (en adelante, *Charanne*).

<sup>22</sup> *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. España* (caso CCE n° 2013/153, Laudo de 12 de julio de 2016 y opinión disidente del co-árbitro G.S. Tawil de 6 de julio de 2016) (en adelante, *Isolux*).

<sup>23</sup> *Eiser Infrastructure Limited y Eiser Solar Luxembourg S.à r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/36, Laudo de 4 de mayo de 2017) (en adelante, *Eiser*).

<sup>24</sup> En este sentido, el marco jurídico aplicable a la producción de energía eléctrica por plantas de uno y otro tipo de tecnología antes de las medidas en disputa era similar, con un bloque de normas comunes (la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico; y el RD 661/2007), pero también había diferencias notables dado que en 2010 España aprobó dos normas jurídicas distinguiendo por tecnología renovable (el RD 1614/2010 para la termosolar y la eólica y el RD 1565/2010 para la fotovoltaica).

(RREEF). Estos órganos arbitrales llegaron a concluir la responsabilidad internacional de España bajo el art. 10.1 del TCE, si bien de forma muy distinta.

### 2.1. Masdar

En *Masdar* el órgano arbitral comenzó analizando cuáles son los tipos de compromisos específicos de un Estado que, a su juicio, pueden generar la protección de una expectativa legítima contra cambios regulatorios subsiguientes a la realización de una inversión. En su opinión, hay dos escuelas de pensamiento que se ven reflejadas en la jurisprudencia arbitral: a) una que entiende que las expectativas pueden derivar de afirmaciones generales recogidas en la regulación (párrs. 491-503); y b) otra que considera que las expectativas deben ser específicas (párrs. 504-510). El órgano arbitral no necesitó decantarse por ninguna dadas las circunstancias del caso, de las que concluyó que había claros compromisos específicos de estabilidad del marco regulatorio. De su análisis de la regulación, entendió que España había ofrecido al inversor una garantía de estabilidad regulatoria siempre y cuando éste cumpliera con unos requisitos materiales y procedimentales en la construcción y puesta en funcionamiento de las plantas termosolares y durante una ventana de tiempo, en particular la inscripción definitiva de las instalaciones en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Renovable (en adelante, RAIPRE):

*“512. First, it is important to have in mind the procedure, which had been put in place and with which an investor seeking to benefit from the tariffs granted by Spain in RD661/2007 had to comply. The State guaranteed the stability of the benefits, if the investors fulfilled a certain number of conditions, both procedural and substantial, during a certain window of time. Specifically, the State undertook that it would offer to investors the possibility to continue to enjoy the existing benefits, provided that within a certain window of time, they did everything necessary to enable them to register in the RAIPRE. This was a very specific unilateral offer from the State, which an investor would be deemed to have accepted, once it had fulfilled the substantial condition of construction of the plant and the formal condition of registration within the prescribed “window.””*

El órgano arbitral puso el foco en la serie de intercambios entre los promotores de las plantas termosolares y el Ministerio de Industria español en el transcurso del proceso de inscripción definitiva en el RAIPRE, a saber: a) las resoluciones del Ministerio de Industria español de diciembre de 2009 confirmando la inscripción de las plantas en el llamado Registro de Pre-Asignación de Retribución, creado por el RD-L 6/2009 (párrs. 516-517); b) las cartas enviadas en diciembre de 2010 en nombre y representación de las plantas termosolares solicitando al Ministerio la confirmación del marco regulatorio a ellas aplicable durante su vida útil (párr. 518); y c) con carácter fundamental, las sendas respuestas enviadas en diciembre de 2010 por el Ministerio en contestación a las cartas de las plantas, que el órgano arbitral calificó de la siguiente manera:

*“520. It would be difficult to conceive of a more specific commitment than a Resolution issued by Spain addressed specifically to each of the Operating Companies, confirming that each of the Plants qualified under the RD661/2007 economic regime for their “operational lifetime.””*

Esto fue suficiente para resolver que la posterior abrogación del RD 661/2007 por el RD-L 9/2013 era contraria a las obligaciones de España bajo el art. 10.1 del TCE (párrs. 521-522).

## 2.2. *Antin*

En *Antin* se discutían los mismos elementos fácticos que habían dado lugar a la responsabilidad internacional de España en *Masdar*. Sin embargo, el órgano arbitral optó por una aproximación más teórica al contenido del tratamiento justo y equitativo en el contexto del TCE, dada la profundidad del cambio regulatorio aprobado por España respecto del marco normativo aplicable al tiempo de la inversión.

El órgano arbitral partió del análisis del art. 10.1 del TCE conforme a los criterios de interpretación recogidos en el art. 31 de la CVDT. Desde el punto de vista de su *fin*, determinó que el TCE busca la estabilidad del marco regulatorio aplicable al sector energético para que se pueda lograr una cooperación a largo plazo (párrs. 519-523). Esa estabilidad se encuentra reforzada por la primera frase del art. 10.1 del TCE, que establece que “las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio” (párr. 524). El órgano arbitral señaló que el uso del tiempo futuro en el texto del TCE denota una instrucción u obligación a las Partes Contratantes de crear condiciones estables para las inversiones (párr. 525) y, en último término, que la estabilidad de las condiciones para los inversores es un *leitmotiv* en el texto del TCE y que se encuentra reforzada en la Carta Europea de la Energía, que forma parte de su *contexto* (párr. 526).

El órgano arbitral aceptó el argumento de España de que el TCE restringe el poder regulatorio del Estado pero que no lo cancela o limita al extremo; sin embargo, rechazó que el TCE contuviera los mismos límites que el estándar mínimo de trato del DI general dado que el TCE establece obligaciones específicas a los Estados Contratantes en cuanto a la estabilidad regulatoria (párrs. 530 y 533). Por otro lado, se alineó con otros órganos de la saga sobre las energías renovables al señalar que el TCE protege a los inversores ante cambios imprevistos de las características esenciales del marco regulatorio en vigor al tiempo de la inversión (párr. 531).

El órgano arbitral confirmó el entendimiento general de que el tratamiento justo y equitativo del art. 10.1 del TCE protege las expectativas legítimas de los inversores que: a) deben basarse en un estándar objetivo que debe evaluarse caso por caso; b) deben analizarse al tiempo de la realización de la inversión; y c) deben partir de algún tipo de acción afirmativa del Estado, tanto en forma de compromisos específicos como de representaciones del Estado (párrs. 535-538).

Con el marco regulatorio original, el órgano arbitral concluyó que el Estado había buscado la atracción de inversiones al sector de las energías renovables para cumplir con ciertos objetivos de potencia renovable instalada y entendió que el Estado había insistido de diversas maneras en la estabilidad del marco legal y económico establecido en el RD 661/2007 para atraer inversiones al sector (párr. 540). Por un lado, identificó los preámbulos del RD 661/2007 y del RD 1614/2010 (especialmente aplicable al sector termosolar) y otros actos coetáneos del Estado para declarar que la estabilidad era también el *leitmotiv* en la regulación española al tiempo de la inversión del inversor (párr. 543). Por otro lado, se fijó en el art. 44.3 del RD 661/2007 y el art. 4 del RD 1614/2010, que establecían (leídos conjuntamente) que el marco regulatorio no cambiaría para aquellas instalaciones que estuvieran inscritas en el RAIPRE o al menos en el Registro de Pre-Asignación de Retribución. Para el órgano arbitral estas disposiciones confirmaban la estabilidad del marco original:

*“553. (...) even if Articles 44(3) of RD 661/2007 and 4 of RD 1614/2010, per se, could not give rise to a legitimate expectation that compensation applicable to the Andasol Plants would remain completely unchanged, said provisions did reflect Spain’s commitment to ensuring the stability and predictability of the existing economic regime”.*

Asimismo, afirmó la relevancia de la inscripción de las plantas termosolares en el RAIPRE para lograr la estabilidad del marco regulatorio a ellas aplicable como uno de los tipos de conducta del Estado huésped que generan expectativas legítimas a los inversores:

*“552. The Tribunal is not persuaded that registration in the RAIPRE is simply an administrative requirement to sell energy without any further legal consequences. The Respondent’s explanation is not only inconsistent with the wording of the provisions reproduced above, but it is also at odds with Spain’s contemporary representations that “[f]uture tariff revisions shall not be applied to already functioning facilities.” Given the precision and detail exhibited in the royal decrees, particularly the contemplation that the treatment would be accorded for a defined period of time, the Tribunal has no difficulty in concluding that this falls squarely into the type of State conduct that was intended to, and did, give rise to legitimate expectations of the Claimants” (notas omitidas).*

En cuanto al nuevo marco regulatorio objeto de impugnación, el órgano arbitral confirmó su acuerdo con *Charanne* en el sentido de que un Estado puede frustrar las expectativas legítimas de un inversor si altera los elementos esenciales del marco regulatorio original (párr. 556), concluyendo que bajo este marco original los inversores tenían, entre otros, el derecho a obtener, a su elección, una tarifa regulada o una prima por encima del precio del mercado eléctrico sobre toda la energía producida por las plantas (párr. 559). En cambio, bajo el nuevo marco no había duda de que solo ciertas instalaciones de energía renovable estaban facultadas para recibir una retribución por referencia a “instalaciones-tipo” y que el RD-L 9/2013 y la Ley 24/2013 habían desmantelado todo el régimen previo (párr. 560).

Ante la alegación del Estado de que el único derecho que tenían los inversores bajo el marco original era a recibir una “rentabilidad razonable”, se centró en analizar no si el nuevo marco regulatorio otorga una rentabilidad razonable sino cómo se determina esa rentabilidad razonable (párr. 562). A la luz de la prueba existente y sometida a su consideración, entendió que la metodología para la determinación de esa rentabilidad razonable no cumplía con los requerimientos del TCE y no estaba alineada con las representaciones previas de España sobre la estabilidad del marco legal y económico aplicable a las instalaciones de energía renovable que indujeron inversiones en plantas termosolares (párrs. 563-567), concluyendo que la rentabilidad razonable bajo el nuevo marco no se determina con criterios identificables sino que están sujetos a la discrecionalidad del Estado, por contraposición con la relativa simplicidad del marco original (párr. 568).

Descartada la relevancia de la lucha contra el déficit de tarifa como justificación de las medidas en disputa, el órgano arbitral afirmó que España no había cumplido con su obligación de brindar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de los inversores bajo el art. 10.1 del TCE (párrs. 569-573).

### 2.3. RREEF

En *RREEF* también se concluyó que con la reforma de 2012-2014 España había infringido el art. 10.1 del TCE para las inversiones en los subsectores termosolar y eólico. Empero, su análisis es muy distinto al de *Masdar* y *Antin*, a pesar de tener igualmente los mismos elementos fácticos para inversiones en plantas termosolares y eólicas en España.

El órgano arbitral comenzó también analizando el TCE de manera genérica, concluyendo que las Partes Contratantes quisieron alcanzar un equilibrio entre los derechos soberanos del Estado sobre sus recursos energéticos y la creación de un clima favorable a las inversiones con base en principios de mercado (párr. 239). El órgano arbitral no descartó ni el eventual reconocimiento del derecho a regular del Estado ni el ejercicio de un margen de apreciación en el desarrollo de políticas públicas por el hecho de no estar expresamente reconocidos en el TCE; consideró que los podía admitir como parte de las otras reglas y principios de DI que el órgano arbitral debía aplicar conforme al art. 26.6 TCE (párr. 242). En cualquier caso, entendió que el derecho a regular está limitado por el propio contenido del TCE (párr. 243) y que el poder regulatorio del Estado no puede entenderse limitado por declaraciones implícitas, especialmente en situaciones de crisis (párr. 244).

En cuanto al contenido del estándar del tratamiento justo y equitativo, el órgano arbitral zanjó la discusión “académica” sobre su relación con el estándar mínimo de trato del DI consuetudinario al considerar que, de acuerdo con el art. 10.1 del TCE, el tratamiento justo y equitativo engloba ese estándar mínimo (párr. 258). El órgano arbitral, además, reconoció que aquel estándar contiene como elementos, entre otros, la transparencia, la proporcionalidad y la razonabilidad, así como la protección de las expectativas que sean legítimas, que deben ser analizadas desde una perspectiva objetiva (párrs. 260-261). Para el órgano arbitral, la legitimidad de la expectativa debe verse teniendo en cuenta el poder regulatorio del Estado y su margen de apreciación en el ámbito de la regulación económica (párr. 262).

Desde el punto de vista de la estabilidad, el órgano arbitral reconoció que el Estado está obligado a fomentar y crear condiciones estables para los inversores (párr. 314), aunque esa estabilidad no es absoluta si no existe una cláusula de estabilización (párr. 315). En suma, aceptó la tesis sostenida en *Eiser* sobre la obligación de estabilidad de las características esenciales del marco regulatorio original, según la cual “*the obligation to create a stable environment certainly excludes any unpredictable radical transformation in the conditions of the investments*” (párr. 315).

El órgano arbitral aceptó también que el art. 44.3 del RD 661/2007 contenía una cláusula de estabilidad garantizando la inmutabilidad de las condiciones de las inversiones (párr. 318). Empero, entendió que tanto esta como los arts. 4 y 5 del RD 1614/2010 permitían los cambios regulatorios, por lo que descartó que fueran compromisos firmes de no cambio de las condiciones aplicables a la inversión de una manera que neutralizara *cualquier* cambio regulatorio (párr. 321). En todo caso, sí confirmó que el inversor tenía un derecho a un régimen general que garantizara las ventajas (o características) esenciales que podía esperar cuando hizo su inversión:

“322. *This calls for a general remark: in the view of the Tribunal, in the present case, the Claimants can prevail themselves of an acquired right to a general regime guaranteeing the essential advantages they could reasonably expect when they made their investments. The importance of the extent of the alterations suffered by the*

*Claimants to the conditions of their investments must therefore be assessed taking into account the global balance of costs and benefits which they could reasonably expect compared with that which can be expected on the basis of the ulterior modifications”.*

El órgano arbitral también afirmó que el nuevo marco regulatorio violaba el principio de estabilidad incluido en el tratamiento justo y equitativo debido a sus efectos parcialmente retroactivos, puesto que el nuevo marco regulatorio aplica a la remuneración futura pero subtrae de la misma parte de la ya recibida, lo que supone tener un efecto de “*claw-back*” sobre la remuneración recibida que forma parte del derecho del inversor (párrs. 325 y 328-329). El órgano arbitral determinó los efectos de esta declaración más adelante, distinguiendo entre las dos tecnologías implicadas en el caso.

Tras descartar que el inversor tuviera la expectativa legítima de que no hubiera *ningún* cambio en el marco regulatorio del RD 661/2007 a lo largo de su inversión, el órgano arbitral analizó si el cambio había sido “drástico y radical” y aceptó el argumento del Estado de que la obtención de una “rentabilidad razonable” formaba parte de las garantías dadas a todos los inversores en el sector (párrs. 381-383), lo que lo llevó a determinar que la “rentabilidad razonable” era el principal compromiso específico del Estado y a la vez la única expectativa legítima de los inversores (párrs. 384 y 386).

Así, consideró que este caso guardaba similitudes con *Isolux*, donde se había negado la existencia de expectativas legítimas por considerar que la inversión se hizo en un momento (octubre de 2012) en el que eran previsibles cambios en el marco regulatorio dispuesto por el RD 661/2007 (párr. 392). En *RREEF*, por su parte, la inversión se había efectuado entre febrero y agosto de 2011 y el órgano arbitral no encontró ningún compromiso o garantía del Estado de que no se fueran a producir cambios regulatorios tras la inscripción de las plantas termosolares en el RAIPRE (párrs. 393-396). En ese caso, “*any expectation of the Claimants that the applicable legal regime was never subject to any change whatsoever was not legitimate*” (párr. 398).

Partiendo de considerar que la única expectativa legítima del inversor era la garantía de una rentabilidad razonable de sus inversiones (párr. 470), el órgano arbitral propuso una serie de elementos objetivos para calcularla (párr. 471) y abrió una sección sobre principios de daños específica para determinar el grado de retroactividad de las medidas en disputa y la afectación a esa expectativa legítima, llegando a las siguientes conclusiones.

Con relación a las inversiones en el subsector termosolar, entendió que la tasa de retorno razonable era del 6,86% (5,86% de WACC + 1% de prima de inducción de inversiones adicionales del Estado) después de impuestos (párrs. 586-588) y que el inversor tenía derecho a ser compensado por la diferencia entre esa tasa de retorno razonable y la que obtenía por la aplicación de las medidas en disputa (que las dos partes reconocían que era más baja que ese límite) (párr. 589). Sin embargo, entendió que compensar al inversor por la retroactividad de las medidas, sería compensarlo dos veces por lo mismo (párr. 590).

En lo tocante a las inversiones en el subsector eólico, la tasa interna de retorno real para los parques eólicos estaba en torno al 13%, muy por encima del 7,398% previsto por el Estado en el nuevo marco regulatorio y del coste del dinero en el mercado de capitales, con lo que de ese lado el órgano arbitral entendió que no había vulneración del art. 10.1 del TCE (párr. 569). En cambio, sí estimó necesario compensar a los inversores por los efectos retroactivos de las medidas (párr. 591).

### 3. Tratamiento justo y equitativo en los arbitrajes de inversión del subsector fotovoltaico

Por otro lado, como se señala en la introducción de este epígrafe, *Novenergia* y *Foresight* se refieren al impacto acumulativo de los cambios regulatorios aprobados por el Estado huésped sobre las instalaciones fotovoltaicas durante 2010-2014.

#### 3.1. *Novenergia*

En *Novenergia* se analizó, primero, si las obligaciones de estabilidad y transparencia recogidas en el TCE eran independientes o, si como sostenía el Estado, estaban incluidas en el tratamiento justo y equitativo. El órgano arbitral se alineó con las conclusiones alcanzadas en *Isolux* (2016) y en *Eiser* (2017) entendiendo que eran solo una ilustración de la obligación de respetar las expectativas legítimas de los inversores (párr. 646). Además, confirmó su entendimiento del contenido del citado estándar como comprensivo de la protección de las expectativas legítimas y razonables del inversor, que las expectativas legítimas pueden derivar de compromisos y promesas explícitas o implícitas del Estado y que la expectativa de estabilidad de un marco regulatorio puede nacer de o verse reforzada por conductas o declaraciones del Estado (párrs. 648-651).

Tomando septiembre de 2007 como fecha de la inversión del inversor, el órgano arbitral consideró que la normativa aplicable a esa fecha (Ley 54/1997 y RD 661/2007) fue claramente dictada para conseguir que España cumpliera sus objetivos políticos en materia de energías renovables e identificó que, para lograrlo, España había creado un muy favorable ambiente para la inversión de inversores en energías renovables, cuyo núcleo era el denominado “Régimen Especial” (donde se encuadraba el RD 661/2007) y el único límite para que las plantas fotovoltaicas del inversor se beneficiaran de él era su registro en el RAIPRE, que todas obtuvieron dentro del plazo establecido (párr. 665). Además del contenido de las normas citadas, el órgano arbitral consideró afirmaciones del Estado en diversos instrumentos que tenían como objetivo incentivar inversiones en el sector renovable (párrs. 666-669).

En línea con *Charanne*, las medidas de 2010 no eran contrarias al TCE por cuanto el inversor no tenía la expectativa de que no fuera a producirse *ningún* cambio regulatorio que redujera el valor de su inversión y, además, porque esas medidas tuvieron un impacto pequeño:

*“688. RD 1565/2010 limited the number of years for which the FIT was available and RDL 14/2010 limited the number of hours for which the FIT was available per year. The Tribunal does not consider the measures enacted by the Kingdom of Spain in 2010 to reach the level of an FET breach. The Claimant could not have reasonably expected that there would be no changes at all to the regulatory regime that would lower the value of its investment. (...) The measures enacted in 2010 did not, in the Tribunal’s view, “fall outside the acceptable range of legislative and regulatory behaviour”. Put differently, those measures cannot be considered as having “entirely transform[ed] and alter[ed] the legal and business environment under which the investment was decided and made”. Moreover, the 2010 measures had limited impact on the Claimant. The Tribunal further notes that the harm inflicted on the Claimant and the resulting damages stemming from the 2010 measures is also lower than that claimed by the claimants in Charanne, where the arbitral tribunal did not find a breach of Article 10(1) of the ECT”* (notas omitidas).

Del mismo modo, desestimó la reclamación del inversor por el impacto del RD-L 2/2013 (cambio en el índice de actualización de los valores de la tarifa regulada contenida en el RD 661/2007) dado que, como reconoció el propio demandante, la medida no era tan grave como las posteriores (párr. 689).

En cambio, el órgano arbitral entendió que las medidas en disputa tomadas cronológicamente desde el RD-L 9/2013 (julio de 2013) en adelante sí eran contrarias al TCE y rechazó el argumento de España de que solo las medidas que privan al inversor de todo el valor de su inversión son contrarias al TCE. Para el órgano arbitral, ese test es válido para declarar la existencia de una expropiación bajo el art. 13 del TCE, pero solo un factor más en sede de tratamiento justo y equitativo para determinar si ha habido una alteración de las características esenciales del marco regulatorio original:

*“694. Contrary to what the Respondent suggests, the actions of the Respondent need not have obliterated the Claimant’s investment entirely in order for the Tribunal to consider that the Respondent has breached the FET (...). In the Tribunal’s view, the assessment of whether the FET standard has been breached is a balancing exercise, where the state’s regulatory interests are weighed against the investors’ legitimate expectations and reliance. It is not simply sufficient to look at the economic effect that the challenged measures have had. Destruction of the value of the investment is clearly determinative in the assessment of whether a state has breached Article 13 of the ECT, but it is but one of several factors to consider when determining whether a state has breached Article 10(1) of the ECT. Nevertheless, in the Tribunal’s opinion, the economic effect on a claimant’s investment is an important factor in the balancing exercise pursuant to Article 10(1) as well, as it can go towards showing a change in the essential characteristics of the legal regime relied upon by investors in making long-term investments” (notas omitidas).*

Para el órgano arbitral, la clave radicaba en que las medidas del RD-L 9/2013 en adelante fueron radicales e inesperadas a la luz de las expectativas legítimas y razonables que albergaba el inversor al tiempo de invertir, además de ser significativamente dañinas para su inversión, llevándole a declarar la responsabilidad del Estado:

*“695. Taking into account the Kingdom of Spain’s statements and assurances prior to and in connection with the implementation of RD 661/2007, the legitimate expectations of the Claimant, and the changes introduced through RDL 9/2013, the Tribunal considers these challenged measures as radical and unexpected. The manner in which the Kingdom of Spain adopted the measures including and subsequent to RDL 9/2013 fell “outside the acceptable range of legislative and regulatory behaviour” and “entirely transform[ed] and alter[ed] the legal and business environment under which the investment was decided and made”. Moreover, the challenged measures adopted in 2013 and 2014 had a significant damaging economic effect on the Claimant’s investments as evidenced by the Claimant’s invoked expert reports and the Claimant’s opening statement during the Hearing. The Claimant’s demonstratives, displayed during the Hearing, showed lower revenues on all of the PV Plants, the majority of which showed a decrease between 24 and 32% between 2013 and 2016. In the Tribunal’s view, the measures implemented in 2013 and 2014 by the Respondent certainly constitute a substantial deprivation of the Claimant’s investment. Consequently, the Tribunal considers the Kingdom of Spain’s actions as*

*drastic and unexpected in a manner that is contrary to the Kingdom of Spain's obligation to provide FET to investors”* (notas omitidas).

### 3.2. Foresight

En *Foresight* el órgano arbitral llegó a la misma conclusión que en *Eiser* sobre que el objeto del TCE es asegurar que los marcos regulatorios nacionales sean estables y transparentes y cumplan con los estándares legales internacionales (párr. 350), confirmando algunos de los elementos típicos que forman el contenido normativo del tratamiento justo y equitativo: la estabilidad legal (párr. 351), la protección de las expectativas legítimas (párr. 352) o que la ausencia de un compromiso específico evita que un inversor pueda esperar legítimamente que el marco regulatorio quede congelado (párr. 356).

El órgano arbitral aceptó las conclusiones alcanzadas en *Eiser* y *Novenergia* en el sentido de que el tratamiento justo y equitativo protege ante cambios radicales o fundamentales del marco regulatorio al calor del cual el inversor invirtió (párr. 359). El órgano arbitral encontró un equilibrio entre el derecho a regular del Estado en el interés público y los límites necesarios a ese derecho para que las expectativas del inversor no queden desprovistas de sentido (párr. 364). En cuanto a las expectativas legítimas concretas del inversor, consideró que el inversor no tenía derecho a pensar que el marco regulatorio no fuera a cambiar, pero sí a que el marco regulatorio no cambiaría de manera fundamental y abrupta (párr. 365).

El órgano arbitral distinguió los hechos del caso frente a los de *Masdar* y consideró que, a falta de compromisos específicos garantizando la inmutabilidad del marco regulatorio, era difícil asumir que un inversor razonable no habría esperado ninguna modificación regulatoria del RD 661/2007 (párrs. 367-368). Para llegar a esta conclusión se apoyó en la evolución del marco regulatorio español desde 1998 y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que desestimó recursos de inversores contra anteriores cambios regulatorios al marco aplicable a las energías renovables (párrs. 369-374). Empero, sí consideró que el inversor podía esperar legítimamente que el marco regulatorio no sería cambiado de manera fundamental y abrupta, privándolo de una parte significativa de sus ingresos esperados (párr. 377). El órgano arbitral llegó a esa conclusión a la luz del texto del RD 661/2007, que establecía el pago de una tarifa regulada para toda la vida útil operativa de las plantas fotovoltaicas, así como por las representaciones de autoridades estatales al respecto (párr. 378). Por último, por mayoría notó que era razonable pensar que en el proceso de “*due diligence*” previo a la inversión los abogados de los inversores habrían levantado una “*red flag*” en caso de haber detectado un riesgo de cambio fundamental del marco regulatorio (párr. 380).

Al igual que sucedió en *Novenergia* respecto de las medidas de 2010 y el RD-L 2/2013, por unanimidad entendió que los inversores no tenían una expectativa legítima a evitar un cambio en la regulación entendido implícitamente como *de menor entidad* (párrs. 387-388). En cambio, respecto de las medidas en disputa a partir del RD-L 9/2013, la mayoría del órgano arbitral entendió que el Estado había introducido cambios fundamentales al marco regulatorio aplicable al tiempo de la inversión:

*“390. In the Majority of the Tribunal’s view, the Respondent abrogated RD 661/2007 and replaced it with a new support scheme under RD 413/2014 and MO 1045/2014 pursuant to an entirely new legal and regulatory framework under Law 24/2013. This New Regulatory Regime did not merely modify the fixed FiTs promised to investors*

*under RD 661/2007. Rather, it introduced a number of fundamental changes to the support scheme for the Claimants' PV plants”.*

En vista de la profundidad de los cambios aprobados por España respecto del antiguo modelo regulatorio (párrs. 391-396), la mayoría concluyó de manera similar a *Eiser* y *Novenergia* en cuanto a la detección de un cambio fundamental de modelo que suponía la violación del tratamiento justo y equitativo y que conllevaba el derecho del inversor a ser compensado:

*“397. As the Tribunal has explained in the context of its findings in respect of RD 1565/2010, RDL 14/2010, and RDL 2/2013, sophisticated investors like the Claimants should have reasonably expected that RD 661/2007 could be modified, “but within foreseeable limits”. For the Majority of the Tribunal, this was not the case with the New Regulatory Regime, which as the Eiser tribunal held was an “unprecedented and wholly different regulatory approach, based on wholly different premises” that amounted to a “total and unreasonable change”. The Majority of the Tribunal also agrees with the Novenergia tribunal that the measures that enacted the New Regulatory Regime were “radical and unexpected.*

*398. The Majority of the Tribunal concludes that the Respondent’s enactment of the New Regulatory Regime constituted a fundamental change to the legal and regulatory framework that crossed the line from a non-compensable regulatory measure to a compensable breach of the FET standard in the ECT. Accordingly, the Majority of the Tribunal concludes that RDL 9/2013, Law 24/2013, RD 413/2014 and MO 1045/2013 violated the FET standard as set out in Article 10(1) ECT” (notas omitidas).*

La mayoría del órgano arbitral rechazó el alegato de España de que el marco regulatorio previo (esto es, el del RD 661/2007) constituyera una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior de la UE conforme a la Decisión de la Comisión Europea de 10 de noviembre de 2017 en el expediente SA.40348 (2015/NN) sobre ayudas de Estado y que, por tanto, eliminara las expectativas legítimas de los inversores sobre la estabilidad del marco regulatorio al tiempo de su inversión (párr. 381). En su voto disidente parcial el co-árbitro R.E. Vinuesa explicó las razones que lo llevaron a discrepar de la mayoría en la determinación de la responsabilidad del Estado por infracción del art. 10.1 del TCE; a su juicio: a) conforme al art. 26.6 del TCE, el Derecho de la UE también es DI aplicable a la disputa (párr. 12); b) la Decisión de la Comisión Europea sobre ayudas de Estado prevalece sobre el art. 16 del TCE, dado que se trata de una regla especial por la que la Comisión ha determinado la legalidad del nuevo marco regulatorio español (las mismas medidas combatidas por los inversores (párr. 18); y c) la Decisión de la Comisión Europea sí ha realizado un análisis completo del RD 661/2007, en cuanto la Comisión lo tuvo en cuenta para analizar la proporcionalidad de la compensación recibida por las instalaciones renovables (párrs. 23 y 25).

#### *4. Expropiación*

Cerramos este epígrafe con una exposición de las sucintas conclusiones alcanzadas por dos de los órganos arbitrales sobre la no violación por España del estándar de expropiación del art. 13 del TCE. De las cinco resoluciones comentadas, solo *Novenergia* y *Foresight* analizan la cuestión, mientras que en *Antin* y *RREEF* los demandantes no lo invocaron y en *Masdar* el demandante retiró este argumento durante el procedimiento.

Por un lado, en *Novenergia* el órgano arbitral entendió que la reclamación del inversor por expropiación no estaba tan bien fundada como la del tratamiento justo y equitativo (párr. 760). Para el órgano arbitral, las normas impugnadas no tuvieron ni pretensión ni efectos expropiatorios y, aunque hubieran afectado a la inversión y legitimaran al inversor para ser indemnizado, “*they have nevertheless left unaffected the Claimant’s proprietary rights*” (párr. 761).

El órgano arbitral identificó que los bienes susceptibles de expropiación serían tanto las plantas e instalaciones como las acciones de las sociedades titulares de aquellas. No obstante, tras las medidas adoptadas, el demandante seguía siendo el dueño intacto de todas ellas. Por más que hubiera una disminución de su valor, el órgano arbitral no encontró que las medidas tuvieran un efecto expropiatorio:

“762. (...) *While the value of these assets diminished as an effect of the state measures which proved to be incompatible with the FET obligation, the assets as such were not expropriated nor affected by measures having an effect equivalent to an expropriation. In other words, the Tribunal sees in the challenged measures no “taking” by the Kingdom of Spain, even less an illicit taking*”.

Por otro lado, en *Foresight* el órgano arbitral también identificó que los bienes susceptibles de expropiación eran sus acciones en las sociedades “*holding*” dueñas de los parques fotovoltaicos (párr. 426) y resolvió que el estándar de expropiación (entendida como *indirecta*; párr. 427) requiere una privación sustancial del uso, beneficio o valor de la inversión (párr. 429). En este sentido, concluyó con España que los inversores seguían siendo los dueños intactos de las plantas y continuaban recibiendo una tasa interna de retorno de sus inversiones (párr. 429), lo que no era suficiente para que las medidas constituyeran legalmente una expropiación:

“430. *The Majority of the Tribunal accepts that the Claimants have suffered serious financial losses as a result of the disputed measures. But this is not enough to sustain an expropriation claim. (...)*

431. *In the Tribunal’s view, the disputed measures did not substantially deprive the Claimants’ of the value, use or enjoyment of their investment. Accordingly, the Claimants’ claim under Article 13 ECT is dismissed*”.

### **III. LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS BASADAS EN INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE CARÁCTER BILATERAL**

#### *1. Aspectos relacionados con la jurisdicción del órgano arbitral*<sup>25</sup>

El laudo dictado en *Unión Fenosa Gas, S.A. c. Egipto* resolvió tres objeciones jurisdiccionales planteadas por Egipto. Primera, la falta de jurisdicción *rationae materiae*; segunda, la “división de las reclamaciones” planteadas ante distintos foros arbitrales; y, tercera, la naturaleza esencialmente “contractual” de las reclamaciones.

---

<sup>25</sup> Epígrafe redactado por el Profesor Dr. Millán Requena Casanova (Universidad de Alicante).

### 1.1. *La jurisdicción ratione materiae*

La primera objeción impugnaba la jurisdicción *ratione materiae* del órgano arbitral, al considerar Egipto que las demandantes solo habían realizado una mera transacción comercial a través de un contrato de compraventa de gas natural (en adelante, “SPA”), que no podía calificarse como una inversión protegida ni por el APPRI ni por el art. 25.1 del Convenio del CIADI. En concreto, todas las reclamaciones se basaban en el supuesto incumplimiento de Egipto, a través de la sociedad estatal *EGAS*, de su obligación contractual de suministrar los volúmenes de gas acordados en virtud del “SPA”. Por el contrario, la demandante sostenía que su participación en el 80% de la empresa estatal egipcia *SEGAS*, sus derechos contractuales y legales en virtud del “SPA” y acuerdos relacionados, así como su capital, servicios y recursos invertidos en el Proyecto “Damietta” eran todos derechos y activos que constituían, individual y colectivamente, inversiones protegidas en el sentido tanto del art. 1.2 del APPRI controvertido como del art. 25.1 del Convenio del CIADI.

En cuanto al contrato de compraventa de gas natural, el órgano arbitral afirmó que, en su conjunto, constituía una “inversión” de acuerdo al APPRI, como los “*rights to engage in economic and commercial activities authorized by law or by virtue of a contract, particularly those rights to [...] exploit natural resources*” (párr. 6.66). Asimismo, afirmó que los derechos contenidos en el “SPA” satisfacían los criterios del “test *Salini*” en relación con la duración, el beneficio y el rendimiento, el riesgo y el compromiso con el desarrollo de la economía del Estado receptor de la inversión.

Con relación a las acciones en *SEGAS*, el órgano arbitral sostuvo que, en el momento de su adquisición por parte de la demandante, estas se calificaban como una “inversión” según el art. 1.2.1 del APPRI, en tanto que “*shares and other forms of participation in companies*” y el artículo 25 del Convenio CIADI, si bien sujeto a la continuidad de dicha participación y los derechos de *SEGAS* en virtud del Contrato de Peaje de *EGAS* (párr. 6.67).

El órgano arbitral asumió la visión “holística” de una “inversión” planteada por la demandante y apoyada, entre otros casos, en *Chevron c. Ecuador* (caso CPA n° AA277, Laudo parcial de 1 de diciembre de 2008, párrs. 86 y 163-164), concluyendo que la propiedad y el contrato de la demandante, los derechos en acciones de *SEGAS* y sus derechos en virtud del “SPA” eran partes de la misma inversión y debían considerarse de manera integral (párr. 6.68).

### 1.2. *Los efectos de la litigación paralela*

En segundo término, Egipto sostenía que la demandante (junto con la empresa *SEGAS*) elaboró una estrategia abusiva de “división de reclamaciones” ante distintos foros arbitrales. En concreto, había iniciado dos arbitrajes comerciales ante el Centro Regional para el Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, CRCICA) en El Cairo, un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) en París (iniciado por *SEGAS*) y el presente arbitraje de inversión ante el CIADI, con la relevante superposición fáctica, así como de testigos y peritos. En este punto, el órgano arbitral concluyó que:

*“the Claimant and SEGAS have come close to the dividing line between proper and improper conduct in pursuing four separate arbitrations, under the Treaty, the SPA and the EGAS Tolling Contract with such overlapping factual issues and evidence”* (pár. 6.80).

Sin embargo, precisó que la situación en este caso era sustancialmente diferente de otras precedentes [*Helnan c. Egipto* (caso CIADI n° ARB/05/19, Laudo de 3 de julio de 2008, párr. 163); *Grynberg c. Granada* (caso CIADI n° ARB/10/6, Laudo de 10 de diciembre de 2010, párr. 7.1.11); y *Orascom c. Argelia* (caso CIADI n° ARB/12/36, Laudo de 31 de mayo de 2017, párr. 542)], pues:

*“[i]n those cases, there was bad faith and/or res judicata found against the claimants. In this case, given the cumulative effect of the different disputing parties, applicable laws and causes of action under the separate legal instruments, there can be no res judicata effect of the ICC arbitration award upon the Claimant and the Respondent in this ICSID arbitration. As to bad faith, the Tribunal does not find that the Claimant (with SEGAS) was not acting in good faith, although its tactics appear to the Tribunal be wasteful of time, effort and expense, both for EGAS and the Respondent but also, possibly, for the Claimant and SEGAS. Unfortunately, consensual arbitration ill serves multi-party disputes”* (pár. 6.81).

Cabe destacar que el órgano arbitral consideró que no había un paralelismo con *Orascom c. Argelia*, donde se había declarado la inadmisibilidad de la reclamación conforme a los principios de buena fe y abuso de derecho, precisando que en aquel caso (resuelto en 2017) el inversor había estructurado deliberadamente su inversión a través de varias capas de entidades corporativas para obtener la protección de múltiples APPRI (párr. 6.81).

### 1.3. Las reclamaciones convencionales y contractuales

En tercer lugar, Egipto alegó que la naturaleza de la reclamación presentada por el inversor español era esencialmente comercial, pues compartía el mismo fundamento que las reclamaciones formalizadas ante el CRCICA y la CCI (el incumplimiento del “SPA”), sin que la demandante hubiera demostrado que las reclamaciones ante el CIADI tuvieran una existencia autónoma. De conformidad con el principio de *litispendencia*, el órgano arbitral debería rechazar su jurisdicción para evitar que la estrategia abusiva de reclamaciones múltiples diera lugar a varias compensaciones por los mismos hechos.

Este argumento no prosperó, dado que el órgano arbitral aceptó que todas las reclamaciones ante él planteadas se basaban en supuestas infracciones de las obligaciones en virtud del APPRI y no se derivaban de las infracciones contractuales del “SPA” o acuerdos relacionados por parte de *EGAS*, aunque reconoció que *“there is a significant factual overlap between issues common to these treaty and contractual claims”* (pár. 6.83).

## 2. Aspectos sobre el fondo de la controversia<sup>26</sup>

### 2.1. Introducción

Dos son, por este orden, las cuestiones de fondo principales sobre las que giran las consideraciones del órgano arbitral en *Unión Fenosa Gas, S.A. c. Egipto*: 1) si los argumentos expuestos por el Estado huésped eran susceptibles de evitar que fuera declarado internacionalmente responsable al concurrir la circunstancia del estado de necesidad; y 2) si Egipto vulneró el tratamiento justo y equitativo contemplado en el art. 4.1 del APPRI celebrado entre España y Egipto y, en caso afirmativo, el órgano arbitral manejó y aplicó

---

<sup>26</sup> Epígrafe redactado por el Profesor Dr. Fernando Lozano Contreras (Universidad de Alcalá).

acertadamente las reglas sobre atribución y reparación contempladas en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (A/RES/56/83, de 28 de enero de 2002).

## 2.2. *La no concurrencia del estado de necesidad*

Determinados aspectos relacionados con la interpretación y alcance del estado de necesidad han adquirido recientemente un mayor protagonismo al haber trascendido al ámbito de la protección internacional de las inversiones extranjeras, ámbito en el que se han resuelto, durante los últimos años, algunos casos en los que esta circunstancia ha llegado a jugar un papel transcendental. Este caso precisamente ejemplifica este proceso de revitalización que el estado de necesidad está experimentando en ese sector de normas. Y es que la conflictividad en este sector ha experimentado un crecimiento exponencial siendo cada vez más frecuentes los casos en que los inversores extranjeros han visto bloqueadas sus inversiones por motivos de seguridad nacional o han sido objeto de otras medidas restrictivas después de su establecimiento. En algunas causas, como esta que nos ocupa o varias de las incoadas contra Argentina con motivo de la crisis económica del periodo 2001-2003<sup>27</sup>, las autoridades del Estado huésped se han amparado en razones de seguridad o de orden público ante el advenimiento de crisis económicas, sociales y políticas, para acometer medidas de ese tipo.

Egipto trató de justificar las supuestas violaciones que sus autoridades habían realizado del APPRI (principalmente las que afectaban al estándar del trato justo y equitativo) alegando la mencionada circunstancia de necesidad, que como bien es sabido, es una de las causas de exclusión de la ilicitud de una conducta llevada a cabo por un Estado a las que estos pueden acudir en virtud del DI consuetudinario.

El reconocimiento del estado de necesidad como causa capaz de excluir la ilicitud de un hecho llevado a cabo por un Estado, obedece principalmente al deseo de crear un instrumento de carácter excepcional para proteger aquellos intereses esenciales amenazados por un peligro grave e inminente que, en caso de cumplirse una obligación internacional de menor importancia o urgencia, podrían ser destruidos o cuando menos gravemente menoscabados. Así queda reflejado en el art. 25 del proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y en el que el órgano arbitral encargado de resolver esta controversia, decidió basar su decisión como expresión del DI consuetudinario en vigor<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> LOZANO CONTRERAS, F., “El estado de necesidad y las cláusulas de emergencia contempladas en los APPRI: los casos argentinos ante el CIADI”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, nº 1 (2013), pp. 101-129.

<sup>28</sup> Señala este precepto: “1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad”.

Egipto, en este caso, valiéndose de los argumentos esgrimidos en otras controversias resueltas en el marco del CIADI<sup>29</sup> y la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ)<sup>30</sup> (en las que dicha circunstancia fue tomada en consideración), afirmó que la privatización del servicio eléctrico nacional fue la única manera de salvaguardar los intereses esenciales estatales de un peligro grave e inminente. La priorización del suministro de gas a las necesidades domésticas era la única forma de mantener el orden y los servicios básicos, ya que el sector eléctrico en Egipto dependía en gran medida del gas natural para alimentarlo.

Si el demandado hubiera actuado de otra manera, habría padecido, en su opinión, apagones más numerosos y prolongados, e incluso más severos, lo que en última instancia habría incrementado las protestas y manifestaciones violentas, agravando aún más la peligrosa situación de seguridad por la que atravesaba un país que, por aquel entonces, soportaba niveles históricos de violencia, fuera de control debido a disturbios y enfrentamientos a lo largo de todo su territorio. La policía no podía mantener bajo control la situación, lo cual constituía, según Egipto, una amenaza al funcionamiento básico de la sociedad y al mantenimiento de la estabilidad interna. Todo ello causó una caída dramática y justificada en el abastecimiento de gas natural tanto para el consumo interno como para la exportación (párrs. 8.5-8.21).

El órgano arbitral, no obstante, desestimó la concurrencia del estado de necesidad y concluyó que Egipto había frustrado las expectativas legítimas de la demandante derivadas del compromiso del Ministerio de Petróleo con respecto a la inversión, violando así el estándar controvertido. Tomando como referencia el citado art. 25 del proyecto de artículos de la CDI, concluyó acertadamente que Egipto no había demostrado fehacientemente haber cumplido acumulativamente, durante el periodo de crisis y tumultos reseñados, las cuatro condiciones básicas definidas en dicho precepto y que son requeridas para considerar que efectivamente se da un estado de necesidad susceptible de justificar el incumplimiento de los estándares de protección de las inversiones tipificados en los APPRI, insistiendo en el carácter excepcional de esta circunstancia así como en las consecuencias que se derivaban de su válida invocación, tipificadas en el art. 27 del mismo proyecto de artículos de la CDI (temporalidad e indemnización)<sup>31</sup>.

Con el fin de realizar una correcta valoración e interpretación, se tuvieron en cuenta las circunstancias particulares de cada caso así como los requisitos acumulativos y límites contemplados en dicho precepto.

El órgano arbitral, en primer lugar, advirtió que las interferencias en la inversión comenzaron antes de 2010 (es decir, antes de la crisis financiera mundial y la Revolución egipcia) y que han continuado hasta nuestros días, pese a no concurrir ya ninguna de esas dos circunstancias; también añadió que las medidas que se adoptaron contra el inversor no eran la única manera de salvaguardar un interés esencial contra un daño grave e inminente, entre

---

<sup>29</sup> *LG&E y otros c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad de 3 de octubre 2006, párr. 251); *Impregilo c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/07/17, Laudo de 21 de junio de 2011, párr. 346); y *Von Pezold c. Zimbabwe* (caso CIADI n° ARB/10/15, Laudo de 28 de julio de 2015, párrs. 628-630).

<sup>30</sup> *Gabčíkovo-Nagyymaros (Hungría/Eslovaquia)*, fondo, Sentencia de 25 de septiembre de 1997, párrs. 48-53.

<sup>31</sup> El art. 27 del proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud) elaborado por la CDI establece: “La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de: a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir; b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión”.

otras razones porque la falta de electricidad en Egipto fue causada principalmente por una red nacional inadecuada y una falta de generación de energía alternativa al gas. En opinión del órgano arbitral, el desequilibrio entre la oferta y la demanda no fue causado por la revolución egipcia o la crisis financiera global. La causa próxima fue la escasez general de gas egipcio como consecuencia de una errónea política de suministro energético plagada de subvenciones y subsidios para incentivar y priorizar el consumo de gas, pero no acompañada de esfuerzos encaminados a encontrar nuevos yacimientos capaces de cubrir la demanda. En conclusión, aunque Egipto no contribuyó conscientemente a la situación de necesidad en la que pretendía escudar su conducta o comportamiento, el resto de circunstancias cumulativas no se habrían cumplido, por lo que no cabría alegar el estado de necesidad (párrs. 8.37-8.62).

### *2.3. La violación del trato justo y equitativo y la atribución de esa conducta al Estado huésped*

El órgano arbitral consideró a Egipto internacionalmente responsable por vulnerar el art. 4.1 del APPRI controvertido, que prohíbe (entre otras cosas) que el Estado huésped se comporte de manera injusta, arbitraria, discriminatoria o en violación de las debidas garantías de todo proceso, incluyendo también, dentro de dicho estándar, toda conducta que frustre las expectativas legítimas del inversor.

Para llegar a esta conclusión, el órgano arbitral analizó una carta de 5 de agosto de 2000, donde el Ministerio de Petróleo egipcio respaldó plenamente el Contrato de Compraventa de Gas Natural firmado entre *Unión Fenosa* y *EGPC*, una empresa estatal de dicho país. En este contrato (cláusula 21.1), *EGPC* se comprometió a procurar que las autoridades egipcias no interfirieran con los derechos de *Unión Fenosa* contenidos en el contrato y que no se iban, por lo tanto, a dictar o promulgar normas o leyes que pudieran afectar los derechos de la demandante o afectar su capacidad y la de *EGPC* para desempeñar sus obligaciones contractuales.

En base a la carta y la disposición contractual antes mencionada, el órgano arbitral concluyó que la demandante tenía expectativas legítimas de que Egipto no iba a interferir en su relación contractual con *EGPC*. Sostuvo que, al cerrar la Planta “Damietta”, las autoridades egipcias privaron a la demandante de la posibilidad de cumplir con el contrato, frustrando así sus expectativas legítimas en contravención del APPRI (párr. 9.52-9.53).

Sin embargo, el órgano arbitral decidió que las otras violaciones alegadas por la demandante en relación con el desempeño del contrato y acuerdos firmados entre *EGPC* y *Unión Fenosa* de índole menor (los denominados derechos de peaje) no podían atribuirse a Egipto, ya que *EGPC* era una entidad jurídica separada sin ninguna autoridad para comprometer a Egipto a través de su conducta (párrs. 9.49-9.89).

Mención separada en este apartado merece la cuestión de la atribución del hecho internacionalmente ilícito al Estado, ya que Egipto afirmó que las decisiones disputadas no eran atribuibles al Estado y que, por lo tanto, no podrían dar pie a su responsabilidad internacional bajo el APPRI. El órgano arbitral acertadamente valoró las respectivas posiciones de las partes sobre la base del citado proyecto de artículos de la CDI y un análisis pormenorizado de la jurisprudencia arbitral<sup>32</sup> e internacional<sup>33</sup>, que son donde, conforme a su

---

<sup>32</sup> *Jan de Nul c. Egipto* (caso CIADI n° ARB/04/13, Laudo 6 de noviembre de 2008, párr. 146); *Bayindir c. Pakistán* (caso CIADI n° ARB/03/29, Laudo de 27 de agosto de 2009, párr. 119); *EDF c. Rumanía* (caso CIADI n° ARB/05/13, Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 190); *Gustav Hamester c. Ghana* (caso CIADI n°

opinión, se reflejan con autoridad los principios del DI consuetudinario en relación con la atribución.

En cuanto a los comportamientos llevados a cabo por los órganos pertenecientes al poder ejecutivo de la demandada, como autoridades propias, no surge ninguna controversia en cuanto a la atribución. El art. 4 del citado proyecto de artículos de la CDI confirma que, según el DI general, la conducta del poder ejecutivo de un Estado se considerará como un acto de ese Estado. Por lo tanto, la conducta del Ministro de Petróleo, al igual que con otros Ministerios y el Consejo de Ministros, era atribuible a la demandada.

El problema surge con respecto a los actos de *EGPC* y *EGAS*. Las entidades consideradas como órganos incluyen automáticamente a cualquier persona o entidad que tenga ese estatus de acuerdo con la ley interna del Estado. Esto normalmente excluye a las entidades que gozan de personalidad jurídica separada según la ley interna. Sin embargo, según el proyecto de artículos de la CDI, la conducta de ciertas instituciones que desempeñan funciones públicas y ejercen poderes públicos también se atribuye al Estado, incluso si esas instituciones se consideran en el derecho interno autónomas e independientes del gobierno ejecutivo. El órgano arbitral fue consciente de que *EGPC* y *EGAS* no se consideraban como un órgano del Estado según la ley egipcia y que gozaban de una personalidad jurídica separada conforme a la misma. El hecho de que fueran propiedad del Estado en su totalidad no tenía consecuencias importantes. Las empresas estatales corporativas existentes fuera de la estructura del Estado son un fenómeno común. Tener derecho a participar en el sector público, no es lo mismo que ser parte integral del aparato estatal. La participación de *EGPC* y *EGAS* en el desarrollo y la explotación de los recursos naturales no podía considerarse como una actividad puramente gubernamental. Así las cosas, el órgano arbitral concluyó que el demandante no había demostrado con respecto a *EGPC* y *EGAS* una subordinación directa diaria al gobierno central, o la falta de toda autonomía operativa como para que sus conductas encajasen en el supuesto del citado art. 4 (párrs. 9.90-9.112).

El órgano arbitral tampoco consideró que sus conductas pudieran encajar en el supuesto de atribución del art. 5 relativo a la conducta de personas o entidades que ejercen atribuciones del poder público. La demandante no había probado que ambas estuvieran facultadas por la ley egipcia para ejercer atribuciones gubernamentales. Por lo tanto, tampoco cabría aplicar este supuesto de atribución (párrs. 9.113-9.114).

El órgano arbitral examinó el supuesto de atribución recogido en el art. 8 del proyecto de artículos de la CDI, dedicado al comportamiento bajo la dirección o control del Estado y consideró que había pruebas abrumadoras de que las decisiones de *EGPC* y *EGAS* se tomaron con la bendición y bajo la supervisión de los niveles más altos del gobierno egipcio. Dichos actos serían atribuibles a la demandada de conformidad con el art. 8, ya que *EGPC* y *EGAS* actuaron de hecho, siguiendo instrucciones o bajo la dirección o el control de la demandada (párrs. 9.115-9.119 y 9.121).

---

ARB/07/24, Laudo de 18 de junio de 2010, párr. 184); *Ulysseas c. Ecuador* (caso CNUDMI, Laudo de 12 de junio de 2012, párr. 134); y *Ampal c. Egipto* (caso CIADI n° ARB/12/11, Decisión sobre responsabilidad y daños de 21 de febrero de 2017, párr. 138).

<sup>33</sup> *Aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, fondo, Sentencia de 3 de febrero de 2009, párrs. 393-394.

## IV. LOS RECURSOS INTERNACIONALES CONTRA LOS LAUDOS ARBITRALES<sup>34</sup>

Conforme al orden en que se abordaron por la comisión *ad hoc*, las pretensiones sobre las que Argentina fundamentó la solicitud de anulación en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi S.A. c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/19) fueron las siguientes: a) el órgano arbitral había reproducido conclusiones adoptadas en los procedimientos acumulados; b) composición incorrecta del órgano arbitral, debido al conflicto de intereses de uno de los árbitros (G. Kaufmann-Kohler); c) incumplimiento de las demandantes del requisito de litigar durante 18 meses ante la jurisdicción argentina; d) la falta de apreciación por el órgano arbitral del estado de necesidad; y e) una incorrecta valoración de los daños.

### *1. Los efectos en el laudo de la acumulación procesal de varios arbitrajes de inversión*

Argentina consideró que se habían reproducido partes significativas de las conclusiones y razonamientos empleados en las decisiones de los otros litigios resueltos por el mismo órgano arbitral, lo que implicaría una extralimitación de funciones (art. 52.1.b del Convenio CIADI), el quebrantamiento de una norma fundamental del procedimiento (art. 52.1.d del Convenio CIADI) y una falta de motivación de su decisión (art. 52.1.e del Convenio CIADI).

La comisión *ad hoc* partió de la existencia de elementos comunes entre los tres procedimientos, lo cual estarían admitiendo las partes al haber acordado que un mismo órgano arbitral se hiciera cargo de los mismos (párr. 134). Sin embargo, advirtió que esta circunstancia no era óbice para que se ofreciera una solución individualizada a cada uno de ellos:

“no identificar correctamente los hechos y circunstancias de un caso puede llevar a la impresión de que el tribunal no ha prestado la atención necesaria al análisis sustantivo aplicable en cada caso individual. Por lo tanto, no es sorprendente que el alcance de repetición identificado por la Demandada en este caso, así como los errores en la identificación de los hechos y circunstancias, generaran inquietudes de que el Tribunal no había prestado plena consideración a los aspectos particulares de este caso” (párr. 135).

Atendiendo a tres circunstancias específicas, la comisión *ad hoc* analizó si esta repetición resultaba de tal identidad que podía determinar la anulación del laudo, al reproducir en el mismo razonamientos no correspondientes al litigio controvertido, sino a los otros dos procedimientos.

En primer lugar, el órgano arbitral utilizó términos que sólo eran aplicables a los demás casos. Por ejemplo, AASA (en lugar de APSF), Argentina o al Estado argentino (cuando la referencia debió ser a la Provincia de Santa Fe), o alusiones a un “área metropolitana” (cuando la referencia debería haber sido al “Área de Concesión de Santa Fe”). La comisión consideró que, a pesar de haber existido una falta de concreción, esta no era causa suficiente para apreciar un quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento o una falta de motivación. Para ello, serían necesarios otros argumentos adicionales, como “que el Tribunal no prestó debida consideración a los argumentos de las partes o ignoró las pruebas pertinentes” (párr. 141).

---

<sup>34</sup> Epígrafe redactado por el Profesor Dr. Jorge Urbaneja Cillán (Universidad de Alicante).

En segundo lugar, el órgano arbitral pareció referirse a argumentos que eran aplicables a los demás casos, pero no a este, usando términos como “abrupto” y “repentino” con respecto a la terminación (que no se aplicaban en realidad a la Concesión de Santa Fe), referencias a “falta grave” y “grandes multas” (que no resultaban pertinentes) o a un “flujo de ingresos de 21 años” y una “revisión de aranceles de cinco años” (párr. 139).

En tercer lugar, había otras reproducciones inaplicables a la Concesión de Santa Fe que condicionaron directamente la decisión del órgano arbitral sobre el alcance del estándar del trato justo y equitativo, el estado de necesidad y la valoración de daños. Todas ellas se referían a la “persistente negativa de Argentina de revisar la tarifa”, lo cual no había ocurrido en este caso. También se habían omitido hechos como la dureza del impacto en el área de Santa Fe y las inundaciones que afectaron a dicha área (párr. 140).

La comisión *ad hoc* advirtió que no resultaba satisfactorio que el órgano arbitral hubiera adoptado su decisión sobre los razonamientos de otros casos, sin la adecuada individualización. Sin embargo, ello no permitía concluir que se hubiera violado una norma fundamental del procedimiento arbitral (como el debido proceso o la igualdad de trato procesal) (párr. 145).

En términos similares, estimó que esta repetición tampoco implicaba una ausencia de motivación en relación con la violación del estándar de trato justo y equitativo, la apreciación del estado de necesidad o la valoración de los daños. La comisión consideró que no se había producido una falta de motivación porque, en esencia, los argumentos de Argentina habían sido rechazados (párr. 147). A idénticas conclusiones llegó en relación con los argumentos sobre la apreciación del estado de necesidad y la valoración de los daños (párr. 148).

De esta forma, la comisión *ad hoc* entendió que el órgano arbitral sí había ponderado los argumentos de Argentina y los hechos particulares de la Concesión de Santa Fe, si bien estos fueron finalmente rechazados. En suma, concluyó que no concurrían las causas de anulación planteadas por la solicitante.

## *2. La incorrecta composición del órgano arbitral*

Argentina consideró que el órgano arbitral no se había constituido adecuadamente, ya que uno de sus miembros (G. Kaufmann-Kohler), no reunía los requisitos exigidos por el Convenio del CIADI para ser nombrada como árbitro. En concreto, Argentina alegaba que la citada árbitro estaba vinculada a *UBS* y esta compañía, a su vez, tenía acciones en *Suez*, una de las demandantes. A juicio de Argentina, esta circunstancia determinaba una falta de la independencia necesaria y exigida a los árbitros en el art. 14 del Convenio del CIADI.

Aunque Argentina propuso su recusación, esta había sido rechazada por los otros dos miembros del órgano arbitral. Por tanto, según el criterio de Argentina, esta circunstancia habría determinado una constitución incorrecta del órgano arbitral (art. 52.1.a del Convenio CIADI).

La comisión *ad hoc* afirmó que debía considerarse, como hecho relevante, que había existido una decisión sobre recusación (párr. 160). Así las cosas, la comisión no podía valorar si el órgano arbitral se había formado correctamente (párr. 163), sino que debía centrarse en determinar la posible anulación de la decisión sobre recusación (párr. 164). En este sentido, consideró que el estándar adecuado para enfrentarse a una anulación de esta naturaleza era

determinar si la decisión controvertida era “tan irrazonable que ninguna persona razonable podría haberla tomado” (párr. 165), dado que la anulación es una revisión de naturaleza limitada y no funciona como una apelación.

En la decisión sobre recusación, los otros dos miembros del órgano arbitral, tras analizar las causas recusación presentadas por Argentina, desestimaron la solicitud al concluir que no se había producido una manifiesta falta de las cualidades de independencia e imparcialidad que debía reunir un árbitro. Según la comisión, esta decisión sobre la recusación:

“no podía considerarse tan claramente irrazonable que ninguna persona razonable pudiera haberla tomado. De hecho, los encargados de la toma de decisiones en otros casos han llegado precisamente a la misma conclusión esencialmente por los mismos motivos con respecto a los intentos de recusar a la Profesora Kaufmann-Kohler que en este caso” (párr. 168).

Así, la comisión rechazó esta pretensión, considerando que el órgano arbitral se había constituido adecuadamente y que no se había vulnerado el derecho a un tribunal imparcial e independiente (párr. 170).

### *3. El requisito de la litigación previa ante los tribunales argentinos*

Argentina solicitó la anulación del laudo al afirmar que se había invocado la cláusula de la nación más favorecida prevista en el art. IV.2 del APPRI celebrado entre Argentina y España, permitiendo a *Agbar* e *InterAguas* presentar el arbitraje internacional eludiendo el requisito de litigar 18 meses ante los tribunales locales dispuesto en el APPRI controvertido. De esta forma, según Argentina, se estaban extendiendo indebidamente (mediante la aplicación de la denominada “doctrina *Maffezini*”) las previsiones del APPRI celebrado entre Argentina y Francia, donde no se contempla esa obligación de litigar ante los tribunales internos.

La comisión *ad hoc* afirmó que no le correspondía tomar partido sobre si la cláusula de nación más favorecida debía extenderse, con carácter general, a los procedimientos de solución de controversias o limitarse a los aspectos sustantivos (párr. 176). Así, en puridad, desestimó las pretensiones de Argentina afirmando la existencia de “un cuerpo de jurisprudencia que apoya el uso de cláusulas de NMF de esta manera, [por lo que] el Comité tiene dificultades para ver cómo el Tribunal en este caso se habría excedido manifiestamente de sus facultades” (párr. 176). Además, señaló que el hecho de que el órgano arbitral no compartiera la interpretación de Argentina sobre la cláusula de nación más favorecida no implicaba que no hubiera justificado su decisión:

“En este caso, el Tribunal debatió los argumentos de Argentina y revisó la jurisprudencia relevante. Expuso los motivos en su decisión, y el desacuerdo con esos motivos o con el resultado alcanzado no puede llevar a la conclusión de que el Tribunal no motivó su decisión” (párr. 179).

De este modo, la comisión *ad hoc* rechazó la solicitud de anulación presentada por Argentina referida a la extensión de la cláusula de nación más favorecida a las cuestiones procesales, no concurriendo ni una extralimitación de funciones ni una ausencia en la motivación de la decisión.

#### 4. La apreciación sobre el estado de necesidad

Argentina alegó una extralimitación en las facultades del órgano arbitral, al no establecer las normas jurídicas aplicables a los requisitos de “único modo” y “no contribución” en relación con la defensa del estado de necesidad. Además, Argentina consideró que no había argumentado sus conclusiones sobre estos temas, ni proporcionado razones para rechazar los argumentos sobre el derecho humano al agua.

La comisión *ad hoc* señaló que el órgano arbitral había identificado las cuatro condiciones que se debían cumplir para sustentar una defensa por estado de necesidad, en virtud del Artículo 25.1 del proyecto de artículo de la CDI ya referido en el apartado III.2 de esta crónica. Cada una de ellas había sido analizada de manera individual; incluidos los requisitos de “único modo” y “no contribución”.

En primer lugar, en relación con el requisito de “único modo”, el órgano arbitral señaló que, si hubiera habido otras medidas disponibles que pudieran haberse tomado, entonces la condición de “único modo” no se cumpliría. Efectivamente, el órgano arbitral consideró la posibilidad de adoptar otros mecanismos más flexibles a los que Argentina podía haber acudido.

Y, en segundo lugar, en relación con el requisito de “no contribución”, el órgano arbitral identificó el correspondiente requisito legal de que la contribución fuese lo suficientemente sustancial para evitar que se invocase el estado de necesidad:

“Haciendo una determinación sobre los hechos y basándose en el análisis del requisito legal el Comité concluyó que la contribución del gobierno argentino, tanto a través de sus políticas como a través de su omisión de acciones, fue lo suficientemente sustancial como para satisfacer dicho requisito legal. El Tribunal estableció el estándar jurídico y aplicó los hechos a éste. Para el Comité ir más allá de esto sería participar en un análisis de las cuestiones sustantivas del caso, algo que excede el mandato de un comité *ad hoc*” (pár. 184).

De esta forma, llegó a la conclusión de que no se había excedido manifiestamente de sus facultades a la hora de aplicar las condiciones de “único modo” y “no contribución” cuando consideró la defensa del estado de necesidad.

Argentina sostuvo que el órgano arbitral no había motivado el argumento referido al derecho humano al agua, como sí había realizado otro órgano arbitral en *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/07/26), limitándose a señalar que no existía base jurídica suficiente para determinar que el derecho humano al agua fuera una razón suficiente para incumplir las obligaciones derivadas del APPRI, en tanto que ambas debían ser compatibles. La comisión consideró que, si bien es cierto que en *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina* se le dio más relevancia al derecho humano al agua, ello no implicaba una ausencia de motivación sino una diferente valoración jurídica. Por tanto, entendió que se había producido una diferente interpretación jurídica y no una ausencia de motivación, rechazando la solicitud de anulación (párrs. 186-188).

Por último, Argentina alegó que el órgano arbitral había ignorado los grandes volúmenes de pruebas documentales, de peritos y de testigos presentadas. No obstante, se rechazó este

motivo de anulación porque “un tribunal no tiene que proporcionar un análisis y conclusiones sobre cada prueba que tiene ante sí. Por lo tanto, no mencionar un documento o informe específico no puede llevar a la conclusión de que fue necesariamente ignorado” (párr. 189).

### 5. Valoración de los daños

Argentina también consideró que el órgano arbitral se había extralimitado en sus funciones y no había motivado suficientemente el laudo en lo tocante a las indemnizaciones por la terminación del Contrato de Concesión.

En primer lugar, Argentina cuestionó la duración elegida para la evaluación de las pérdidas de los inversores y consideró que los daños debían fijarse como si se hubiera terminado el Contrato de Concesión, mientras que el órgano arbitral entendió que las demandantes tenían derecho a recuperar el monto total de su pérdida, lo que no podía reducirse por una potencial y futura terminación del Contrato de Concesión. La comisión destacó que Argentina volvía a repetir en esta fase los mismos argumentos que fueron empleados en su día ante el órgano arbitral, por lo que estaba solicitando una reconsideración del criterio entonces seguido. Por ello, estimó que:

“no puede haber extralimitación manifiesta de facultades cuando un tribunal toma una decisión sobre un asunto que está dentro de su competencia —la duración del período de valuación para determinar la pérdida. Además, el Tribunal expuso razones para no limitar el período hasta la fecha en que se produjo la terminación. Consideró que tal limitación no compensaría de manera suficiente a los Demandantes por su pérdida” (párr. 194).

Argentina también sostuvo la existencia una violación de normas fundamentales del procedimiento y la ausencia de motivación en la valoración de un informe pericial (Acta III). El órgano arbitral había entendido que este informe representaba una prueba de cómo hubiera actuado un regulador en una situación de crisis como la de Argentina; por tanto, no podía considerarse como una causa de anulación (párrs. 197-199).

En términos similares, Argentina afirmó que había existido una extralimitación por parte del órgano arbitral en la inclusión de la deuda patrocinada como pérdida recuperable. En la medida en que esta pérdida se produjo directamente por el incumplimiento de las obligaciones del APPRI controvertido, se podía considerar como una pérdida indemnizable. Así, la comisión entendió que, en este supuesto, tampoco podía apreciarse una extralimitación de las funciones del órgano arbitral (párrs. 200-202).

En esta misma línea, Argentina observó tanto una extralimitación de funciones como una falta de motivación al incluir los honorarios de gestión como pérdida recuperable. El órgano arbitral había considerado que el contrato de gestión, que preveía el pago de tasas, era una parte integral de la inversión de las demandantes y, por tanto, susceptible de indemnización. La comisión entendió que Argentina volvía a presentar una reclamación sobre una valoración del órgano arbitral y que ello no era causa de anulación (párrs. 203-205).

Por último, Argentina cuestionó el cálculo de los intereses en la actualización de la cuantificación de los daños porque el órgano arbitral había utilizado una tasa de interés superior a la acordada entre las partes; produciéndose, por tanto, una decisión *ultra petita*. La comisión señaló que la posición de las demandantes sobre la tasa de interés aplicable había

variado con respecto a los diferentes períodos en los que debían pagarse los daños, no existiendo ningún fundamento para alegar que la decisión del órgano arbitral sobre el interés hubiera sido *ultra petita*, dado que el órgano arbitral tenía “cierta discreción en la determinación de intereses y no hay ningún indicio de que la decisión sobre los intereses aquí excediera las facultades del Tribunal” (párr. 210).

De este modo, la comisión *ad hoc* entendió que no había existido ninguna extralimitación ni ausencia de motivación por parte del órgano arbitral en relación con los aspectos referentes al cálculo de la indemnización.

En cuanto a las costas derivadas del recurso de anulación, a pesar de haber rechazado todas las causas de anulación propuestas por Argentina, la comisión afirmó que la solicitud de anulación no había sido abusiva y, por tanto, decidió que cada parte debía asumir sus costos y compartir los costos y gastos derivados del procedimiento de anulación. Asimismo, la comisión no pasó la oportunidad para afirmar una crítica velada contra el laudo, al señalar que este “reprodujo los razonamientos de otros arbitrajes y cometió errores en la identificación de hechos y circunstancias, creó una aprensión comprensible por parte de Argentina, aunque al final no justificara la anulación” (párrs. 220-221).

## V. CONSIDERACIONES FINALES<sup>35</sup>

Como se apuntó en la introducción, en esta crónica se han sintetizado aquellos aspectos más relevantes de la práctica española relacionada con el arbitraje de inversión durante el año 2018, entre los que destacan cinco litigios que pertenecen a la saga de arbitrajes de inversión sobre las energías renovables.

Con el propósito de ofrecer una visión más sistemática de esta última, desde que el 21 de enero de 2016 se dictara el primer laudo en *Charanne*, se presentan un par de cuadros que resumen los principales datos de cada uno de los procedimientos en los que hasta el 31 de diciembre de 2018 se ha dictado un laudo que dirime la responsabilidad internacional de España.

Conviene señalar, como se advierte en el cuadro n° 1, que varios de estos procedimientos siguen pendientes porque España ha interpuesto recursos de anulación bien en sede internacional (es el caso de los arbitrajes de inversión desarrollados ante el CIADI), bien ante los tribunales internos del Estado que fue designado como sede para el arbitraje (como sucede en los arbitrajes de inversión administrados por el Instituto de Arbitraje de la CCE).

El cuadro n° 1 indica el tipo de sector renovable involucrado, el reglamento y la sede arbitral, así como la composición del órgano arbitral, la fecha del laudo dictado sobre el fondo y el resultado del procedimiento. Mientras que el cuadro n° 2 informa con más detalle sobre la parte vencedora en cada arbitraje de inversión y la indemnización otorgada (en su caso) por el órgano arbitral, incluyendo los intereses. Asimismo, compara el montante de la indemnización obtenida por el inversor con la cantidad solicitada por este inicialmente.

---

<sup>35</sup> Epígrafe redactado por el Profesor Dr. Francisco Pascual-Vives (Universidad de Alcalá).

## LA SAGA DE ARBITRAJES SOBRE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA

*Cuadro nº 1: Resumen de los arbitrajes finalizados (hasta el 31 de diciembre de 2018)*

Elaborado por el Profesor Dr. Francisco Pascual-Vives (Universidad de Alcalá)

Nombre y referencia procesal del arbitraje	Sector energético	Reglamento y sede arbitral	Composición del órgano arbitral encargado de resolver la controversia	Fecha del laudo sobre el fondo	Resultado del arbitraje (fondo)
<i>Charanne B.V. y Construction Investments S.à r.l. c. España</i> (caso CCE nº 062/2012)	Fotovoltaica	CCE Madrid	Presidente: A. Mourre (francés) Árbitro (inversor): G.S. Tawil (argentino) Árbitro (Estado): C. von Wobeser (mexicano)	21 de enero de 2016	Favorable al Estado huésped
<i>Solarpark Management GmbH &amp; Co. Atum 1 KG c. España</i> (caso CCE nº 2015/163)	Fotovoltaica	CCE	No disponible	Desistido por el inversor el 24 de mayo de 2016	Favorable al Estado huésped
<i>Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. España</i> (caso CCE nº 2013/153)	Fotovoltaica	CCE Ginebra	Presidente: Y. Derains (francés) Árbitro (inversor): G.S. Tawil (argentino) Árbitro (Estado): C. von Wobeser (mexicano)	12 de julio de 2016	Favorable al Estado huésped
<i>Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/13/36)	Termosolar	CIADI	Presidente: J.R. Crook (estadounidense) Árbitro (inversor): S.A. Alexandrov (búlgaro) Árbitro (Estado): C. McLachlan (neozelandés)	4 de mayo de 2017 (procedimiento de anulación del laudo pendiente ante el CIADI)	Violación del art. 10.1 del TCE (no se pronuncia sobre el art. 13 del TCE)
<i>Novenergia II – Energy &amp; Environment (SCA), SICAR c. España</i> (caso CCE nº V2015/063)	Fotovoltaica	CCE Estocolmo	Presidente: J. Sidklev (sueco) Árbitro (inversor): A. Crivellaro (italiano) Árbitro (Estado): B. Sepúlveda-Amor (mexicano)	15 de febrero de 2018 (procedimiento de anulación del laudo pendiente en Suecia)	Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE
<i>Masdar Solar &amp; Wind Cooperatief U.A. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/14/1)	Termosolar	CIADI	Presidente: J. Beechey (británico) Árbitro (inversor): G. Born (estadounidense) Árbitro (Estado): B. Stern (francesa)	16 de mayo de 2018 (procedimiento de anulación del laudo pendiente ante el CIADI)	Violación del art. 10.1 del TCE
<i>Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/13/31)	Termosolar	CIADI	Presidente: E. Zuleta (colombiano) Árbitro (inversor): J.Ch. Thomas (canadiense) Árbitro (Estado): F. Orrego Vicuña (chileno)	15 de junio de 2018 (procedimiento de anulación del laudo pendiente ante el CIADI)	Violación del art. 10.1 del TCE
<i>Foresight Luxembourg Solar 1 S.à r.l. y otros c. España</i> (caso CCE nº V2015/150)	Fotovoltaica	CCE Estocolmo	Presidente: M. Moser (austriaco) Árbitro (inversor): K.M. Sachs (alemán) Árbitro (Estado): R.E. Vinuesa (argentino y español)	14 de noviembre de 2018	Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE
<i>RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/13/30)	Termosolar y eólica	CIADI	Presidente: A. Pellet (francés) Árbitro (inversor): R.G. Volterra (canadiense) Árbitro (Estado): P. Nikken (venezolano)	30 de noviembre de 2018 (pendiente de emitir una resolución sobre la cuantía de la indemnización)	Violación del art. 10.1 del TCE

Cuadro nº 2: Resumen de los arbitrajes finalizados (hasta el 31 de diciembre de 2018):

Indemnización correspondiente al inversor extranjero resultante de la responsabilidad internacional del Estado

Elaborado por el Profesor Dr. Francisco Pascual-Vives (Universidad de Alcalá)

Nombre y referencia procesal del arbitraje	Resultado del arbitraje	Indemnización solicitada  (excluyendo intereses)	Importe de la indemnización  (excluyendo intereses y costas)	Porcentaje sobre el total solicitado	Intereses otorgados al inversor extranjero
<i>Charanne B.V. y Construction Investments S.à r.l. c. España</i> (caso CCE nº 062/2012)	Favorable al Estado huésped	17.831.000 euros	No procede	No procede	No procede
<i>Solarpark Management GmbH &amp; Co. Atum I KG c. España</i> (caso CCE nº 2015/163)	Favorable al Estado huésped	6.070.300 euros	No procede	No procede	No procede
<i>Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. España</i> (caso CCE nº 2013/153)	Favorable al Estado huésped	68.900.000 euros	No procede	No procede	No procede
<i>Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/13/36)	Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE	256.000.000 euros	128.000.000 euros	50%	Pre-laudo (desde el 20 de junio de 2014): 2,07% por año (compuesto mensual) Post-laudo: 2,50% por año (compuesto mensual)
<i>Novenergia II – Energy &amp; Environment (SCA), SICAR c. España</i> (caso CCE nº V2015/063)	Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE	61.300.00 euros	53.300.000 euros	86,95%	Pre-laudo (desde el 15 de septiembre de 2016): 1,5% por año (compuesto mensual)
<i>Masdar Solar &amp; Wind Cooperatief U.A. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/14/1)	Violación del art. 10.1 del TCE	208.000.000 euros	64.430.000 euros	30,98%	Pre-laudo (desde el 20 de junio de 2014): 0,906% por año (compuesto mensual) Post-laudo: 1,6% por año (compuesto mensual)
<i>Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/13/31)	Violación del art. 10.1 del TCE	196.000.000 euros	101.000.000 euros	51,53%	Pre-laudo (desde el 20 de junio de 2014): 2,07% por año (compuesto mensual) Post-laudo: 2,07% (compuesto mensual)
<i>Foresight Luxembourg Solar I S.à r.l. y otros c. España</i> (caso CCE nº V2015/150)	Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE	58.200.000 euros	39.000.000 euros	67,01%	Pre-laudo (desde el 30 de junio de 2014): 1,4% por año (compuesto mensual) Post-laudo: 3,5% (compuesto mensual)
<i>RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/13/30)	Violación del art. 10.1 del TCE	441.000.000 euros	Por determinar	Por determinar	Por determinar