



ISSN : 1875-4120  
Issue : (Provisional)  
Published : September 2020

This article will be published in a future issue of TDM (2020). 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 2020  
TDM Cover v2.4

# 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 (2019)

by F.J. Pascual Vives, L.E. Aragonés Molina, B. Arp,

F. Lozano Contreras, M. Requena Casanova,  
J.A. Rueda-García, and 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 (2019)\*

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 2019) se presentaron un total de 55 arbitrajes de inversión, la administración de 35 de los cuales recayó en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), a saber: 32 bajo las Reglas de Arbitraje del CIADI y tres al calor de su Mecanismo Complementario. Además, se iniciaron otros 14 arbitrajes de inversión bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI).

En lo que atañe a los arbitrajes internacionales iniciados por los inversores españoles, se han registrado públicamente cuatro litigios durante el mismo periodo de referencia, dos bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI [*Alcosa c. Kuwait* (caso CNUDMI); y *Azucarera del Guadalfeo S.A. y Joaquín Francisco Martín Montero c. República Dominicana* (caso CPA n° 2020-01)] y otros dos en el marco del CIADI [*Alejandro Diego Díaz Gaspar c. Costa Rica* (caso CIADI n° ARB/19/13); y *Orazul International España Holdings S.L. c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/19/25)].

Por su parte, en 2019 España recibió tres nuevas demandas que se suman a la saga de arbitrajes sobre las energías renovables [*Canepa Green Energy Opportunities I, S.á r.l. y Canepa Green Energy Opportunities II, S.á r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/19/4); *Saptec, S.A. c. España* (caso CIADI n° ARB/19/23); y *VM Solar Jerez y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/19/30)]. Esta saga cuenta ya con un total de 47 arbitrajes conocidos, lo que permite a España (con un total de 52 litigios) superar a Venezuela y ubicarse en el segundo lugar del

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “El respeto de los derechos humanos y la actividad exterior de las empresas españolas: retos y respuestas desde el Derecho internacional” (Ref. PID2019-107311RB-I00). Ninguna de las opiniones vertidas en esta crónica debe entenderse como representativas del despacho Cuatrecasas o de sus clientes.

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

<sup>2</sup> Doctora en Derecho, Investigadora del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos, 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.

<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 Dra. Laura Aragonés Molina (Universidad de Alcalá).

ranking de Estados demandados en los procedimientos de solución de controversias iniciados en este sector normativo del Derecho internacional (en adelante, DI) público, solo por detrás de Argentina (que ha sido demandada en 62 ocasiones). Además, en el mismo periodo de referencia por vez primera la Unión Europea (en adelante, UE) recibió una solicitud de arbitraje [*Nord Stream 2 AG c. Unión Europea* (caso CPA n° 2020-07)] planteada sobre la base del Tratado sobre la Carta de la Energía, de 17 de diciembre de 1994 (en adelante, TCE). Bajo el mismo tratado internacional se habría suscitado una segunda controversia, según consta en el sitio web de la UE, planteada por *AS PNB Banka* contra Letonia y la propia UE.

Al margen de las controversias analizadas en la presente crónica, durante 2019 finalizó otro arbitraje de inversión entablado sobre la base del acuerdo sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones (en adelante, APPRI) celebrado entre España y Ecuador, de 26 de junio de 1996, y administrado por la CPA conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI [*Albacora S.A. c. Ecuador* (caso CPA n° 2016-11, Laudo de 18 de julio de 2019)]. El laudo que da por finalizada esta controversia, que según ha trascendido resultó favorable al Estado huésped, no es público y por ello no es objeto de comentario en las siguientes líneas.

En esta crónica se analizan las decisiones emitidas en 13 arbitrajes de inversión con interés desde la perspectiva de la práctica española. Nueve de ellas se refieren a controversias desarrolladas en el contexto de la saga de arbitrajes sobre las energías renovables planteada en virtud del TCE, tres son fruto de varios arbitrajes interpuestos contra Venezuela por diversos inversores españoles al calor del APPRI celebrado entre España y Venezuela, de 2 de noviembre de 1995, mientras que la última resulta de un recurso de anulación presentado por Argentina contra el laudo dictado por un órgano arbitral a favor de un grupo de inversores de nacionalidad española.

En las siguientes líneas se informa sobre algunos aspectos relevantes de los nueve arbitrajes de inversión que pertenecen a la saga sobre las energías renovables<sup>9</sup>, 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, el montante de la indemnización otorgada al inversor extranjero.

En primer lugar, *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/20, Laudo de 15 de febrero de 2019) (en adelante, *Cube*) fue administrado por el CIADI y su órgano arbitral presidido por V. Lowe (británico) y compuesto por J.J. Spigelman (australiano) y Ch. Tomuschat (alemán).

En segundo lugar, *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España* (caso CIADI n° ARB/14/11, Decisión de 12 de marzo de 2019) (en adelante, *NextEra*) fue administrado por el CIADI y su órgano arbitral presidido por D.M. McRae (canadiense y neozelandés) y compuesto por Y. Fortier (canadiense) y L. Boisson de Chauzournes (francesa y suiza).

En tercer lugar, *9Ren Holding S.à r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/15/15, Laudo de 31 de mayo de 2019) (en adelante, *9Ren*) fue administrado por el CIADI y su órgano arbitral

---

<sup>9</sup> En la crónica también se examina una décima resolución emitida exclusivamente para resolver la “excepción intracomunitaria” planteada por España en *Landesbank Baden-Württemberg y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/45, Decisión de 25 de febrero de 2019) (en adelante, *Landesbank*); una decisión tomada por un órgano arbitral administrado por el CIADI presidido por Ch. Greenwood (británico) y compuesto por R. Oreamuno (costarricense) y Ch. Poncet (suizo).

presidido por I. Binnie (canadiense) y compuesto por D.R. Haigh (canadiense) y V.V. Veeder (británico).

En cuarto lugar, *SolEs Badajoz GmbH c. España* (caso CIADI n° ARB/13/36, Laudo de 31 de julio de 2019) (en adelante, *SolEs*) fue administrado por el CIADI y su órgano arbitral presidido por J.E. Donoghue (estadounidense) y compuesto por D.A.R. Williams (neozelandés) y G. Sacerdoti (italiano).

En quinto lugar, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/14/12, Laudo de 2 de agosto de 2019) (en adelante, *InfraRed*) fue administrado por el CIADI y su órgano arbitral presidido S.L. Drymer (canadiense) y compuesto por W.W. Park (suizo y estadounidense) y P.-M. Dupuy (francés).

En sexto lugar, *OperaFund Eco-Invest SICAV Plc y Schwab Holding AG c. España* (caso CIADI n° ARB/15/36, Laudo de 6 de septiembre de 2019) (en adelante, *OperaFund*) fue administrado por el CIADI y su órgano arbitral presidido por K.-H. Böckstiegel (alemán) y compuesto por A. Reinisch (austriaco) y Ph. Sands (británico y francés).

En séptimo lugar, *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/1, Laudo de 2 de diciembre de 2019) (en adelante, *Stadtwerke*) fue administrado por el CIADI y su órgano arbitral presidido por J.W. Salacuse (estadounidense) y compuesto por K. Hobér (sueco) y Z. Douglas (australiano).

En octavo lugar, *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH y BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. España* (caso CIADI n° ARB/15/16, Decisión de 2 de diciembre de 2019) (en adelante, *BayWa*) fue administrado por el CIADI y su órgano arbitral presidido por J.R. Crawford (australiano) y compuesto por H.A. Grigera-Naón (argentino) y L. Malintoppi (italiana).

Por último, en noveno lugar, *RWE Innogy GmbH y RWE Innogy Aersa S.A.U. c. España* (caso CIADI n° ARB/14/34, Decisión de 30 de diciembre de 2019) (en adelante, *RWE Innogy*) fue administrado por el CIADI y su órgano arbitral presidido por S. Wordsworth (británico) y compuesto por J.L. Kessler (estadounidense) y A. Joubin-Bret (francesa).

Más allá de la saga de arbitrajes sobre las energías renovables, como se adelantaba *supra*, se analizan otras cuatro resoluciones dictadas en el periodo de referencia de esta crónica, a saber: dos decisiones sobre jurisdicción, un laudo sobre el fondo de la controversia y una decisión mediante la que se resuelve un recurso de anulación.

En primer lugar, destaca *Serafin García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela* (caso CPA n° 2013-3), un litigio planteado sobre la base del APPRI celebrado entre España y Venezuela, administrado por la CPA conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y con sede en París. El órgano arbitral fue presidido por E. Grebler (brasileño) y estuvo formado por G.S. Tawil (argentino) y R. Oreamuno (costarricense). En su Laudo de 26 de abril de 2019 declaró que Venezuela había vulnerado varias obligaciones previstas en aquel APPRI (en particular, no expropiar injustificadamente, proporcionar un trato justo y equitativo y no adoptar medidas arbitrarias), estableciendo una indemnización total a favor de las demandantes de 214.251.375,02 dólares estadounidenses. Esta suma debía incrementarse con intereses anteriores al laudo (contabilizados desde el 20 de mayo de 2010), por importe de 143.359.593,75 dólares estadounidenses y también con intereses posteriores al laudo.

Asimismo, se impuso al Estado demandado el pago de todos los honorarios legales, así como de las costas procesales.

En segundo lugar, sobre la base del APPRI celebrado entre España y Venezuela, conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y con sede en Ginebra, también se estudia *Clorox España S.L. c. Venezuela* (caso CPA n° 2015-30), cuyo órgano arbitral fue presidido por Y. Derains (francés) y formado por B. Hanotiau (belga) y R.E. Vinuesa (argentino y español). El Laudo de 20 de mayo de 2019 concluyó que el órgano arbitral carecía de jurisdicción para conocer sobre el fondo de esta controversia, imponiendo a la demandante el pago de todos los honorarios legales, así como de las costas procesales.

En tercer lugar, la última controversia planteada en virtud del APPRI celebrado entre España y Venezuela fue *Manuel García Armas y otros c. Venezuela* (caso CPA n° 2016-08). Como en las anteriores ocasiones, este arbitraje se desarrolló sobre la base del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, aunque esta vez con sede en La Haya. El órgano arbitral fue presidido por J.E. Nunes Pinto (brasileño) y estaba compuesto por E. Gómez-Pinzón (colombiano) y S. Torres Bernárdez (español). Cabe resaltar que, ante las similitudes fácticas y la identidad en la composición del tribunal y en su representación letrada, las partes decidieron coordinar el calendario de este arbitraje y otras cuestiones procesales conexas con otro arbitraje de inversión iniciado contra Venezuela ante el Mecanismo Complementario del CIADI [*Luis García Armas c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB(AF)/16/1)]. En su Laudo de 13 de diciembre de 2019 el órgano arbitral concluyó que carecía de jurisdicción para conocer sobre el fondo de la controversia, dado que las demandantes no poseían la nacionalidad española y, por lo tanto, no podían prevalerse de los derechos otorgados por el citado APPRI. Las costas procesales se impusieron íntegramente a las demandantes, mientras que cada parte se hizo cargo de sus honorarios legales.

Y, en cuarto y último lugar, se aborda el recurso de anulación planteado por Argentina en *Teinver S.A., Transporte de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/09/1). La Decisión sobre jurisdicción de 21 de diciembre de 2012<sup>10</sup> y el Laudo sobre el fondo de 21 de julio de 2017<sup>11</sup> ya han sido objeto de comentario en anteriores números de esta crónica. En el procedimiento de origen, iniciado conforme al APPRI celebrado entre España y Argentina, de 3 de octubre de 1991, se había dictado un laudo que concluía la responsabilidad internacional de Argentina y le imponía como medida de reparación el pago de una indemnización que ascendió a 324.200.000 dólares estadounidenses (incluyendo los intereses, las costas procesales y los honorarios legales). La comisión *ad hoc* compuesta para dilucidar el recurso de anulación fue presidida por A. Mourre (francés) y estuvo formada por F. Cantuarias Salaverry (peruano) y R. Ramírez Hernández (mexicano). Argentina basó su solicitud en las siguientes causas de anulación previstas en el Convenio CIADI: primero, el órgano arbitral se extralimitó en sus facultades de forma manifiesta (artículo 52.1.b); segundo, el incumplimiento grave de normas de procedimiento (artículo 52.1.d); y, tercero, la falta de expresión de los motivos en los que se fundó el laudo (artículo 52.1.e). En su Decisión sobre anulación de 29 de mayo 2019, la comisión rechazó la solicitud de anulación y ordenó a Argentina el pago íntegro de las costas

---

<sup>10</sup> Ver el análisis de esta decisión en “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (2012)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 25 (2013), 1-106, pp. 31-37 y 43-48.

<sup>11</sup> Ver el análisis de este laudo en “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras: práctica española (2017)”, *Transnational Dispute Management*, n° 5 (2017), 1-98, pp. 37-38 y 45-50.

del procedimiento, así como un porcentaje de los gastos legales incurridos por los inversores extranjeros durante esta fase.

## 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>12</sup>*

A la hora de examinar las decisiones de los órganos arbitrales que han conocido los casos que componen la saga de arbitrajes sobre las energías renovables se distinguen, en esencia, tres categorías distintas de argumentos de carácter jurisdiccional: primera, los referidos a las relaciones entre el DI de las inversiones y el Derecho de la UE (lo que se denomina “objeción intracomunitaria”); segunda, los que discuten la exclusión de las medidas tributarias adoptadas por España en virtud del artículo 21 del TCE; y, tercera, otras objeciones a la jurisdicción que se plantean más bien de manera puntual y no siempre en todos los litigios.

#### *1.1. La objeción intracomunitaria*

##### *1.1.1. Introducción*

Como ya fue señalado en el anterior número de esta crónica, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el caso *Achmea* dispuso que el Derecho de la UE prevalece sobre las cláusulas de sometimiento al arbitraje de inversión previstas en los APPRI celebrados entre los Estados miembros. A continuación, revisamos las razones por las que los órganos arbitrales creados para resolver los casos regidos por el TCE contra España admitieron su jurisdicción, rechazando así la aplicación de la “doctrina *Achmea*” en el marco de este tratado multilateral.

Conviene aclarar que esta práctica arbitral se desarrolló durante el año 2019 en un contexto altamente politizado en el que los Estados miembros de la UE respondieron al caso *Achmea*. La Declaración de 22 Estados miembros de la UE del 15 de enero de 2019, sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia del TJUE en el caso *Achmea* y sobre la protección de inversiones en la UE se refiere a la sentencia *Achmea* de la siguiente forma:

*“Member States are bound to draw all necessary consequences from that judgment pursuant to their obligations under Union law.*

*Union law takes precedence over bilateral investment treaties concluded between Member States. As a consequence, all investor-State arbitration clauses contained in bilateral investment treaties concluded between Member States are contrary to Union law and thus inapplicable. They do not produce effects including as regards provisions that provide for extended protection of investments made prior to termination for a further period of time (so called sunset or grandfathering clauses).*

---

<sup>12</sup> Epígrafe redactado por el Dr. Bjorn Arp (*Fellow, Center on International Commercial Arbitration, American University*).

*An arbitral tribunal established on the basis of investor-State arbitration clauses lacks jurisdiction, due to a lack of a valid offer to arbitrate by the Member State party to the underlying bilateral investment Treaty.*

*Furthermore, international agreements concluded by the Union, including the Energy Charter Treaty, are an integral part of the EU legal order and must therefore be compatible with the Treaties. Arbitral tribunals have interpreted the Energy Charter Treaty as also containing an investor-State arbitration clause applicable between Member States. Interpreted in such a manner, that clause would be incompatible with the Treaties and thus would have to be disapplied”.*

Los 22 Estados miembros de la UE afirmaron, entre otras cosas, su intención de extender las consecuencias de esta sentencia del TJUE a los arbitrajes de inversión entablados no solo en virtud de los APPRI intracomunitarios, sino también a los que se fundamentan en el TCE:

*“1. By the present declaration, Member States inform investment arbitration tribunals about the legal consequences of the Achmea judgment, as set out in this declaration, in all pending intra-EU investment arbitration proceedings brought either under bilateral investment treaties concluded between Member States or under the Energy Charter Treaty.*

*2. In cooperation with a defending Member State, the Member State, in which an investor that has brought such an action is established, will take the necessary measures to inform the investment arbitration tribunals concerned of those consequences. Similarly, defending Member States will request the courts, including in any third country, which are to decide in proceedings relating to an intra-EU investment arbitration award, to set these awards aside or not to enforce them due to a lack of valid consent”.*

Asimismo, el 16 de enero de 2019, cinco Estados miembros de la UE (Finlandia, Luxemburgo, Malta, Eslovenia y Suecia) adoptaron otra declaración sobre la “doctrina *Achmea*” que establece lo siguiente:

*“the importance of allowing for due process and consider that it would be inappropriate, in the absence of a specific judgment on this matter, to express views as regards the compatibility with Union law of the intra-EU application of the Energy Charter Treaty”.*

Por su parte, el 16 de enero de 2019 Hungría también emitió una declaración relativa a la “doctrina *Achmea*” donde afirmaba que la sentencia dictada por el TJUE en este litigio se refiere únicamente a:

*“the intra-EU bilateral investment treaties. The Achmea judgment is silent on the investor-state arbitration clause in the Energy Charter Treaty (...) and it does not concern any pending or prospective arbitration proceedings initiated under the ECT”.*

El amplio rechazo del arbitraje de inversión intracomunitario genera la duda de si, en el caso de que los órganos arbitrales asumieran su jurisdicción y resolvieran estas controversias, los Estados miembros de la UE reconocerían y ejecutarían los laudos resultantes de las mismas.

El órgano arbitral en *RWE Innogy* se refirió a este problema (párr. 374), confirmando que este expediente no puede afectar a su funcionamiento:

*“the Tribunal is naturally concerned that its award should be capable of enforcement, and notes the statement in the Declaration of 15 January 2019 that “defending Member States will request the courts, including in any third country, which are to decide in proceedings relating to an intra-EU investment arbitration award, to set these awards aside or not to enforce them due to a lack of valid consent.” However, the issue of recognition and enforcement are ultimately a matter for the courts of concerned ICSID Contracting States in accordance with Article 54 of the ICSID Convention, and the Tribunal cannot determine its jurisdiction by reference to how differing Contracting States may understand and apply their obligations under Article 54”.*

A continuación, repasamos los principales argumentos esgrimidos para fundamentar la objeción intracomunitaria en los diversos arbitrajes de inversión resueltos durante el periodo de referencia de esta crónica.

### *1.1.2. La alegada inaplicabilidad del artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía a las relaciones intracomunitarias*

Todos los órganos arbitrales que decidieron casos contra España en 2019 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 artículo 26.1 del TCE, puesto que este no se aplicaría a las “controversias intracomunitarias”. En *InfraRed*, el órgano arbitral caracterizó esta práctica arbitral como una “*jurisprudence constante*” (párr. 255), mientras que otros órganos arbitrales pusieron de relieve meramente la larga lista de precedentes que habían rechazado esta objeción (*BayWa*, párr. 244). En *OperaFund* el órgano arbitral se remitió a los razonamientos ofrecidos por otros tribunales y no le pareció necesario realizar un nuevo examen de todos los detalles relativos a esta objeción (párr. 380).

Los órganos arbitrales comprobaron si se habían cumplido los requisitos del artículo 26 del TCE, lo que incluye la cuestión de si en el arbitraje se enfrenta un Estado parte del TCE contra un inversor de otro Estado parte (*Cube*, párr. 121). Aplicando las reglas generales del DI público sobre la interpretación de los tratados (*Landesbank*, párrs. 112-114), los tribunales hicieron una interpretación literal del artículo 26.1 del TCE para concluir, primero, que esta disposición se aplicaba con independencia de si los Estados involucrados eran miembros o no de la UE (*Cube*, párr. 124; *SolEs*, párrs. 229-237; *Stadtwerke*, párr. 126; *RWE Innogy*, párrs. 319-322; *NextEra*, párr. 340; y *Landesbank*, párrs. 117 y 169) y, segundo, que no había ninguna limitación a la calidad de Estado parte en el TCE que pudiera hacer pensar que los Estados miembros de la UE estuvieran excluidos (*Cube*, párrs. 125-126; *InfraRed*, párr. 226; y *OperaFund*, párr. 381). Una interpretación del artículo 26 a la luz de su objeto y fin tampoco arrojaba un resultado diferente (*Cube*, párr. 127; *InfraRed*, párr. 266; *SolEs*, párr. 235; *RWE Innogy*, párrs. 334-336; *NextEra*, párr. 341; y *Landesbank*, párr. 119), ni una interpretación a la luz del contexto de otras disposiciones del TCE (*InfraRed*, párr. 264; *SolEs*, párrs. 228-230; *Stadtwerke*, párrs. 131-132; *BayWa*, párr. 248; y *NextEra*, párr. 342). Por lo tanto, no existía una supuesta “cláusula de desconexión” que eximiese a los Estados miembros de la UE del sometimiento al artículo 26 en sus relaciones con otros Estados miembros (*SolEs*, párr. 237; *BayWa*, párr. 247; y *Landesbank*, párr. 117).



Sobre el argumento de que el Derecho de la UE formaba parte de las reglas y principios de DI público aplicables para suplir lagunas e interpretar el contexto del artículo 26 del TCE, en *Cube* se afirmó (párr. 130) que:

*“To say that EU law is a part of international law and yet has supremacy over other, non-EU components of international law is, in the view of the Tribunal, to mischaracterize EU law and confuse questions belonging to two different legal orders. The EU treaties are, certainly, international agreements of a kind familiar in international law, binding as between the States Parties; but they also function as the constitution of an autonomous community. The rules established by EU secondary legislation are essentially supra-national regulations rather than part of the corpus of international law as such. Similarly, EU law has supremacy within the EU legal system over the national laws of the States that are Members of the EU and accordingly subscribe to the EU legal system. But EU law is only one among several regional, and many national, legal systems; and it is international law that regulates relations between these different legal systems. Within the system of international law, EU law does not have supremacy, and has no hierarchical priority over the laws of non-Member States, or over rules of international law, including the ECT. Any such claim to priority would challenge the basis of the ECT as a multilateral treaty, unilaterally asserting for the EU and its Member States a right to be treated differently from all other ECT Contracting Parties”.*

En otros casos, los órganos arbitrales también han señalado que el Derecho de la UE, más allá de los tratados constitutivos, no puede considerarse parte de la noción de “principios de derecho internacional” a los que se refiere el artículo 26 del TCE (*RWE Innogy*, párr. 314).

El órgano arbitral en *9Ren* también indicó que la “doctrina *Achmea*” no tenía ningún impacto en la interpretación del artículo 26 de TCE puesto que el TJUE se había referido a la aplicación de un APPRI, mientras que en *9Ren* se discutía la aplicación del TCE (párr. 173). La misma conclusión se alcanzó en *OperaFund* (párrs. 381 y 384). En *RWE Innogy*, por su parte, el órgano arbitral afirmó que el TJUE en *Achmea* se refería a un tratado internacional donde la UE no era parte, mientras que sí lo era en el caso del TCE (párr. 366). Algunos órganos arbitrales resumieron sus consideraciones sobre la vigencia del artículo 26 del TCE señalado que el Derecho de la UE no podía desechar las obligaciones asumidas por los Estados miembros en virtud del TCE por operación del principio general del DI público de *pacta sunt servanda* (*RWE Innogy*, párr. 347; y *BayWa*, párr. 249).

### *1.1.3. La aplicación del artículo 16 del Tratado sobre la Carta de la Energía a la objeción intracomunitaria*

Los órganos arbitrales también reiteraron la aplicación del artículo 16 del TCE a los arbitrajes intracomunitarios. Esta disposición lleva a la conclusión de que (incluso con independencia de la relación normativa que pueda haber entre el artículo 26 del TCE y el Derecho de la UE) el mecanismo de solución de las controversias establecido en el artículo 26 del TCE no puede ser derogado en ningún caso por un tratado anterior o posterior al TCE en tanto que dispone de un mecanismo más beneficioso para el inversor (*Cube*, párr. 131; *InfraRed*, párr. 264; *Stadtwerke*, párr. 145; *RWE Innogy*, párr. 340; y *BayWa*, párr. 282).

Además, los Estados partes en el TCE nunca excluyeron a la UE o a sus Estados miembros del ámbito de aplicación del artículo 26 del TCE, tal y como se podría haber hecho a la vista

de que el propio TCE establece expresamente la prevalencia del Acuerdo de Svalbard sobre las disposiciones del TCE con las que estuviere en conflicto (*SolEs*, párr. 232).

La interpretación del artículo 16 del TCE en *Cube* conduce a que la única manera de modificar este tratado internacional sería de manera expresa. Esta idea se puso de relieve señalando que, de admitir la “primacía” del Derecho de la UE, se estaría vaciando de contenido el TCE a través de una “puerta trasera” (*Cube*, párr. 133). El órgano arbitral aclaró que en la “*elaboration of legal texts, clarity and transparency are guiding criteria*” (*Cube*, párr. 133). El hecho de que los Estados miembros de la UE habían tenido la posibilidad de modificar el texto del TCE, pero no lo hicieron, también era una evidencia de que este tratado no había sido modificado a pesar de la evolución paralela del Derecho de la UE (*Cube*, párr. 137).

En *OperaFund*, el órgano arbitral aplicó implícitamente el artículo 16 del TCE, invocando su esencia pero sin mencionarlo expresamente. En concreto, señaló (párr. 383) que:

“tampoco hay fundamento para el argumento del Demandado de que el Tratado de la UE, en virtud de la adhesión de Malta, sustituyó al TCE. No hay identidad de objeto; el TCE prevé recursos muy diferentes contra España al TFUE, la posibilidad de acceder a un tribunal de inversiones en caso de incumplimiento y contiene garantías contra la expropiación no compensada, así como contra las violaciones de las normas TJE, FPS y otras normas que no están contenidas en el TFUE. Además, la falta de una cláusula de desconexión es importante; no se puede presumir que tal cláusula esté implícita. Más bien, el TCE se aplica plenamente y establece la competencia en el presente caso”.

Sobre la evaluación de lo que es “más beneficioso”, el órgano arbitral en el caso *Landesbank* (párr. 174) respondió:

“*Spain also contends that Article 16 of the ECT is inapplicable because the right to dispute resolution under the ECT is not more favourable to the Investor or the Investment than the remedies available under EU law. The Tribunal does not agree. EU law does not afford a right for an Investor to bring arbitration proceedings against a State under international law*”.

#### *1.1.4. La aceptación del Tratado sobre la Carta de la Energía por inacción de la Unión Europea: una interpretación histórica tampoco permite inferir la primacía del Derecho de la Unión Europea*

De conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (en adelante, CVDT), los trabajos preparatorios de un tratado internacional pueden ofrecer una idea del sentido que habría que dar a los términos de un tratado. En *BayWa*, el órgano arbitral analizó los trabajos preparatorios del TCE, concluyendo (párr. 98) que no apoyaban el argumento de que hubiera una cláusula que permitiera a los Estados miembros de la UE “desconectarse” de la aplicación del TCE en las relaciones intracomunitarias.

Otros litigios también reiteraron que los trabajos preparatorios del TCE no confirmaban la existencia de una cláusula de desconexión o alguna otra regla que pudiera obligar al órgano arbitral a rechazar su jurisdicción (*Landesbank*, párr. 121). Tampoco una interpretación

histórica del contexto en el que se produjo la firma del TCE ofrecía indicios de que los Estados hubieran considerado que podría haber una contradicción entre el Derecho de la UE y el TCE (*Cube*, párr. 135). De hecho, los Estados miembros de la UE en dos décadas no habían expresado su preocupación sobre una eventual incompatibilidad entre el arbitraje de inversión y el Derecho de la UE (*Cube*, párr. 154). Tampoco las declaraciones de enero de 2019 habían dado lugar a la denuncia del TCE (*InfraRed*, párr. 272; y *RWE Innogy*, párr. 343).

#### *1.1.5. El Derecho de la Unión Europea no prevalece sobre el Convenio CIADI*

Los órganos arbitrales también notaron las diferencias en el régimen jurídico aplicable a los distintos tipos de arbitrajes involucrados en las alegaciones de España. Es así que varios órganos arbitrales distinguieron los casos en virtud del TCE (un tratado multilateral) de aquellos otros casos basados en APPRI, como el litigio que había dado pie a la “doctrina *Achmea*”.

En *Cube* el órgano arbitral descartó la aplicación de esta doctrina porque este caso estaba basado en el TCE y en las Reglas de Arbitraje del CIADI (párrs. 143-144). Tanto en *Cube* como en otros casos los tribunales subrayaron que el procedimiento en virtud del Convenio CIADI tenía una dimensión internacional y no entraba en contacto con ningún ordenamiento nacional (*Cube*, párr. 146; y *9Ren*, párr. 173). En *OperaFund*, el órgano arbitral recordó (párr. 387) que España estaba:

“expresamente obligada por el Laudo del Tribunal en el presente caso, no tiene opción de apelación fuera del sistema CIADI, y tiene que reconocer que el presente Laudo es vinculante y hacer cumplir las obligaciones pecuniarias impuestas por este Laudo dentro de su territorio como si se tratara de una sentencia definitiva de un tribunal en España”.

En *Cube* se explicó incluso que para ciertas partes del procedimiento que tuvieron lugar en Europa se eligió “deliberadamente” la sede del Banco Mundial en París (párr. 146), como si se quisiera subrayar el carácter completamente “internacional” del procedimiento. En *RWE Innogy* el órgano arbitral confirmó que el Convenio CIADI era aplicable autónomamente, sin atención a lo que pudiera disponer el Derecho de la UE, que ese tribunal consideraba de naturaleza equivalente al derecho interno (párr. 310).

Ahora bien, en otros casos los órganos arbitrales aclararon que la “doctrina *Achmea*” no tendría ningún impacto en su decisión de confirmar la jurisdicción en base al TCE, incluso en el supuesto de que la misma se aceptara. En *SolEs* se señaló que (párr. 244):

“*The Tribunal in Masdar, writing after the Judgment of the CJEU in Achmea, concluded that the reasoning of that Judgment, which involved a bilateral treaty between EU Member States, did not apply to the ECT, a multilateral treaty to which the EU itself is a party. However, the Tribunal sees reason to doubt that the bilateral nature of the treaty at issue in Achmea was critical to the reasoning of the CJEU*”.

El órgano arbitral entonces analizó el posible conflicto entre el principio de primacía del Derecho de la UE tal como ha sido reconocido en *Achmea* a la luz del TCE. Esto le llevó al artículo 16 del TCE, que establece expresamente la primacía del TCE en caso de conflicto con otros tratados (*SolEs*, párrs. 246-247). El órgano arbitral analizó el “derecho a la solución

de controversias” consagrado en este precepto y entendió que al establecer un régimen más favorable debía rechazarse la objeción planteada por España (*SolEs*, párr. 253).

#### *1.1.6. La asunción de competencias en materia de inversiones por parte de la Unión Europea y otros argumentos afines*

Los órganos arbitrales también desecharon el argumento de que el Tratado de la Unión Europea habría conferido expresamente las competencias en materia de inversiones a la UE, justificando así la inaplicación del TCE.

En *Cube* se señaló que esta asunción de las competencias en materia de inversiones no parecía preocupar a las instituciones de la UE, a los efectos de la continuidad del sistema de arbitraje de inversiones (párrs. 150-151). Mientras que en *9Ren*, el órgano arbitral también indicó expresamente que no existía ningún conflicto sustancial entre el TCE y el Derecho de la UE, puesto que ambos regulaban materias diferentes (párr. 173). Una posición similar se ha mantenido también en *NextEra* (párr. 352) y *Landesbank* (párrs. 185-187).

#### *1.1.7. La aplicación del Derecho de la Unión Europea como derecho interno al arbitraje*

En varios casos, como *Cube* (párr. 156), el órgano arbitral aclaró que el Derecho de la UE no formaba parte del derecho aplicable. En este litigio, además, explicó que las normas del Derecho de la UE, al igual que las normas del Derecho español, constituyen “hechos” que el órgano arbitral debe evaluar, pero no “derecho” que tenga que aplicar (párr. 160):

*“This Tribunal does not have to apply, or take a decision on any question of, Spanish law or EU law. Under the provisions concerning the applicable law that are binding on this Tribunal, Spanish law and EU law are relevant only as facts in the light of which the rights and duties of the Parties under the ECT and international law are to be determined”.*

En *9Ren* se confirmó lo señalado en *Cube* (párr. 170), mientras que en *Landesbank* se advirtió que la referencia al derecho aplicable en el TCE afecta a las cuestiones de fondo, pero no de jurisdicción (párr. 159).

Una posición ligeramente diferente parece mantenerse en *InfraRed*, donde el órgano arbitral explicó que el artículo 26.6 del TCE requiere resolver las disputas surgidas a raíz de la aplicación del TCE de conformidad con las “normas del Derecho Internacional aplicables” (párr. 258). Según este órgano arbitral, aquella disposición integra otras normas internacionales en el ámbito de aplicación del TCE en tanto que derecho aplicable y hace que el Derecho de la UE constituya normas que el órgano arbitral ha de aplicar.

#### *1.1.8. El argumento de que los más recientes hechos políticos acaecidos durante 2019 han desplazado al Tratado sobre la Carta de la Energía*

España también había argumentado en algunos casos que las Declaraciones de enero de 2019 (ver *supra*) habrían tenido un “efecto interpretador” sobre el alcance y contenido del Derecho de la UE en el ámbito de la protección de inversiones (*InfraRed*, párr. 269). Frente a este argumento, en *InfraRed* se aclaró que estas declaraciones no fueron realizadas por todos los Estados miembros de la UE; y que las mismas no fueron hechas en el contexto institucional

del Comité de Representantes Permanentes (un órgano de decisión política del Consejo de la UE), sino al margen del mismo (párr. 269). El órgano arbitral señaló (párr. 270) que:

*“the 15 January Declaration invoked by Respondent exceeds the scope of a simple “interpretative declaration,” as this term is commonly understood in international law. The 15 January Declaration states that a key provision of the ECT, namely Article 26 ECT – which is clear and contains no inherent ambiguity whatsoever – is to be simply set aside in the settlement of an intra-EU investor-state dispute, an initiative which comes very close to introducing a disconnection clause, of sorts, into the ECT, contrary to the original intention of the drafters of this treaty. As such, the 15 January Declaration purports to bring about an effect akin to an amendment of the ECT or, at the very least, akin to a reservation by the states that signed it. Yet, such an amendment could be only valid with the unanimous consent of all ECT contracting parties as explicitly provided at Article 36(1)(a) of the ECT”.*

El órgano arbitral también señaló que las declaraciones de enero de 2019 no podían servir de “medios complementarios” de interpretación en el sentido del artículo 32 de la CVDT, puesto que el texto del artículo 26 del TCE era tan claro que no necesitaba ningún ejercicio adicional de interpretación (párr. 272). En *RWE Innogy* se invocó el artículo 31.3.b) de la CVDT con el fin de evaluar la eventual modificación del alcance del artículo 26 del TCE por las declaraciones de enero de 2019. Este órgano arbitral consideró que la falta de una práctica homogénea de todos los Estados alterando el sentido del artículo 26 del TCE hacía que estas declaraciones no pudieran ser tomadas en cuenta a efectos de crear una práctica subsiguiente en los términos del artículo 31.3.b) de la CVDT (párr. 372).

#### *1.1.9. El argumento de la obviedad manifiesta del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea*

España también ha alegado en ocasiones que el principio de primacía del Derecho de la UE era tan obvio que los Estados nunca consideraron necesario consignarlo expresamente. Para fundamentar este argumento, el Estado se apoyó en la jurisprudencia del TJUE. En *SolEs*, sin embargo, el órgano arbitral (párrs. 233-234) explicó:

*“It might also be suggested that the primacy of EU law over inconsistent obligations in non-EU treaties was so firmly established at the time that the ECT was being negotiated that no express exception for intra-EU investments and intra-EU disputes was necessary. Respondent points to Opinion 1/91 of the European Court of Justice to support the asserted primacy of EU law. (...)*

*The Tribunal does not find in this Opinion and other authorities cited by Respondent a principle of EU primacy over non-EU treaties that was so obvious in the early 1990s that there was no need for an express exclusion of intra-EU disputes from the investor-State arbitration provisions of the ECT. Even decades later, a number of arbitral tribunals and the Advocate General of the ECJ have concluded that Article 344 of the TFEU (...) does not even address the same subject matter as the investor-State provisions of an investment treaty and thus that EU law does not conflict with the investment treaty at issue. It cannot be the case that the opposite conclusion was so obvious to participants in the negotiations of the ECT that no express exception was needed”.*

En *Landesbank* el órgano arbitral comparó la discusión sobre la práctica de los órganos arbitrales con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también ha confirmado su jurisdicción en los casos donde las alegadas violaciones a los derechos humanos de los Estados miembros se produjeron en el contexto de la aplicación del Derecho de la UE (párr. 152):

*“the CJEU has not ruled out the possibility of a court established by an international agreement and thus rooted in public international law being able to rule in a dispute involving an EU Member State, notwithstanding that in doing so it had to take account of EU law. That is expressly recognized in paragraph 57 of the Achmea Judgment and, although the CJEU added the rider “provided that the autonomy of the EU and its legal order is respected,” it gave no indication as to how that was to be done. The jurisdiction of the European Court of Human Rights covers all EU Member States (and many States outside the EU) and the European Court of Human Rights has held that an EU Member State may be held responsible for a violation of the European Convention on Human Rights even when that State is applying EU law. Moreover, in determining in such a case whether or not the respondent State has violated the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights may well have to interpret EU law. For example, there appears to be no barrier to an investor from one EU Member State bringing a claim for expropriation against another EU Member State before the European Court of Human Rights as a complaint under Article 1 of the First Protocol to the Convention”.*

*1.1.10. El argumento de que las demandantes no tendrían derecho a ninguna indemnización por considerarse la misma como una ayuda de Estado contraria al Derecho de la Unión Europea*

España alegaba en algunos casos que no habría fundamento para presentar una reclamación puesto que cualquier indemnización constituiría una ayuda de Estado contraria al Derecho de la UE. En *9Ren* el órgano arbitral aplicó el artículo 27 de la CVDT para afirmar (párr. 169) que no es posible alegar el “derecho interno” (*in casu*, el Derecho de la UE) para incumplir una obligación internacional (*in casu*, el TCE). Además, en *Cube* se señaló que las reglas sobre ayudas de Estado no pueden entrar en el ámbito de aplicación del artículo 26 del TCE puesto que (en tanto que reglas secundarias del Derecho de la UE) no pueden considerarse como “principios de derecho internacional” en el sentido del artículo 26.6 del TCE (párr. 159). En *RWE Innogy*, por su parte, el órgano arbitral explicó también que la cuestión de las ayudas de Estado afectaba a la relación entre la UE y sus Estados miembros, pero no era algo que pudiera afectar a las reclamaciones de los inversores privados contra los Estados (párr. 359).

*1.1.11. La aplicación del artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los arbitrajes presentados por empresas públicas*

En *Stadtwerke* una de las demandantes era una empresa controlada por el Consejo municipal de la ciudad de Múnich. España alegó que, a la vista de lo anterior, debía aplicarse el artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) y remitirse la controversia a la jurisdicción del TJUE, quien sería competente (en exclusiva) para resolver controversias entre los Estados miembros de la UE. El órgano arbitral desechó este argumento, con el siguiente razonamiento (párr. 135):

*“Further, Article 344 of the TFEU only applies to disputes between Member States of the EU, and not between individual or corporate investors and a Member State (even where the corporate investor is state-owned). The scope of the obligation assumed by Member States in Article 344 of the TFEU is different from the obligation in Article 26(1) of the ECT. As explained by Article 1(2) of the TFEU, the “Treaties” referred to in Article 344 of the TFEU are the TFEU itself and the Treaty of the European Union. It is in respect of such treaties, and not others, such as the ECT, that the Member States are prevented from having recourse to a method of dispute settlement different from those provided by the TFEU”.*

Como puede observarse, el órgano arbitral aclaró que el artículo 344 del TFUE es una disposición aplicable a las controversias entre Estados, en tanto que entidades soberanas y no puede extenderse a los litigios donde intervienen los particulares.

### *1.2. La exclusión de las medidas fiscales del ámbito de la jurisdicción de los órganos arbitrales*

Las demandantes en los arbitrajes contra España alegaron que el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (en adelante, IVPEE) del 7% establecido por la normativa española sobre la producción de energía eléctrica, en vigor desde el 1 de enero de 2013, no constituía una medida tributaria en el sentido del artículo 21 del TCE, con lo que no estaría excluida del ámbito de aplicación del TCE. Frente a ello, España argumentaba que el IVPEE constituía un impuesto en el sentido del artículo 21 del TCE, por lo que los órganos arbitrales debían desestimar las reclamaciones formuladas sobre las medidas tomadas por el Estado en relación con el mismo.

Los tribunales concluyeron que el IVPEE era un impuesto en el sentido del artículo 21 del TCE y declinaron su jurisdicción sobre esta parte de las reclamaciones. Para ello, realizaron un análisis basados en tres elementos: primero, que la medida estuviera establecida por la ley; segundo, que fuera una medida impuesta a una clase definida de personas; y, tercero, que los ingresos de la medida fueran transferidos al Estado (*OperaFund*, párr. 404; *9Ren*, párrs. 198-202; *SolEs*, párr. 272; *Cube*, párr. 229; *InfraRed*, párrs. 301-308; y *BayWa*, párr. 302). Alguna parte demandante alegó que la “finalidad pública” podría ser un cuarto elemento para la determinación de la naturaleza jurídica de la medida controvertida. Algunos tribunales no se hicieron eco de ese argumento (*9Ren*, párr. 195), mientras que otros sí (*Stadtwerke*, párr. 166; y *RWE Innogy*, párr. 386).

Una cuestión particular se planteó en relación con la formulación de “*taxes on income*” utilizada en el artículo 21.7.b) del TCE. El impuesto IVPEE era un gravamen del 7% sobre los ingresos brutos. No obstante, la interpretación literal del artículo 21 seguida por los órganos arbitrales no arrojó ningún argumento según el cual se tuvieran que excluir impuestos sobre el beneficio bruto del ámbito de aplicación de dicha disposición (*InfraRed*, párr. 317; y *NextEra*, párr. 383). Las anteriores conclusiones fueron suficientes para que los órganos arbitrales admitieran la naturaleza como impuesto del IVPEE a partir del análisis de sus elementos constitutivos (*BayWa*, párr. 312). En *9Ren* la demandante había expresamente excluido la posibilidad de alegar mala fe, obligando al tribunal de tener en cuenta únicamente los elementos constitutivos de un impuesto (párr. 197).

En otros casos, sin embargo, las demandantes también presentaron el argumento de que la medida no había sido adoptada de buena fe, lo que podría desvirtuar la naturaleza impositiva

de la medida incluso cumpliendo con todos sus elementos constitutivos. En relación con estas alegaciones más específicas, en *SolEs* se adoptó el exigente estándar impuesto en *Yukos c. Rusia* para evaluar la mala fe (párr. 276) y, en consecuencia, se desestimó esta pretensión (párr. 277). Tampoco prosperó este argumento en *Cube* (párrs. 223-225) y *Stadtwerke* (párr. 170).

Una aproximación completamente diferente tuvo el órgano arbitral en *NextEra*, donde analizó si el impuesto IVPEE realmente era relevante para la reclamación de la parte demandante. Al concluir (párr. 384) que a partir del establecimiento de dicho impuesto no surgían daños para la demandante, resultaba irrelevante la inclusión del análisis de dicho impuesto a la luz del artículo 21 del TCE.

### *1.3. Otras objeciones a la jurisdicción examinadas*

España también presentó otras objeciones a la jurisdicción en algunos de los casos resueltos durante el año 2019. A diferencia de las alegaciones sobre la objeción intracomunitaria y la de las medidas fiscales, estas objeciones no parecen adquirir un carácter sistemático, sino que fueron planteadas de manera puntual. Además, todas ellas fueron desestimadas por los órganos arbitrales. En *Cube*, por ejemplo, España alegó que en virtud del TCE los accionistas no podrían presentar una reclamación válida contra el Estado, puesto que no formarían parte de la noción de “inversor”. El órgano arbitral, al rechazar esta alegación, explicó que el TCE que recogía una definición amplia de esta noción que permitía rechazar las pretensiones españolas (párrs. 185 y 197). En *9Ren* también se desechó una objeción similar (párrs. 187-188). En este litigio, el órgano arbitral tuvo que decidir sobre la alegación de España de que la empresa demandante era una sociedad que carecía de “actividad empresarial importante en el territorio de la Parte Contratante en la que está establecida” en el sentido del TCE. El órgano arbitral respondió (párr. 182) que:

“la prueba de las actividades empresariales importantes debe tomar sentido con base en la naturaleza de la empresa. Los ladrillos y el cemento (refiriéndose a la sede material de la empresa) no son esenciales para una empresa matriz, que, por lo general, se preocupa por cuestiones burocráticas, reuniones de la junta, cuentas bancarias y chequeras. En consecuencia (...) España no ha podido establecer que 9REN carezca de actividades empresariales importantes en Luxemburgo”.

## *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>13</sup>*

### *2.1. Introducción: un análisis centrado en la obligación de dispensar un trato justo y equitativo*

Durante el año 2019 el conjunto de órganos arbitrales constituidos para determinar la existencia de responsabilidad de España por los cambios aprobados al marco regulatorio aplicable a la producción de energía eléctrica por plantas renovables emitió nueve decisiones de fondo; en orden cronológico, en los casos *Cube*, *NextEra*, *9Ren*, *SolEs*, *InfraRed*,

---

<sup>13</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.



*OperaFund, Stadtwerke, BayWa y RWE Innogy*. Estas decisiones se unen a las dictadas entre 2016 y 2018, que ya fueron comentadas en anteriores ediciones de esta crónica<sup>14</sup>.

De esas nueve decisiones, en ocho de ellas se concluyó que, debido a todos o una parte de esos cambios, España había infringido su obligación de brindar a los respectivos inversores extranjeros demandantes un trato justo y equitativo bajo el artículo 10.1 del TCE para sus inversiones en el sector renovable español. Parte de esos nueve tribunales ya han resuelto además las reclamaciones económicas de los inversores (los montantes de las indemnizaciones se pueden ver en uno de los cuadros anexos); unas veces los órganos arbitrales lo hicieron directamente en el laudo final (*9Ren, SolEs, InfraRed y OperaFund*), mientras que otras veces dictaron un laudo breve tras escuchar las posiciones de las partes sobre la manera de determinar los daños a partir de los principios y conclusiones alcanzados por el órgano arbitral sobre la responsabilidad del Estado en una decisión previa sobre responsabilidad (*Cube y NextEra*)<sup>15</sup>.

Como viene siendo habitual en la saga de casos de energías renovables contra España, vuelve a haber diferencias fácticas significativas entre ellos que hace necesario clasificarlos por el tipo de tecnología a que pertenecían las plantas renovables *termosolar, eólica, fotovoltaica* o pequeños saltos de agua (*small hydro*). En este sentido, ya hemos explicado con anterioridad<sup>16</sup> que el marco jurídico aplicable a la producción de energía eléctrica en España por plantas de distintos tipos de tecnología antes de las medidas en disputa era similar para todas esas tecnologías, con un bloque de normas comunes (la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico; y un Real Decreto (en adelante RD) de desarrollo), 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). Resulta asimismo interesante revisar las conclusiones alcanzadas por algunos órganos arbitrales que tenían que examinar en un mismo caso inversiones en sectores tecnológicos distintos (fotovoltaico y saltos de agua en *Cube* y eólico y saltos de agua en *RWE Innogy*)<sup>17</sup>.

Por otro lado, en los cuatro arbitrajes sobre plantas fotovoltaicas resueltos en 2019 (*Cube, 9Ren, SolEs y OperaFund*) 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-Ley 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 de manera individualizada en *Charanne*, mientras que en *Isolux* el órgano arbitral analizó el impacto de las medidas dictadas entre 2012-2014 sobre las mismas plantas que las de *Charanne*. Como ya sucedió en 2018 en *Novenergia y Foresight* los cuatro órganos arbitrales citados han tenido que pronunciarse por el efecto global de todas las medidas (las de 2010 y las de 2012-2014) sobre

---

<sup>14</sup> Ver “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (2016)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 33 (2017), pp. 61 y 74-75; “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras: práctica española (2017)”, *Transnational Dispute Management*, nº 5 (2018); y “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras: práctica española (2018)”, *Transnational Dispute Management*, nº 2 (2020), pp. 7-18.

<sup>15</sup> Esta manera de actuar en los arbitrajes de renovables contra España tiene como precedente la decisión en *RREEF* en 2018 y se ha seguido por otros órganos arbitrales en 2020.

<sup>16</sup> Ver “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras: práctica española (2018)”, *Transnational Dispute Management*, nº 2 (2020), pp. 7-8.

<sup>17</sup> Al igual que tuvo que hacer el tribunal de *RREEF* en 2018 (termosolar y eólico).

sus inversiones en plantas fotovoltaicas, a veces separando nítidamente esos dos bloques y a veces poniendo como barrera temporal el RD-Ley 9/2013.

Como hemos indicado, casi todos los órganos arbitrales han determinado la responsabilidad del Estado por incumplimientos del estándar controvertido. Las alegaciones de los inversores sobre vulneraciones de otros estándares de protección recogidos en el TCE fueron rechazadas o simplemente no resueltas por ellos por economía procesal, y su análisis pierde interés en pro de la brevedad de esta crónica. Sin embargo, en uno de los cuadros anexos ubicados en el epígrafe final dejamos constancia de este hecho.

Así, nos centraremos en exclusiva en analizar las conclusiones alcanzadas por los tribunales sobre las vulneraciones del trato justo y equitativo. Como se apreciará, las conclusiones alcanzadas son realmente muy divergentes, debido principalmente a los tipos de tecnología, la fecha en que se realizaron las respectivas inversiones y la lectura que cada órgano arbitral hizo de los hechos (contenido de las normas, jurisprudencia del Tribunal Supremo español o la conducta del Estado respecto del déficit de tarifa).

## *2.2. Las reclamaciones sobre el trato justo y equitativo en el subsector termosolar*

### *2.2.1. NextEra*

En *NextEra* se entendió que en las circunstancias del caso el marco regulatorio original al tiempo de la inversión no era como tal suficiente para crear la expectativa de que las demandantes vieran garantizado ese marco regulatorio, pues ese marco es legislación y “*legislation can be changed*” (párr. 584).

Sin embargo, el órgano arbitral observó que los inversores basaban sus expectativas en diversas afirmaciones y representaciones efectuadas por autoridades españolas directamente a las demandantes, que les generaron la creencia del mantenimiento del régimen económico a su inversión frente a futuros cambios regulatorios. El órgano arbitral identificó cinco categorías: primera, cartas del Secretario de Estado de Energía a *NextEra*; segunda, cartas de *NextEra* a autoridades españolas cuyo contenido no fue desmentido por España; tercera, memorandos internos de *NextEra* sobre el contenido de reuniones con autoridades españolas; cuarta, declaraciones testificales identificando el entendimiento de *NextEra* sobre la posición de las autoridades españolas; y, quinta, declaraciones y comunicaciones del Estado hacia la industria y las plantas termosolares en que invirtieron las demandantes (párr. 588). Para el órgano arbitral estas declaraciones del Estado por escrito constituyen “*the best evidence of Spanish assurances that could be the basis for legitimate expectations*” (párr. 590); no obstante, aunque las demás eran testimonios unilaterales del inversor, el órgano arbitral observó que el Estado nunca negó su contenido aun cuando aparecieran recogidas en documentos internos o declaraciones testificales de *NextEra*, ni tampoco interrogó a los testigos en la audiencia sobre lo que las autoridades españolas les habían contado; por ello, entendió que podía confiar en ellas (párr. 590).

A la luz del contenido de esas declaraciones, el órgano arbitral entendió que el uso por parte de un miembro del Gobierno español de palabras como “garantizar” y “preservar la seguridad legal” podían ser razonablemente tenidas en cuenta por un inversor como que el Gobierno español no tenía la intención de hacer cambios significativos al régimen establecido en el RD 661/2007 (párr. 593). El órgano arbitral estimó, además, que el proceso por el que se elaboró el RD 1614/2010, con consultas al sector y propuestas de reforma elaboradas por *NextEra* y

aceptadas por el Estado, habría generado en el inversor la expectativa de que el Estado no introduciría cambios al régimen unilateralmente sin consultar antes al sector termosolar (párr. 594). Por todo ello, entendió (párr. 596) que el inversor tenía la expectativa legítima de que el marco regulatorio del RD 661/2007 no sería cambiado de manera que afectara a la seguridad y viabilidad de la inversión:

*“on the basis of the assurances given to them by the Spanish authorities, in the broader context of the specific terms of Regulatory Framework I, registration in the Pre-assignment Registry and the Ministerial Resolutions of 28 December 2010, Claimants had a legitimate expectation that the regulatory regime in RD 661/2007 would not be changed in a way that would undermine the security and viability of their investment”.*

El órgano arbitral concluyó que, si bien de manera individualizada los cambios aprobados por Estado al marco regulatorio no habrían constituido infracciones del trato justo y equitativo, el nuevo marco regulatorio resultante en conjunto era sustancialmente distinto de aquél con el que las demandantes invirtieron en España (párr. 598) y que el inversor no había podido prever al tiempo de invertir (párr. 599). El órgano arbitral rechazó el argumento de España de que el inversor solo podía esperar recibir una “rentabilidad razonable” a su inversión bajo el marco regulatorio derogado; para el órgano arbitral las representaciones del Estado a *NextEra* no giraron en torno a esa rentabilidad razonable sino a la certidumbre y estabilidad regulatoria, de ahí que la expectativa que el inversor tenía y que vio frustrada fuera “*the failure to provide that certainty and security by changing fundamentally the regime under which remuneration was to be calculated*” (párr. 600).

### 2.2.2. *InfraRed*

En *InfraRed* el órgano arbitral entendió que, hasta 2010, el marco regulatorio original aplicable a las plantas termosolares de las demandantes (incluyendo el artículo 44.3 del RD 661/2007 y el RD-Ley 6/2009) no contenía una promesa o compromiso de petrificación, ni una promesa del Estado de proteger a los inversores ante cualquier cambio de ese marco regulatorio original (párrs. 406-408). Sin embargo, entendió que el acuerdo de 2 de julio de 2010 alcanzado entre el Ministerio de Industria y la patronal del sector termosolar, junto con el RD 1614/2010 y el intercambio de cartas y resoluciones entre las sociedades titulares de las plantas termosolares de las demandantes y el Ministerio de Industria en ejecución de ese acuerdo:

*“did give rise to a legitimate expectation that CSP plants registered on the Pre-allocation Register would be shielded from subsequent regulatory changes to three specific elements of the Original Regulatory Framework, and that this expectation was violated by Spain”* (párr. 410).

El órgano arbitral concluyó de la prueba documental del caso que las normas y representaciones del Estado contenían un claro lenguaje de España en el sentido de que cambios posteriores a algunos elementos del marco regulatorio original no afectarían a las plantas que se encontraran inscritas en el Registro de pre-asignación de retribución, como las de los inversores (párr. 412). El tribunal consideró que el artículo 4 del RD 1614/2010 debía leerse en conjunto con el artículo 44.3 del RD 661/2007 y en su contexto legislativo y regulatorio, de lo que entendió que España “*intended to shield CSP plants registered on the Pre-allocation Register from future revisions of the tariffs, premiums and lower and upper*

*limits that were in effect when Claimants invested*” (párr. 418). En este sentido, el órgano arbitral encontró que el artículo 44.3 del RD 661/2007 protegía ante modificaciones de la tarifa y de los límites superior e inferior de las primas (párr. 419), mientras que el artículo 4 del RD 1614/2010 extendió esa protección a las primas (párr. 422) además de reiterar con mayor especificidad (e identificación de plantas termosolares) la “garantía” contenida en el artículo 44.3 del RD 661/2007 (párr. 421).

Por otro lado, el órgano arbitral consideró que el acuerdo y otras representaciones culminaron en las resoluciones enviadas por el Ministerio en diciembre de 2010 directamente a los titulares de las plantas termosolares y en relación con su remuneración. En este sentido, según el órgano arbitral, “[t]he substance of a general regulatory provision (Article 4 of RD 1614/2010) was reaffirmed in two specific instruments (the December Resolutions) sent by Spain’s competent authority to the two plants at issue” (párr. 428). En un sentido similar al que se le dio *Masdar* al mismo tipo de resoluciones, afirmó:

*“Taken in isolation and out of the context of the contemporaneous representations and enactments by Respondent, the December Resolutions could indeed be construed as mere statements of the remunerative regime in effect strictly as at the date of their issuance, i.e. 29 December 2010. However, placed in the context of the Purported Agreement, of the adoption of RD 1614/2010 and of all the contemporaneous declarations and public statements by Respondent, its agencies and representatives, the Tribunal views the December resolutions as the clear expression of a specific commitment to maintain, for the future, the “tariffs, premiums and lower and upper limits” to which the Morón and Olivenza 1 plants were subject”* (párr. 430).

El órgano arbitral entendió que las resoluciones eran las respuestas a las solicitudes claras y específicas de las plantas termosolares de recibir la confirmación de su marco remunerativo aplicable durante toda su vida útil operativa (párr. 431) y afirmó que las cartas y las resoluciones debían ser leídas en su conjunto. Así leídas, se hacía “*clear the specific commitment by the Government of Spain to the Morón and Olivenza 1 plants that these plants would be shielded from any revisions to the “tariffs, premiums and lower and upper limits” during their operation lifetime*” (párr. 433). El órgano arbitral consideró entonces que eran un compromiso específico no al sector termosolar en general, sino directamente a las dos plantas termosolares en que invirtieron las demandantes (párr. 434), lo que provocaba que los inversores “*could reasonably expect that the CSP plants at issue would benefit from the “tariffs, premiums and lower and upper limits” established by RD 661/2007 for their entire operational life time*” (párr. 435).

En cuanto al alcance de la expectativa de las demandantes, el órgano arbitral la limitó al respeto a las tarifas y primas y los límites superior e inferior de las mismas (párr. 451), considerando que otros derechos invocados por las demandantes no estaban cubiertos por esas expectativas (párr. 452). El órgano arbitral consideró que esa expectativa del inversor era legítima y razonable y se vio frustrada por la reforma regulatoria que España aprobó en 2013 y, por tanto, determinó la existencia de una violación del trato justo y equitativo (párrs. 453-455).

### 2.2.3. *Stadtwerke*

Frente a los dos casos anteriores, en *Stadtwerke* se rechazó por mayoría las pretensiones de las demandantes sobre el trato justo y equitativo y otras obligaciones previstas por el TCE.

El órgano arbitral rechazó el argumento de que España se hubiera comportado con una estrategia de “*bait and switch*” con la regulación aplicable a las energías renovables, ya que esta exige una motivación fraudulenta o ilegal, mientras que a juicio del órgano arbitral “*Spain undertook the effort in good faith and that only when the negative consequences of such regulation were evident, it modified it so as to eliminate such consequences*” (párr. 258). El órgano arbitral se basó en su análisis de los preámbulos y memorias de las normas adoptadas desde 2006, en particular de la necesidad del Estado de corregir el déficit de tarifa y entendió que, en vez de ser una historia de “*bait and switch*”, el desarrollo del marco regulatorio solar era más bien un ejemplo de una “*law of unintended consequences*”, en el sentido de que una norma adoptada con buenas intenciones puede tener resultados no deseados (párrs. 259-260).

El órgano arbitral entendió que el TCE no protege a los inversores contra cambios introducidos por el Estado para salvaguardar el interés público para atender un cambio de circunstancias, ni a aquellos inversores que de manera irrazonable e injustificada esperan que el Gobierno no hará cambios a las normas aplicables a su inversión (párr. 264). El órgano arbitral consideró que no había ninguna base para esa expectativa en ninguno de los instrumentos y normas invocados por los inversores, analizados de manera objetiva: primera, el artículo 44.3 del RD 661/2007, que consideró un mero desarrollo del artículo 30.4 de la Ley 54/1997 y con una redacción casi idéntica al artículo 40.3 del RD 436/2004 derogado sin consecuencias legales (párrs. 275-277); segunda, el acuerdo de 2 de julio de 2010 entre el Gobierno de España y los productores de energía solar, que el órgano arbitral no consideró suficientemente probado y que describió como una consulta previa a la aprobación del RD 1614/2010 (párrs. 289-290); tercera, el RD 1614/2010 y su artículo 4, que el órgano arbitral consideró desarrollo de la Ley 54/1997 y su adaptación a circunstancias cambiantes, además de ser de fecha posterior a la inversión de los inversores en 2009 (párrs. 292-293); cuarta, la Resolución recibida en 2011 por la planta termosolar de los inversores, que el órgano arbitral entendió que solo respondía a una pregunta de la planta sobre el marco regulatorio aplicable y también después de la inversión (párrs. 295-296); y, quinta, la inscripción de la planta en el Registro de Pre-Asignación de Retribución (vista como una medida de obstaculización de acceso de más plantas termosolares al sistema de primas y para luchar contra el déficit de tarifa; párrs. 297-300) y su inscripción definitiva en el RAIPRE (que estimó como un mero requisito para el acceso al sistema de primas y no como instrumento para otorgar un derecho adicional a la estabilidad del régimen remunerativo; párrs. 301-306).

Además, el órgano arbitral entendió que las medidas en disputa eran razonables, entendidas como “aquello dentro los márgenes de la razón” y dado el procedimiento seguido por España para aprobarlas (párr. 317). Para el órgano arbitral las primas se pagaban del presupuesto del Estado (*sic*) y modificarlas para evitar una retribución por encima de la tasa de rentabilidad razonable garantizada por ley parecía coherente con el objetivo de política pública (párr. 319). Por otro lado, el órgano arbitral asumió que, dadas las subidas de las tarifas para los consumidores en el período 2003-2009, el Gobierno buscó otra solución política que buscaba proteger a los consumidores exigiendo a los productores cargar con más costes en un sistema del que también eran beneficiarios, por lo que concluyó que había una relación razonable entre las medidas y el objetivo de reducir el déficit de tarifa (párr. 321).

Finalmente, el órgano arbitral entendió que las medidas eran proporcionadas y que no habían generado un efecto negativo significativo en la inversión (párr. 354). En este sentido, decidió examinar el impacto de las medidas en disputa sobre la tasa de retorno de los inversores antes y después de esas medidas (párr. 327). De acuerdo con diversos documentos del expediente,

determinó que la tasa antes de las medidas estaba en torno a un 7% después de impuestos y antes de financiación (párr. 337) mientras que después de las medidas en disputa estimó que era superior a ese 7% (párr. 353).

El árbitro Kaj Hobér emitió un voto disidente en el que explicó que, a su juicio, sí se había producido una violación del trato justo y equitativo. Indicó que este estándar debe interpretarse como que incluye condiciones estables y equitativas para los inversores, dado el contexto del artículo 10.1 del TCE, así como una estabilidad fundamental en las principales características del marco regulatorio al tiempo de la inversión (párr. 7). En vista de ese marco regulatorio y otras circunstancias, consideró que los inversores tenían la expectativa legítima de que no habría cambios fundamentales y radicales al RD 661/2007 y que efectivamente los inversores habían confiado en esas expectativas (párr. 14). Con este contexto, entendió que las medidas en disputa efectivamente suponían un cambio radical y fundamental del marco regulatorio originario (párrs. 19-23).

### *2.3. Las reclamaciones sobre el trato justo y equitativo en el subsector fotovoltaico*

#### *2.3.1. Cube*

En *Cube* el órgano arbitral resolvió que el RD 661/2007 debía entenderse con la nota de prensa de 25 de mayo de 2007 que el Gobierno emitió anunciando su aprobación, en la que aseguró que no tenía efectos retroactivos y que futuras revisiones tarifarias tampoco tendrían efecto retroactivo: *“It is significant that these are not merely words from a press release. They reflect Article 44.3 RD 661/2007 itself”* (párr. 273). El órgano arbitral consideró (párrs. 275-276) asimismo que el RD 661/2007 contenía un compromiso específico de que las tarifas del Régimen Especial no serían modificadas para aquellas plantas fotovoltaicas que cumplieran los requisitos establecidos en la legislación:

*“The Tribunal starts from the proposition that States can and do give firm undertakings, intending that those undertakings be relied upon and acted upon. Precisely because all legislation is necessarily open to the possibility of change, such statements can give assurances that transcend assurances that are set out or are implicit in legislation. In the context of investment protection, it is as important for States as it is for investors that this possibility of making commitments should exist and that, where such a commitment is shown to have been made, it is respected.*

*The Tribunal considers that the Respondent made such a commitment in relation to RD 661/2007, and that the commitment was that the regulated tariff regime – the Special Regime – established by that Royal Decree would continue to apply to power plants that opted for that regime and were registered as having been accepted into that regime”.*

Respecto del artículo 44.3 del RD 661/2007, admitió que no indicaba que excluyera una modificación posterior por parte de una ley en el ejercicio del Estado de su poder regulatorio:

*“If it were otherwise, it would be practically impossible for a State ever to give an undertaking upon which anyone could rely, or for legitimate expectations ever to arise. Certainly, situations of necessity may arise which, as a matter of international law, would excuse noncompliance with certain undertakings: but the Respondent did not raise the defence of necessity in this case”* (párr. 298).

El órgano arbitral entendió, por mayoría, que la confianza de los inversores en el marco regulatorio español estaba justificada por cuatro razones: primera, el carácter claro y específico del RD 661/2007; segunda, la reiteración de la representación del Estado en la nota de prensa de 25 de mayo de 2007; tercera, la falta de prueba por el Estado de que una mayor *due diligence* de los inversores hubiera llevado a un entendimiento distinto del marco regulatorio y, cuarta, que el significado de las representaciones del Estado se ha de analizar no desde el derecho español (incluida la jurisprudencia del Tribunal Supremo) sino desde el TCE (párr. 401).

Como otros órganos arbitrales, en este caso se entendió que *estabilidad* no significa *petrificación* del marco regulatorio (párr. 408). En esta línea resolvió que la obligación de brindar un trato justo y equitativo implicaba respetar las expectativas básicas dadas por el Estado de manera específica para fomentar las inversiones necesarias para desarrollar su política de energías renovables (párr. 409) y que si el Estado se había comprometido a mantener un marco regulatorio en vigor durante un tiempo, debería hacerlo o ajustarlo de tal modo que no alterase la base económica fundamental de las inversiones (párr. 412).

En cuanto a las medidas en disputa, el órgano arbitral entendió que las medidas adoptadas antes del RD-Ley 9/2013 no eran violaciones del TCE. El RD 1565/2010 aprobó una limitación temporal de 25 años al cobro de los incentivos que luego fue prorrogado a 28 y 30 años, lo que el órgano arbitral calificó como un “*adjustment, rather than a repudiation*” de la base económica de las inversiones (párr. 419). Igualmente el órgano arbitral entendió que la limitación de horas equivalentes de funcionamiento susceptibles de obtener incentivos (RD-Ley 14/2010) era un ajuste que un inversor razonable debe estar preparado para aceptar (párr. 412). Finalmente, la eliminación de la actualización de las tarifas mediante el índice de precios al consumo (en adelante, IPC) (RD-Ley 2/2013) no era suficiente para violar el TCE al considerar que dejó intacto el grueso del marco regulatorio (párr. 423). También descartó que implicaran violaciones del TCE considerándolos cumulativamente (párr. 424).

En cambio, resolvió que el marco regulatorio cambió efectivamente con la aprobación del RD-Ley 9/2013 y las normas de su desarrollo (RD 413/2014 y OM IET/1045/2014):

*“Nonetheless, the Tribunal considers that there was move away from a regime based on what were at the time of the investments ‘promised’ tariffs and premiums, to a regime based on capped ‘reasonable returns’, and that this move represented a fundamental change in the economic basis of the relationship between the State and the Claimants. It agrees with the view that the regulatory changes of 2013-2014 constituted “what economists call ‘a mid-stream switch in the regulatory paradigm.’ A ‘regulatory paradigm’ is the set of rules that establish a broad playing field in which investors incur particular risks in exchange for the possibility of associated returns. A ‘mid-stream switch’ refers to the introduction of new rules that fundamentally change the risk and return profiles for investments that were created under the original paradigm and that are still in use” (párr. 427).*

Para las inversiones fotovoltaicas de estos inversores el órgano arbitral no tuvo dudas de que ese nuevo marco era contrario a las expectativas del RD 661/2007 y, por tanto, afirmó unánimemente una infracción del trato justo y equitativo (párr. 432).

### 2.3.2. 9Ren

En 9Ren el órgano arbitral rechazó la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español para el caso por tratarse de un análisis desde el derecho interno frente a las obligaciones internacionales contraídas bajo el TCE (párrs. 242-244). Del mismo modo, decidió apartarse de esa jurisprudencia dado que el análisis que debía efectuar era si el coste de los cambios regulatorios debía ser afrontado por inversores extranjeros que habían sido atraídos al mercado renovable español mediante compromisos específicos de estabilidad regulatoria frente a los consumidores o contribuyentes en general (párr. 253).

Para el órgano arbitral, el artículo 44.3 del RD 661/2007 era un compromiso específico a la luz de la jurisprudencia en materia de protección de inversiones, afirmando que “*A representation is no less “specific” if (as here) it is addressed to an identifiable class of persons, namely prospective investors whose money was solicited by Spain’s FIT program*” (párr. 257). Asimismo, entendió que este precepto, en su sentido literal, confirmaba que los cambios legislativos no afectarían a las plantas que ya hubieran sido puestas en marcha (párr. 264.d)). El órgano arbitral consideró que esta interpretación literal estaba avalada por la explicación coetánea del Estado respecto de la norma (párr. 265), así como por su contexto de inducción de inversiones (párr. 266), y que no era creíble que el RD 661/2007 mandara el mensaje de que eran posibles cambios completos de la normativa a plantas ya existentes (párr. 267).

El órgano arbitral concluyó que la *due diligence* encargada por el inversor a un despacho de abogados antes de invertir corroboraba el entendimiento de que el RD 661/2007 contenía una garantía de estabilidad que servía como *conditio sine qua non* para su realización de costosas inversiones en el sector fotovoltaico español (párrs. 271-273). El órgano arbitral reconoció que el inversor no había recibido representaciones específicas del Estado en el sentido de individualizadas hacia su persona (párr. 293), si bien se alineó con *El Paso c. Argentina* para indicar que los compromisos específicos también se pueden encontrar en una legislación sectorial (párrs. 294-296).

Asumiendo que el inversor tenía la expectativa legítima bajo el RD 661/2007 de que se le aplicaría ese marco regulatorio durante la vida útil de las plantas salvo para una de ellas, que estaba sujeta al posterior RD 1578/2008 en el que se limitaba la retribución a un máximo de 25 años (párrs. 297-298), el órgano arbitral examinó cada una de las medidas tomadas por el Estado desde 2010 en adelante. Por un lado, respecto de las medidas de 2010 a 2014 (limitación en el número de años de obtención de las tarifas hasta 25 años, prorrogadas a 28 y luego 30 años; límite al número de horas equivalentes sujetas a retribución; el impuesto del 7% y la eliminación de la actualización anual de las tarifas con el IPC), entendió que la primera de ellas era inconsistente con los términos del RD 661/2007 que preveían que las tarifas aplicarían durante toda la vida útil de las plantas (párr. 301). Por otro lado, respecto de las medidas de 2014 en adelante, entendió que el nuevo marco regulatorio era fundamentalmente diferente al anterior (párr. 302) y que el inversor no invirtió pensando en que solo recibiría una rentabilidad razonable unilateralmente definida por el Estado cada cierto tiempo (párr. 303), por lo que constituía una infracción del trato justo y equitativo salvo para la planta fotovoltaica sujeta al RD 1578/2008 (párr. 310):

*“The financial vulnerability of renewable energy projects is the heavy up-front capital costs. Once money is “sunk” in the PV facilities, the funds of the developer (and its bankers) are locked into the FIT contracts with their investments effectively (as the*



*Claimant put it) long-term hostages. If energy prices rise, the benefit accrues to Spain not the operators who, in Spain's view, will recover only what Spain unilaterally declares to be a reasonable return by reference to the bond market. On the other hand, if energy prices fall, Spain claims the right to resile from what the Tribunal has concluded was a regulatory guarantee of price stability. Spain's position is that it alone should benefit from rising prices, but the burden of falling prices is to be off-loaded onto investors. As a matter of Spanish domestic law, such treatment of local investors has been held to be constitutional, but in the Tribunal's view, such one-sided treatment is neither fair nor equitable. Under the ECT, the Claimant, as a foreign investor, was entitled to fair and equitable treatment and in this case did not receive it" (párr. 311).*

### 2.3.3. *SolEs*

En *SolEs* el órgano arbitral rechazó el argumento de España de que las expectativas legítimas requieran un compromiso específico hacia el inversor, afirmando con jurisprudencia previa que pueden proceder de normas generales y de afirmaciones del Estado hacia una clase de inversores (párr. 313).

Respecto de la primera frase del artículo 10.1 del TCE, entendió que el Estado está obligado a brindar estabilidad fundamental en las características esenciales del marco regulatorio original y que eventuales modificaciones legales tienen que ser proporcionales en el sentido de no modificar esas características esenciales (párrs. 315-317). Por otro lado, para el órgano arbitral el trato justo y equitativo no opera como una cláusula de estabilización, sino que el análisis de las expectativas legítimas de los inversores debe hacerse sopesándolas con el poder regulatorio del Estado (párr. 318).

El órgano arbitral determinó que las plantas fotovoltaicas no podían competir con plantas convencionales de producción de energía eléctrica, que las inversiones en ellas eran intensivas en capital y que se efectuaban apalancadas y que requerían un largo período de retorno (párr. 415); además de que no se pueden beneficiar de innovaciones tecnológicas para reducir sus costes de operación (párr. 416). El órgano arbitral concluyó que España había tenido en cuenta estas circunstancias para diseñar el Régimen Especial (párr. 417).

Para el órgano arbitral España usó el RD 661/2007 para dar incentivos más atractivos que bajo normas anteriores y para atraer inversiones al sector (párr. 421), mientras que cuando aprobó el RD 1578/2008 con incentivos más reducidos dejó claro que aplicaba a nuevos proyectos, que a su vez se beneficiaban de la reducción de costes de la tecnología (párr. 422). Así, entendió que la normativa aplicable no establecía que se tuviera derecho a recibir los incentivos durante 25 años, pero encontró diversos instrumentos coetáneos del Estado en los que se subrayaba la importancia de la estabilidad de los incentivos (párr. 423), además de que las modificaciones a la regulación solo aplicarían a nuevos proyectos (párr. 424). Todo esto le llevó a concluir que la estabilidad de la remuneración era un componente clave del marco regulatorio original en que invirtió el inversor (párr. 426).

El órgano arbitral notó que el inversor conocía la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y consideró que no trataba cambios regulatorios de la magnitud de la derogación del Régimen Especial (párr. 430). El órgano arbitral negó que esa jurisprudencia confirmara que los inversores solo tenían la expectativa de obtener una rentabilidad razonable (párr. 432), aunque sí advirtiera de la legalidad de modificaciones regulatorias de poco calado (párr. 433).

Por su parte, admitió que la existencia del déficit de tarifa podía alertar a los inversores de que el Estado podría modificar la normativa, pero no cabría esperar que para combatir ese déficit de tarifa el Estado fuera a reducir los incentivos de las plantas y a derogar el Régimen Especial (párr. 439).

Respecto de las medidas previas al RD-Ley 9/2013 (párrs. 446-453), el órgano arbitral entendió que ni la limitación de horas de producción (RD-Ley 14/2010) ni la eliminación del IPC como índice de actualización de las tarifas (RD-Ley 2/2013) eran de la suficiente gravedad como para violar el TCE, pues un inversor prudente en 2010 podía esperar ligeras modificaciones regulatorias (párr. 447). Respecto de la eliminación del IPC, no lo consideró un elemento central del marco regulatorio ni que un inversor prudente lo hubiera tratado así (párr. 448), mientras que el límite de horas tenía una menor entidad que el establecido por la nueva normativa (párr. 449).

En cambio, las medidas posteriores al RD-Ley 9/2013 (párrs. 454-463) eliminaron las tarifas aplicables a las plantas fotovoltaicas en violación del trato justo y equitativo. El órgano arbitral consideró probado que la remuneración actual era sensiblemente inferior a la anterior, al igual que la tasa de rentabilidad (párr. 456), ello sin perjuicio de concluir que el caso del inversor no era el de obtener una u otra rentabilidad *razonable* sino una remuneración estable conforme al RD 1578/2008 (párr. 458). El órgano arbitral concluyó que con el nuevo marco regulatorio había incertidumbre sobre la remuneración aplicable en el futuro, ya que la misma estaba sujeta a revisiones periódicas, la primera de ellas en 2020, para las que el Estado no había dado pistas sobre cómo se calcularía (párr. 460); además de que esa remuneración podría disminuir en el futuro (párr. 461). En resumen:

*“Having considered the evidence, the Tribunal concludes that the Second Set of Disputed Measures changed the basic features of the regulatory regime that was in place when Claimant made its investment, exceeding the changes that Claimant could have reasonably anticipated at that time. The Second Set of Disputed Measures was disproportionate in the sense that the term was used in Charanne, because those measures suddenly and unexpectedly removed the essential features of the regime in place when Claimant invested. The Second Set of Disputed Measures did not meet Claimant’s legitimate expectations. Additionally, the Second Set of Disputed Measures was disproportionate in that the severity of the impact of those measures on the value of Claimant’s investment exceeded that which a prudent investor could have reasonably anticipated in light of the stability that inhered in the Original Regulatory Regime, even taking into account Spain’s need to address its tariff deficit”* (párr. 462).

#### 2.3.4. *OperaFund*

En *OperaFund* el órgano arbitral entendió que era crucial saber si el RD 661/2007 contenía una promesa de estabilidad o si las representaciones en que hubieran confiado los inversores fueron hechas por órganos apropiados de alto nivel del Estado (párr. 483).

El órgano arbitral comprobó que los inversores invirtieron con la confianza que las plantas fotovoltaicas serían inscritas en el RAIPRE bajo el RD 661/2007 y que obtendrían los derechos económicos de ese RD (párr. 484). El órgano arbitral entendió que la representación de estabilidad del marco regulatorio contenida en el artículo 44.3 del RD 661/2007 era aplicable a las inversiones de las demandantes, considerando (en línea con *Novenergia*) que *“it is hard to imagine a more explicit stabilization assurance than the one mentioned in*

*Article 44(3): “revisions [...] shall not affect facilities for which the functioning certificate had been granted” (párr. 485).*

El órgano arbitral no negó el derecho del Estado a regular y que las leyes cambiaron en el pasado y que cambiarían en el futuro, como se contemplaba en el propio artículo 44.3 del RD 661/2007. Sin embargo:

*“Article 44(3) of RD 661/2007 contained an express stability commitment that served its purpose of inducing investment in part by shielding investors in Claimants’ position from legislative or regulatory changes (including the ones complained of in this matter). The Tribunal, thus, respects the legislative authority of the Respondent State by giving effect to each of the terms in Article 44(3) of RD 661/2007, including its assurance that “revisions [...] shall not affect facilities for which the functioning certificate had been granted[.]” (párr. 485).*

El órgano arbitral entendió, además, que los inversores habían efectuado una *due diligence* del marco regulatorio español, que el informe recabado fue suficiente al menos para confirmar sus expectativas y que las demandantes no habrían podido obtener información que hubiera supuesto que el Estado iba a aprobar las medidas de 2014 cambiando de manera fundamental las garantías y beneficios del estilo de las del RD 661/2007 (párrs. 486-487). El órgano arbitral rechazó la defensa del Estado sobre la existencia de una rentabilidad razonable como única garantía del marco regulatorio, dado el RD 661/2007 (párr. 488). Por todo lo anterior concluyó (párr. 490) que todas las medidas en disputa, incluidas las de 2010, eran contrarias al artículo 10.1 del TCE:

*“In view of the above considerations, the Tribunal concludes that Respondent breached the legitimate expectations of Claimants and therefore breached the FET commitment provided in Article 10(1) ECT, by enacting the Disputed Measures, (i.e. RD 1565/2010, RD 14/2010, Act 2/2011; RD-Law 2/2013; RD-Law 9/2013, Act 24/2013, RD 413/2014, and MO IET/1045/2014)”.*

Este órgano arbitral también consideró que España había infringido la primera frase del artículo 10.1 del TCE, que establece la obligación de los Estados de fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores inviertan en su territorio; y que, siguiendo a *Charanne, Eiser* y *Antin*, el trato justo y equitativo también protege ante cambios de las características esenciales del marco regulatorio en que confiaron los inversores (párr. 508). El órgano arbitral aceptó la idea de que los Estados establecen marcos regulatorios para atraer inversiones y que es común que puedan ser desmantelados (párr. 510). Ahora bien, entendió que no es razonable hacer esto último para inversiones preexistentes *“especially when considering the legislator’s express statement that the old regime should continue to apply to existing registered investments in spite of possible future changes”* (párr. 511). El órgano arbitral examinó las características del marco originario y, siguiendo a otros órganos arbitrales, concluyó que las expectativas de los inversores fueron modificadas de manera fundamental (párr. 513).

Ambas decisiones se adoptaron por mayoría. El árbitro Philippe Sands emitió un voto disidente negando la totalidad de las reclamaciones de los inversores. A su vez la mayoría del órgano arbitral dedicó el párr. 491 para tratar algunos argumentos del voto disidente, justificando los razonamientos alcanzados en los párrs. 481-487 de la resolución.

## 2.4. Las reclamaciones sobre el trato justo y equitativo en el subsector eólico

### 2.4.1. BayWa

Como punto de partida de su análisis y dadas las coincidencias en la composición de los órganos arbitrales y el respaldo de las partes en sus escritos procesales, el órgano arbitral en BayWa hizo suyo un *dictum* del laudo *Blusun c. Italia* en el sentido de que, a salvo de compromisos específicos, un Estado no tiene obligación de dar subsidios como los *feed-in tariffs* o de mantenerlos una vez dados, pero en caso de tener que modificarlos, “*this should be done in a manner which is not disproportionate to the aim of the legislative amendment, and should have due regard to the reasonable reliance interests of recipients who may have committed Substantial resources on the basis of the earlier regime*” (párr. 460).

El órgano arbitral resolvió la existencia de un incumplimiento disidente comenzando con su entendimiento de que no había en la legislación ningún compromiso de intangibilidad de la regulación aplicable a las energías renovables, en particular en el RD 436/2004 y en el RD 661/2007 (párrs. 465-466). El órgano arbitral rechazó además el alegato de las demandantes de que tenían una expectativa legítima de recibir los incentivos a la producción de energías renovables durante la vida útil de los parques eólicos conforme al RD 661/2007 y que nunca serían reducidos; en este sentido, invocó el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 y su mención a las tasas de rentabilidad razonable para señalar que los reglamentos desarrollarían esa disposición de diversas maneras, no siempre de modo favorable a los receptores de los incentivos (párrs. 471-473).

Para determinar si había habido o no una vulneración disidente, el órgano arbitral examinó la proporcionalidad de las medidas con los contratos de financiación de las plantas y la confianza razonable de los receptores de los incentivos (párr. 478). A ojos del órgano arbitral, el déficit de tarifa era insostenible y entendió que no era su función valorar medidas razonables tomadas para luchar contra el déficit de tarifa o proponer alternativas a esas medidas, pero decidió diferenciar entre distintos aspectos de las medidas (párr. 480). Por otro lado, entendió que el concepto de “instalación-tipo” introducido por las medidas en disputa en realidad tenía antecedentes en la regulación y que no era irrazonable aplicarlo al cálculo de incentivos (párr. 485). Del mismo modo, no vio irregularidades en el cálculo de los costes de inversión y de operación reconocidos a las plantas existentes bajo las medidas en disputa (párr. 486).

El órgano arbitral fundó la vulneración disidente en que, aunque el Tribunal Supremo español entendió que las medidas en disputa no tenían un efecto retroactivo ni España había exigido la devolución de incentivos ya pagados (párr. 487), las medidas en disputa sí tuvieron en cuenta los incentivos pasados para la determinación de los incentivos futuros, dando lugar a que los parques eólicos de las demandantes no recibieran más incentivos. En palabras del órgano arbitral, “*This is a weaker form of retrospectivity, but the label ‘retrospective’ is not crucial: what matters is the substance*” (párr. 488). En este sentido, para el órgano arbitral “*It is one thing to amend payments for future production with immediate effect, and another to reduce payments that would have otherwise been made by reference to payments lawfully made in the past in respect of past production*” (párr. 490).

Además, siguiendo expresamente el razonamiento expresado en *RREEF*:

*“the subsidies paid in earlier years were duly paid and duly taken into account in the operation of the SPVs, in their financing and (presumably) their taxation arrangements. To claw back those profits on the basis of a subsequent judgment that they were ‘excessive’ was inconsistent with the principle of stability in Article 10.1 of the ECT and has not been shown to have been necessary to resolve the tariff deficit problem, which would have been solved in any event by the Disputed Measures without much further delay and without the element of claw-back of payments earlier lawfully made. It may have been reasonable to take into account, in calculating subsidies going forward, the 7.398% that the Plants were deemed to be entitled to under the Disputed Measures. To count against them the amounts previously earned in excess of that threshold was to penalise the Plants for their successful operation during those years. For these reasons, the Tribunal would, if EU law as part of the applicable law so allows, hold that Spain breached Article 10.1 of the ECT by this claw-back operation”* (párr. 496).

Una vez determinada la existencia de cierta violación del TCE, el órgano arbitral analizó si sus conclusiones se verían afectadas por la aplicación del régimen sobre ayudas de Estado previsto en los artículos 107-108 del TFUE. En último término concluyó que no existía obstáculo alguno; aunque entendió que el régimen de incentivos derogado constituía ayudas de Estado bajo el Derecho de la UE e ilegales por no haber sido notificado a la Comisión Europea previamente a su entrada en vigor (párr. 569(g)), observó que la Comisión Europea nunca indicó a España que el régimen derogado debía cumplir con los requisitos del Derecho de la UE (párr. 569(d)) ni tampoco exigió a los receptores de los incentivos su devolución (párr. 569(f)).

La decisión fue adoptada por mayoría. El árbitro nombrado por las demandantes (Horacio Grigera-Naón), emitió un voto disidente en el que opinó que las demandantes tenían la expectativa legítima al tiempo de su inversión de que el régimen de incentivos no sería derogado con unas medidas que supusieran un cambio drástico y radical (párr. 26).

#### 2.4.2. *RWE Innogy*

Por su parte, en *RWE Innogy*, el órgano arbitral consideró que la primera frase del artículo 10.1 del TCE, leída con la segunda (que recoge el trato justo y equitativo), establece una obligación del Estado receptor de la inversión de asegurar la estabilidad regulatoria en el tiempo, pero solo como parte de su obligación de brindar un trato justo y equitativo a los inversores (párr. 429). Por otro lado, consideró, en la línea de *Eiser*, que el trato justo y equitativo establece que, salvo que haya compromisos específicos de estabilidad, no se elimina el derecho de los Estados a regular si las circunstancias lo requieren, si bien puede haber una violación del trato justo y equitativo si se produce un cambio total e irrazonable del marco regulatorio (párr. 451).

El órgano arbitral se mostró reacio a asumir que una norma general pueda tener los mismos efectos que una cláusula contractual de estabilización o a un compromiso específico similar (párr. 458). Para el órgano arbitral, una ley se mantiene como una norma de aplicación general y solo aplica mientras está en vigor, por contraposición a un compromiso contractual (párr. 461). No obstante, entendió que la ausencia de un compromiso específico no significa que la inversión efectuada con confianza de un régimen general de tarifas no sea un factor a

tener en cuenta para el análisis del caso, especialmente si existe desproporción en la modificación de ese régimen (párr. 462).

El órgano arbitral coincidió en la importancia de analizar las expectativas legítimas de los inversores al tiempo de la realización de la inversión (párr. 482). Para este órgano las inversiones de los inversores realizadas al amparo del RD 2818/1998 (párr. 489), que no contenía una cláusula de *grandfathering* similar al artículo 40.3 del RD 436/2004 o al artículo 44.3 del RD 661/2007, solo tenían como expectativa la posibilidad de un cambio regulatorio, y posiblemente a peor de manera significativa (párr. 488); el órgano arbitral dejó al margen de esta conclusión las inversiones adicionales efectuadas en esas plantas y saltos de agua después de la entrada en vigor del RD 661/2007 (párr. 490).

En el caso de las sucesivas inversiones efectuadas en parques eólicos a partir de junio de 2008 tras la entrada en vigor del RD 661/2007 (párr. 491), el órgano arbitral consideró que los inversores deberían haber tenido en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la legalidad de algunos cambios regulatorios previos, pero aceptó que su contexto no era del todo análogo al del régimen aplicable a las inversiones de los inversores (párrs. 518-519); no obstante, sí la entendió relevante para las inversiones efectuadas después de diciembre de 2009 cuando el Tribunal Supremo fue confirmando una serie de cambios regulatorios a pesar de la cláusula de *grandfathering* del artículo 40.3 del RD 436/2004 (párr. 523).

En cuanto a las expectativas legítimas de los inversores para ese segundo bloque de inversiones, el órgano arbitral entendió que el artículo 30.4 de la Ley 54/1997 establecía un principio básico de que los inversores recibirían una rentabilidad razonable y que todos los reales decretos sucesivamente aprobados constituyeron la aplicación regulatoria de este principio (párr. 536).

El órgano arbitral negó que el artículo 44.3 del RD 661/2007 fuera un compromiso específico a los efectos de las expectativas legítimas de los inversores de que el Régimen Especial fuera a mantener sustancialmente sin cambios, dada la falta de prueba de que los inversores hubieran confiado en él y que al ser una disposición en una norma de aplicación general estaba sujeta a cambios por el Estado, como sucedió con el RD 436/2004 y su artículo 40.3 (párrs. 538-539). Tampoco consideró que la nota de prensa de 25 de mayo de 2007 por la que se anunció la aprobación del RD 661/2007 o el registro de los parques en el RAIPRE fueran otros compromisos específicos, siendo el primero de una naturaleza similar al RD 661/2007 y el segundo un mero requisito administrativo (párrs. 543-544).

Tampoco encontró compromisos específicos en una reunión de los inversores con el Ministerio de Industria en el contexto de las negociaciones del acuerdo con el sector eólico, paralelo al celebrado con el sector termosolar el 2 de julio de 2010 (párr. 546), ni en el propio acuerdo en sí que ni el inversor ni el órgano arbitral vieron (párr. 547). El órgano arbitral también negó que el artículo 5.3 del RD 1614/2010 aportara algo adicional al artículo 44.3 del RD 661/2007 y no lo consideró un compromiso específico contra futuros cambios regulatorios (párr. 548).

Habiendo negado que el caso fuera de expectativas legítimas, aceptó la existencia de violaciones del trato justo y equitativo respecto de algunos de los parques eólicos de los inversores al tener las medidas en disputa unos efectos desproporcionados sobre ellas. Respecto del test de proporcionalidad, el órgano arbitral aceptó que las medidas en disputa

eran adecuadas para el objetivo legislativo pretendido, esto es, la lucha contra el déficit de tarifa, que se redujo drásticamente tras su adopción (párr. 560); mientras que tuvo más dudas sobre si las medidas eran necesarias, aunque acabó concediéndole al Estado el beneficio de la duda en virtud del criterio del margen de apreciación de los Estados en el ejercicio de políticas públicas (párr. 567).

En términos de proporcionalidad *stricto sensu* y la gravedad del impacto de las medidas sobre las inversiones, el órgano arbitral optó por no reconocer al Estado un amplio margen de apreciación dadas las claras manifestaciones del Estado sobre las garantías a los inversores sobre la estabilidad del RD 661/2007 (párr. 571). En particular, se guió por los estudios de las partes sobre las tasas internas de retorno de los parques eólicos y apreció que seis de ellos recibían ahora una tasa muy inferior al 7,398% establecido como tope en las medidas en disputa (párrs. 582-587); es en esos casos donde el órgano arbitral apreció la existencia de una desproporción de las medidas controvertidas y, por tanto, de una violación del trato justo y equitativo (párrs. 589 y 599-600).

## 2.5. Las reclamaciones sobre el trato justo y equitativo en el subsector de los saltos de agua

### 2.5.1. Cube

En *Cube* el órgano arbitral partió de su análisis de las legítimas expectativas que tenían los inversores en las plantas fotovoltaicas también cubiertas en este arbitraje (ver *supra*) y tuvo en cuenta que entre 2010 y 2011, antes de las inversiones en los saltos de agua, el Estado había aprobado pequeños cambios regulatorios para atajar el déficit de tarifa (párrs. 330-331) que no supusieron la abolición del Régimen Especial ni el establecimiento de una remuneración basada en el concepto de la rentabilidad razonable: “*There were clear indications suggesting that the State was attempting to minimise departures from the original economic equilibrium established by RD 661/2007*” (párr. 332). En estas circunstancias el órgano arbitral entendió que a partir de entonces los inversores no podían confiar en que no se fueran a producir cambios regulatorios aplicables a esos saltos de agua, pero sin llegar al extremo de la abolición del Régimen Especial (párrs. 333-334).

En efecto, el órgano arbitral entendió que un inversor en 2011 o 2012 en la tecnología de saltos de agua no podía esperar que las tarifas y primas del RD 661/2007 fueran a mantenerse sin cambios para toda su vida útil (párr. 350). De hecho, apuntó algunos cambios que los inversores podían esperar a partir de entonces: la duración de las primas y sus tipos, la estructuración del Régimen Especial y sus actualizaciones y, dentro de unos límites, “ajustes” al importe total de los incentivos (párr. 353), siempre dejando fuera la alteración de los fundamentos del Régimen Especial (*ibidem* y párr. 354, adoptado por mayoría).

La determinación del órgano arbitral de que las medidas previas al RD-Ley 9/2013 que afectaron a los saltos de agua de los inversores no eran contrarias al TCE es común a lo resuelto sobre las plantas fotovoltaicas (ver *supra*), si bien solamente aplica lo referente al RD-Ley 2/2013, que eliminó la actualización de tarifas conforme al IPC (común para todas las inversiones de los inversores) y como la opción de la prima o mercado (solo para los saltos de agua, ya que las fotovoltaicas estaban solamente sujetas a la opción de tarifa regulada). Para el órgano arbitral, “*The changes left enough of the economic basis established by RD 661/2007 intact for it to not to violate the FET standard, or the essence of the commitments to stability made to investor*” (párr. 423).

Respecto de si las medidas posteriores al RD-Ley 9/2013 eran o no contrarias al TCE, la mayoría del órgano arbitral entendió que la expectativa que tenían los inversores era de la estabilidad del régimen regulatorio, si bien más estrecha, menos definida y menos firme que para las inversiones fotovoltaicas (párr. 440). Habiendo descartado que las medidas tomadas por el Estado antes de 2011 (fecha de las inversiones en los saltos de agua) no constituyeron un repudio del régimen del RD 661/2007, esa misma mayoría concluyó que los inversores estaban “*still entitled to rely upon the maintenance of a regime under which remuneration to a particular plant or producer operating under the Special Regime would not cease or be capped once the plant or producer had made what the Respondent deemed a reasonable return on its investment*” (párr. 441). Por mayoría el órgano arbitral también resolvió que las medidas posteriores al RD-Ley 9/2013 se tomaron en violación del trato justo y equitativo respecto de las inversiones en saltos de agua.

En su opinión separada y parcialmente disidente, el árbitro Ch. Tomuschat señaló que al tiempo de las inversiones en saltos de agua el régimen del RD 661/2007 había sido modificado varias veces sin necesidad de seguir el procedimiento previsto en su artículo 44.3 (párr. 7), todo ello en el contexto de la lucha contra el déficit de tarifa. Para este árbitro, las circunstancias de las medidas y las razones públicas para su adopción reflejaban una situación económica inasumible que llevaba a que un inversor en el sector de los saltos de agua no pudiera tener ninguna expectativa legítima de que el régimen del RD 661/2007 se mantuviera aplicable durante toda su duración original como estaba previsto en 2007 (párr. 17), de ahí su voto en contra de la opinión mayoritaria sobre la existencia de una violación de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo respecto de los saltos de agua (la decisión sobre los parques fotovoltaicos fue unánime).

### 2.5.2. *RWE Innogy*

Finalmente, en *RWE Innogy* todas consideraciones realizadas por el órgano arbitral sobre las inversiones iniciales de los inversores en el sector eólico bajo el RD 2818/1998 son aplicables a las realizadas en el sector de los saltos de agua bajo el mismo régimen: para el órgano arbitral, esas inversiones solo tenían como expectativa legítima la constatación de que habría cambios regulatorios, que podían ir a peor (párrs. 488-489).

Por otro lado, en el mismo análisis de proporcionalidad *stricto sensu* efectuado para las inversiones en parques eólicos el órgano arbitral encontró que uno de los cuatro saltos de agua en que habían invertido los inversores recibiría una tasa interna de retorno negativa (obviamente muy inferior al tope del 7,398% de las medidas en disputa). El órgano arbitral declaró entonces la existencia de una violación del trato justo y equitativo solo respecto de ese salto de agua.



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

#### 1. Aspectos relacionados con la jurisdicción del órgano arbitral<sup>18</sup>

##### 1.1. La jurisdicción *ratione personae*: el concepto de inversor como persona jurídica

El laudo dictado en *Clorox España S.L. c. Venezuela* resolvió una doble objeción jurisdiccional (*ratione personae* y *ratione materiae*) planteada por el Estado huésped de la inversión.

La primera objeción impugnaba la jurisdicción arbitral *ratione personae*, al negar la calidad de inversor protegido por el APPRI a la sociedad española *Clorox España*. Según Venezuela la frase “invertidos por inversores de una Parte Contratante”, recogida en el artículo I.2 del APPRI controvertido, exigía una acción de invertir por un inversor español en el territorio venezolano, lo que excluía de su ámbito de aplicación la mera tenencia de activos cuando la acción de invertir no hubiera sido realizada por una persona física o jurídica de nacionalidad española.

En este sentido, según la posición de la demandada, la demandante sería una “sociedad cáscara”, sin actividad, más allá de la mera tenencia pasiva de acciones en *Clorox Venezuela* para la sociedad estadounidense *The Clorox International Company* y no podría ampararse en la protección brindada por el APPRI celebrado entre España y Venezuela. Por el contrario, la demandante sostenía que la definición de inversor recogida por este APPRI no exigía una contribución activa y solo requería que un “inversor” protegido realizara una inversión en “acciones” en una empresa que operase en el territorio de Venezuela. Sobre este expediente, el órgano arbitral sostuvo que, si bien la demandante tenía las características necesarias para ser un inversor protegido por el APPRI, había que dilucidar si la sociedad española realizó la “inversión” de la que era propietaria en Venezuela (párr. 794).

##### 1.2. La jurisdicción *ratione materiae*: el concepto de inversión

Para determinar si el activo era una “inversión” protegida por el artículo I.2 del APPRI en *Clorox España S.L. c. Venezuela* el órgano arbitral, apoyándose en *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia*, consideró que “debe trazarse una distinción entre los objetos de una inversión como por ejemplo acciones o concesiones y la acción de invertir”. Venezuela alegaba que el simple título, ya sea una acción o una concesión, no era suficiente para poder hablar de una inversión, sino que se necesitaba una “acción de invertir”. La demandante no debía gozar de la protección del APPRI porque, en realidad, no fue el origen de la inversión ni realizó una acción de invertir al recibir la propiedad de las acciones de la sociedad venezolana *Clorox Venezuela*.

Sobre este alegato el órgano arbitral afirmó que, si bien este activo puede calificarse como una inversión protegida por el APPRI, un “activo o derecho que entra en la lista de un tratado no constituye necesariamente una inversión protegida por el Tratado por el mero hecho de figurar en la lista” (párr. 807), siendo relevante a estos efectos la distinción entre “tener una inversión” y “hacer una inversión” (párr. 820). En este sentido, el órgano arbitral rechazó que la restructuración societaria que tuvo por efecto transferir las acciones de *Clorox Venezuela* a

---

<sup>18</sup> Epígrafe redactado por el Profesor Dr. Millán Requena Casanova (Universidad de Alicante).

*Clorox España* fuera suficiente para demostrar que la sociedad española realizara una inversión en Venezuela. En efecto, una interpretación del artículo I.2 del APPRI de acuerdo al artículo 31.1 de la CVDT exigía que “para constituir una inversión protegida, la tenencia de acciones resulte de un acto de invertir por un inversor de una Parte Contratante” (párr. 815). Es cierto que el artículo I.2 del APPRI no contiene una acepción restrictiva del concepto de inversión que exija una contribución en dinero o especie, pero sí que es necesario que la adquisición del activo por el supuesto inversor sea el resultado de “una transferencia de valor que generalmente ocurre al momento de conseguir el activo pero que podría, según las circunstancias del caso, ser diferida en el tiempo” (párr. 824). En relación con esta cuestión, la demandante sostenía que la transferencia de las acciones de la sociedad *Clorox Venezuela* en el capital de *Clorox España* era suficiente para demostrar un “intercambio de valor real”. La realidad de su inversión en Venezuela quedaba demostrada en atención a la contribución económica realizada por la sociedad local (*Clorox Venezuela*). Este argumento no prosperó ya que “sin la transferencia por *The Clorox International Company* de las acciones de *Clorox Venezuela*, las acciones de *Clorox España* ni siquiera hubieran existido” (párr. 830).

De igual modo, la tenencia de la demandante de la totalidad de las acciones de la sociedad venezolana *Clorox Venezuela* no podía calificarse “como una inversión que encaja en la definición prevista en el artículo I(2) del Tratado que exige una acción de invertir” (párr. 831). La actividad económica y los activos de la sociedad venezolana *Clorox Venezuela* solo demuestran que existió una inversión en Venezuela, pero no que hubo una inversión por parte de la sociedad española *Clorox España*. En función de ello, el órgano arbitral concluyó que, posteriormente a la transferencia de las acciones de *Clorox Venezuela* a *Clorox España* a cargo de la sociedad estadounidense *The Clorox International Company*, la demandante no acreditó haber “contribuido o invertido en dichos activos de *Clorox Venezuela* más allá de ser su único accionista por el efecto de una operación que no se puede asimilar a una inversión” (párr. 834). El órgano arbitral estimó esta objeción jurisdiccional, declarándose incompetente para resolver sobre el fondo de la controversia.

### 1.3. El consentimiento al arbitraje y el concepto de inversor como persona física

En *Manuel García Armas y otros c. Venezuela* el Estado huésped impugnó la jurisdicción del órgano arbitral alegando la falta de consentimiento al arbitraje, en atención a los mismos argumentos en los que fundaba su objeción *ratione personae*, esto es, que los dobles nacionales hispano-venezolanos no calificaban como “inversores” bajo el artículo XI del APPRI controvertido. Esta objeción se fundaba en la jerarquía de foros del artículo XI del APPRI y en la disponibilidad del arbitraje administrado por el CIADI (lo que el órgano arbitral denomina en el laudo “Sistema del CIADI”) conforme al APPRI en cuestión.

A tenor de la demandada, una lectura del APPRI celebrado entre España y Venezuela según las reglas del artículo 31 de la CVDT llevaba a concluir que el artículo XI.3 del APPRI controvertido establecía una jerarquía para la sumisión de controversias que solo contemplaba el acceso a un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de la CNUDMI de manera supletoria, esto es, solo si: primero, las instancias arbitrales ofrecidas en el artículo XI.2.b) no estuvieran disponibles; o, segundo, ambas partes así lo acordasen. Dado que uno de los mecanismos previstos en el artículo XI.2.b) estaba disponible (el arbitraje administrado conforme al Mecanismo Complementario del CIADI), el órgano arbitral carecería de jurisdicción. Por el contrario, las demandantes sostenían que ni el arbitraje bajo el Convenio CIADI (denunciado por Venezuela en 2012) ni el arbitraje conforme al Reglamento del

Mecanismo Complementario estaban disponibles, este último debido a su doble nacionalidad hispano-venezolana, siendo posible únicamente el arbitraje bajo el Reglamento de la CNUDMI.

Sobre este punto el órgano arbitral sostuvo que la estructura del sistema de solución de controversias elegida por España y Venezuela en el artículo XI del APPRI debía ser respetada. Dicha estructura y los términos utilizados, en el sentido corriente que hay que atribuirles, y en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, evidenciaban una intención de establecer una determinada jerarquía entre los foros arbitrales mencionados (párr. 714). Esta jerarquía de foros arbitrales plasmada en el APPRI controvertido conllevaba que los arbitrajes bajo el Convenio CIADI y el Mecanismo Complementario fuesen foros prioritarios u obligatorios. Ello implicaría que un arbitraje bajo el Reglamento de la CNUDMI sería una posibilidad solo si los arbitrajes iniciados conforme al “Sistema del CIADI” no se encontraran disponibles (párr. 719). De lo anterior cabría deducir que el concepto de “inversor” establecido por el APPRI incorporaba el tratamiento relativo a los dobles nacionales establecido por el CIADI (párr. 723).

#### *1.4. La nacionalidad del inversor: la doble nacionalidad en los trabajos preparatorios del Convenio CIADI*

En segundo término, en *Manuel García Armas y otros c. Venezuela*, la demandada impugnó la jurisdicción *ratione personae* del órgano arbitral al sostener que la definición de “inversor” prevista en el APPRI controvertido no contemplaba a aquellos inversores que poseían la doble nacionalidad hispano-venezolana y, de manera subsidiaria, que el APPRI solo protegía las inversiones de las personas con doble nacionalidad realizadas en el Estado del que fuesen nacionales de manera no efectiva. Por el contrario, las demandantes sostenían que ni el DI general ni tampoco el APPRI establecían restricciones que limitasen la capacidad de los inversores con doble nacionalidad para reclamar contra cualquiera de los dos Estados de los que fuesen nacionales.

Sobre este punto el órgano arbitral recordó que, durante las negociaciones del Convenio CIADI, España y Venezuela formaron parte del grupo de Estados que se expresaron contrarios a la posibilidad de que un doble nacional pudiese demandar a alguno de los Estados de nacionalidad (párr. 667). Así las cosas, el órgano arbitral concluyó (párr. 669) que:

“estas manifestaciones de España y Venezuela sobre la cuestión del acceso de los dobles nacionales a la jurisdicción internacional son reveladoras de una *opinio juris* general y, en todo caso, reflejan lo que ambos Estados consideraban que era el estado del derecho internacional en la materia cuando se elaboró el Convenio CIADI en 1965”.

Además, el órgano arbitral consideró que habilitar las reclamaciones de los dobles nacionales multiplicaría la incertidumbre de los Estados, que quedarían a merced de que uno de sus nacionales pudiese “en cualquier momento alegar su extranjería con objeto de desplazar a la esfera internacional un asunto puramente doméstico” (párr. 698). El órgano arbitral puso de relieve que la práctica arbitral mayoritaria había confirmado que, de no existir la referencia en el APPRI a los dobles nacionales en la definición de “inversor”, los dobles nacionales que poseyeran la nacionalidad del Estado huésped (sea de manera efectiva o no) no tendrían acceso al arbitraje internacional (párr. 674). El órgano arbitral desestimó el argumento

formulado por la demandante en virtud del cual en el DI general o en el APPRI (“*lex specialis*”) existiría una habilitación para que el Estado receptor de la inversión pudiera ser demandado por sus propios nacionales ante un arbitraje internacional, si poseyera otra nacionalidad (párr. 738).

Por una parte, el órgano arbitral consideró que las reglas del DI general en materia de nacionalidad de personas físicas, tal y como se enunciaron en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), también son aplicables en el arbitraje de inversión, en la medida que, si bien este último se configura como un “régimen autónomo”, ello no implica que esté “totalmente aislado del derecho internacional general”<sup>19</sup>. Por otra parte, y conforme a la jurisprudencia de la CIJ relativa a la determinación de la nacionalidad efectiva, el órgano arbitral concluyó que, en el momento de surgir la disputa, las demandantes “eran predominantemente venezolanos de acuerdo con el principio jurídico internacional de la nacionalidad dominante y, en consecuencia, no eran inversores protegidos por el Tratado” (párr. 737).

En suma, el órgano arbitral sostuvo que, de los términos del APPRI, cabría concluir que este acuerdo “no protege a los dobles nacionales hispano-venezolanos frente a España o Venezuela, independientemente de cuál sea su nacionalidad dominante” (párr. 739).

## 2. Aspectos sobre el fondo de la controversia<sup>20</sup>

### 2.1. Introducción

Dos son, por este orden, las cuestiones de fondo principales sobre las que giran las consideraciones del órgano arbitral encargado de resolver una controversia que enfrentó a dos inversores de nacionalidad española, Serafín García Armas y su hija, Karina García Gruber, contra Venezuela (*Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*). Primero, si Venezuela procedió, mediante la conducta, comportamiento y acciones adoptadas por sus autoridades, a expropiar indirectamente la inversión realizada por las demandantes, incumpliendo por ello el artículo V del APPRI celebrado entre España y Venezuela. Y, segundo, si Venezuela debía ser considerada internacionalmente responsable y compensar por ello a las demandantes por vulnerar el estándar de tratamiento justo y equitativo e incurrir en arbitrariedades conforme a lo contemplado en los artículos IV y III del APPRI controvertido.

### 2.2. La expropiación indirecta: manos limpias y orden público versus falta de debida compensación

Con respecto a la primera cuestión, determinados aspectos relacionados con la interpretación, alcance y límites de las conductas expropiatorias llevadas a cabo por las autoridades estatales, siguen gozando de un amplio protagonismo en el ámbito de la protección internacional de las inversiones. Venezuela, en este sentido, constituye un excelente ejemplo, al tratarse de un Estado en torno al cual se han resuelto, durante los últimos años, algunos casos en los que las expropiaciones han llegado a jugar un papel transcendental.

---

<sup>19</sup> A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006, párr. 93.

<sup>20</sup> Epígrafe redactado por el Profesor Dr. Fernando Lozano Contreras (Universidad de Alcalá).

En la controversia que nos ocupa, las autoridades del Estado huésped adoptaron, con el aparente fin de proteger el orden público venezolano y en ejercicio de sus atribuciones legítimas de poder de policía ante lo que consideraron, injustificadamente, como ilegalidades e irregularidades de las compañías demandantes, una serie de medidas que constituyeron, en opinión del órgano arbitral, un acto expropiatorio ilegítimo.

En efecto, Venezuela trató de justificar su conducta alegando, primero, que las medidas decretadas fueron adoptadas como consecuencia de las ilegalidades e irregularidades presuntamente cometidas por las demandantes (ausencia de manos limpias) y que por tal motivo no podían ser interpretadas como una expropiación o medida con efectos equivalentes a una expropiación<sup>21</sup>. De la misma manera, en segundo lugar, trató de ampararse en la noción del orden público venezolano, aludiendo al margen de discrecionalidad del que dispone cualquier Estado al momento de tomar medidas con miras a la protección de dicho orden (párrs. 254-262 y 266-271). Por último, afirmó que la necesidad de pagar una compensación pronta, adecuada y efectiva, conforme al APPRI, era una consecuencia de la existencia de una expropiación, y no un requisito para la declaración de la legalidad de la medida de carácter expropiatorio (párrs. 274-275).

El órgano arbitral, por su parte, reconoció, de inicio, la prerrogativa de todo Estado huésped de expropiar inversiones realizadas en su territorio por inversores extranjeros, en tanto lo haga de acuerdo con las disposiciones legales, de manera no discriminatoria y otorgando al inversor una compensación pronta, adecuada y efectiva. Dicha compensación debe ser abonada sin demora, en moneda convertible, ser efectivamente realizable y libremente transferible, conforme a las reglas del propio APPRI (párrs. 277-278). En este caso, el órgano arbitral, entendió (párr. 279), en primer lugar, que:

“las medidas preventivas de decomiso, ocupación y operatividad temporal ejecutadas por Venezuela en contra de *Alimentos Frisa* (...), así como la medida preventiva de retención de los medios de transporte pertenecientes a la empresa logística *Dole* (...), llevaron al cese injustificado de las actividades de ambas compañías sin el consentimiento de los demandantes, privándoles por ello del uso y goce de su propiedad”.

Esta conclusión es conforme con la práctica arbitral desarrollada tanto en el CIADI<sup>22</sup> como en algún arbitraje entablado en el marco del Reglamento de la CNUDMI<sup>23</sup>. A propósito precisamente de la práctica venezolana, conviene recordar que en *Flughafen Zürich A.G. y Gestión Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela*, el órgano arbitral afirmó (párr. 456) que:

“[l]a ‘expropiación’ radica en que el Estado, en ejercicio de sus facultades soberanas, desposee a un inversor protegido por el Tratado, privándole del control o de la titularidad de una inversión protegida violando los condicionamientos exigidos por el

---

<sup>21</sup> La defensa de la demandada intentó convencer al órgano arbitral de que se trataba de una situación muy similar a la ocurrida en *Methanex c. Estados Unidos de América* (caso CNUDMI, Laudo de 3 de agosto de 2005, Parte IV, Capítulo E, p. 9, párr. 20); o *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. Uruguay* (caso CIADI n° ARB/10/7, Laudo de 8 de julio de 2016, párr. 295).

<sup>22</sup> Entre otros: ver *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. México* (caso CIADI n° ARB(AF)/00/2, Laudo de 29 de mayo de 2003, párrs. 121-122 y 147); *Burlington Resources Inc. c. Ecuador* (caso CIADI n° ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad de 14 de diciembre de 2012, párrs. 543 y 545); *OI European Group B.V. c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/11/25, Laudo de 10 de marzo de 2015, párrs. 422-426; o *Vestey Group Limited c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/06/4, Laudo de 15 de abril de 2016, párr. 305).

<sup>23</sup> *Pope & Talbot Inc. c. Canadá* (caso CNUDMI, Laudo Intermedio de 26 de junio de 2000, párr. 99).

APPRI. Desposesión implica que el inversor sufre la pérdida del uso y disfrute (y no necesariamente de la propiedad) sobre la inversión. La definición de los APPRI se centra pues en el inversor, no en el Estado. No exige que la desposesión del inversor resulte en una apropiación en beneficio del Estado”.

Dichas medidas, añadió el órgano arbitral en *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*, no resultaron de la imposición de sanciones previstas en la ley, ante incumplimientos supuestamente cometidos por las compañías, sino de la decisión de la demandada de disponer de los activos de las mencionadas compañías (párr. 283). No reflejaron, en definitiva, el ejercicio legítimo del poder de regulación o de preservación del orden público nacional (párr. 291). Los efectos de esas medidas preventivas derivaron, por lo tanto y sin margen de duda para el órgano arbitral, en una expropiación indirecta de los activos y bienes de dichas compañías (párr. 280).

En definitiva, las mencionadas medidas derivaron en un acto expropiatorio por parte de la demandada, que lesionó gravemente el derecho de propiedad de las demandantes sobre las compañías, sin resultar además compensados por las pérdidas sufridas como consecuencia de ello, produciéndose por ello la violación del artículo V del APPRI controvertido (párr. 291).

En el caso en examen, queda suficientemente probado que la privación de la propiedad de las demandantes por parte de Venezuela se realizó sin observar los procedimientos expropiatorios previstos en las leyes venezolanas y el APPRI, y, además, sin abonar a las demandantes las compensaciones allí previstas ante la pérdida de su propiedad.

2.3. El trato justo y equitativo y la prohibición de la arbitrariedad: ¿estándar mínimo de trato o estándar autónomo?

Las demandantes sostuvieron que, conforme a los artículos IV y III del APPRI controvertido, la demandada no había ejecutado las medidas dentro de un marco legal transparente, ni respetado las garantías del debido proceso y, por lo tanto, también había vulnerado la prohibición de arbitrariedad. Además de expropiar, conforme a los argumentos expuestos por las demandantes, Venezuela habría transgredido el debido proceso y el estándar de tratamiento (este es el término que utiliza el APPRI controvertido, en lugar de trato) justo y equitativo, como consecuencia del carácter arbitrario, irrazonable y desproporcionado de las medidas y decisiones adoptadas por el gobierno en contra de los intereses de las demandantes.

Las demandantes alegaron que este estándar de tratamiento justo y equitativo, conforme a lo establecido en el APPRI controvertido, debe ser distinguido del estándar mínimo de trato. En efecto, sostuvieron que, *inter alia*, las violaciones del debido proceso, la falta de transparencia en el procedimiento legal y en los actos del Estado, así como las medidas arbitrarias adoptadas por Venezuela con respecto a su inversión, habrían infringido el estándar de tratamiento justo y equitativo. Mientras que Venezuela, por su parte, manifestó que el tratamiento justo y equitativo reconocido en el APPRI no era un estándar autónomo y debía analizarse al calor del estándar mínimo de trato reconocido por el DI consuetudinario.

En base al razonamiento elaborado por el órgano arbitral, la conclusión alcanzada acogió los argumentos de las demandantes y afirmó el carácter autónomo del estándar de tratamiento justo y equitativo. En efecto, el órgano arbitral (párr. 342) manifestó a este respecto que:

“Según los propios términos del Tratado, el estándar de TJE bajo su artículo IV(1) debe estar conforme al Derecho Internacional, significando que deben aplicarse los criterios desarrollados por el derecho internacional de las inversiones. Esos criterios ofrecen contornos razonablemente claros para la protección de inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante y, ciertamente, incluyen los principios de proporcionalidad, transparencia y la prohibición de la arbitrariedad, asimilándose frecuentemente al debido proceso con esta última. A los efectos de este Arbitraje, el Tribunal no considera necesario examinar si la buena fe integra el concepto de TJE, toda vez que los principios que aquí se discuten tienen carácter más específico y objetivo”.

En la opinión del órgano arbitral, las medidas decretadas por Venezuela “no fueron proporcionales a las infracciones supuestamente cometidas por las compañías”. Además, “los procedimientos administrativos iniciados como consecuencia de las presuntas violaciones” de la normativa interna o nacional, no permitieron a las demandantes “defenderse de manera adecuada, incurriendo la autoridad en falta de transparencia y arbitrariedad” (párr. 343).

El órgano arbitral concluyó afirmando que las medidas tomadas por la demandada, caracterizadas por la violación de los principios de proporcionalidad y transparencia, por la arbitrariedad y la violación al debido proceso, en incumplimiento de los estándares de protección del APPRI, amén de la pérdida de las inversiones de las demandantes, vulneraron los artículos IV y III del APPRI celebrado entre España y Venezuela (párr. 353).

#### **IV. LOS RECURSOS INTERNACIONALES CONTRA LOS LAUDOS ARBITRALES<sup>24</sup>**

En este epígrafe se analiza un recurso de anulación presentado ante el CIADI (*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina*), así como un recurso de revisión planteado en el marco de la CNUDMI (*Serafin García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*).

##### *1. La anulación*

Durante el periodo de referencia de esta crónica se resolvió la solicitud de anulación presentada por Argentina del laudo dictado en *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentina*. Argentina fundamentó esta solicitud en los siguientes aspectos: primero, la ausencia de jurisdicción del órgano arbitral; segundo, la falta de capacidad de los abogados de las demandantes; tercero, la existencia de un fraude en relación con el uso de los fondos otorgados a las demandantes por la *Sociedad Estatal de Participaciones Industriales* (en adelante, *SEPI*) española; y, cuarto, la invocación en el laudo de un acuerdo de julio de 2008 que “internacionalizaba” unos compromisos de carácter privado. Ninguno de los argumentos presentados por Argentina logró persuadir a la comisión.

##### *1.1. La jurisdicción del órgano arbitral*

Argentina consideró que el órgano arbitral carecía de jurisdicción, ya que las demandantes no habrían realizado ninguna inversión protegida por el APPRI. A juicio de Argentina esta circunstancia implicaría la concurrencia de varios motivos de anulación.

---

<sup>24</sup> Epígrafe redactado por el Profesor Dr. Jorge Urbaneja Cillán (Universidad de Alicante).

### 1.1.1. Extralimitación de funciones

Los argumentos de Argentina se basaron en que la participación de las demandantes en *Air Comet* no era una inversión adquirida de conformidad con el APPRI. El órgano arbitral había concluido que las acciones adquiridas, de manera indirecta, por las demandantes en una sociedad argentina y de conformidad con las leyes de Argentina gozaban de la protección del APPRI. Por lo tanto, la naturaleza indirecta de la propiedad de acciones de las demandantes en *Interinvest*, *ARSA* y *AUSA* no excluía tales acciones de la definición de inversión conforme al APPRI. La comisión *ad hoc* consideró que no hubo extralimitación de funciones, por los siguientes motivos: primero, el análisis de la jurisdicción se realizó sobre la base del APPRI (párr. 83); segundo, para adoptar su decisión el órgano arbitral se fundó en varias decisiones jurisdiccionales anteriores, incluyendo algunas emitidas en virtud del APPRI controvertido (párr. 84); y, tercero, Argentina no hizo referencia a decisiones anteriores donde se hubiera concluido lo contrario en circunstancias similares (párr. 86).

Además, Argentina consideró que el órgano arbitral se habría extralimitado en sus facultades al ejercer su jurisdicción, a pesar de que la inversión no cumplía con los requisitos objetivos establecidos por el denominado “test *Salini*”. La comisión señaló que Argentina no había invocado esta cuestión ante el órgano arbitral como argumento jurisdiccional, lo que explicaría por qué no se había tratado en ese momento (párr. 86). Con todo, la comisión apuntó que, de haberlo hecho, se habrían cumplido los criterios establecidos en el “test *Salini*” (párr. 88).

Argentina alegó la existencia de simulación por parte de las demandantes, ya que la demanda arbitral correspondía realmente a *Air Comet* y no a las demandantes, como así lo demostraría la cesión gratuita de los resultados del laudo por parte de las demandantes a *Air Comet*. La comisión *ad hoc* concluyó que, independientemente de sus causas y de su origen, el contrato de cesión de los resultados del laudo no podía justificar que las demandantes no tuvieran legitimación para actuar o que el arbitraje fuera una simulación (párr. 90).

Por último, Argentina sostuvo que el acuerdo de financiación de los gastos del arbitraje celebrado con la empresa *Burford* se utilizó para defraudar el sistema del CIADI al permitir que un tercero, que no era inversor, actuara contra Argentina. La comisión *ad hoc* rechazó estos argumentos señalando que: primero, el acuerdo de financiación fue posterior a la presentación de la demanda arbitral (párr. 92); segundo, el acuerdo no contemplaba ninguna cesión al financiador del producto del laudo (párr. 93); y, tercero, el acuerdo no alteraba la situación de las demandantes (párr. 94).

### 1.1.2. Quebrantamiento de una norma fundamental del procedimiento

Argentina argumentó que las conclusiones jurisdiccionales del órgano arbitral constituían un quebrantamiento grave de las normas aplicables a la carga de la prueba, en tanto que las demandantes no habrían cumplido con su obligación de probar su calidad de inversores y la existencia de una inversión en los términos del APPRI. La comisión resolvió esta solicitud con una doble argumentación: por un lado, no parecía haber existido una diferencia sustancial entre las partes con respecto a los hechos, sino que los elementos controvertidos eran de naturaleza jurídica (interpretación del artículo 1 del APPRI); y, por otro lado, las demandantes plantearon una serie de argumentos destinados a demostrar la existencia de una inversión. Además, a la comisión no le correspondía el deber de revisar el análisis de la



prueba efectuado por el órgano arbitral (párr. 176). Por ello, concluyó que no hubo un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (párr. 177).

## *1.2. Falta de capacidad de los abogados de las demandantes*

Argentina señaló que, después de iniciado el procedimiento arbitral originario, las tres demandantes fueron declaradas en concurso de acreedores en España (entre 2010 y 2011). En abril de 2013 las facultades de administración y disposición de estas sociedades demandantes que se encontraban en concurso pasaron a ser ejercidas por las respectivas administraciones concursales, encargadas según la legislación española de administrar el patrimonio de estas empresas. Según Argentina, las administraciones concursales estaban legitimadas para actuar en el arbitraje. Los poderes de representación letrada previamente otorgados por las demandantes no se extendían durante el periodo de administración concursal y, en consecuencia, esta circunstancia implicaría la concurrencia de los siguientes motivos de anulación.

### *1.2.1. Extralimitación de funciones*

Argentina estimó que, al reconocer la capacidad de representación de los abogados de la demandante, el órgano arbitral habría omitido la aplicación del derecho español aplicable en materia civil y concursal, extralimitándose así manifiestamente en sus facultades en los términos del artículo 52.1.b) del Convenio CIADI. A juicio de la comisión *ad hoc* de anulación la cuestión sustancial radicaba en determinar si el órgano arbitral había aplicado el derecho español para llegar a su conclusión. La comisión consideró que, efectivamente, se aplicó este ordenamiento jurídico para resolver la cuestión de las facultades de los representantes de las demandantes. Al haber utilizado el derecho español, que era el derecho aplicable a la cuestión de la representación de las demandantes, no había una extralimitación manifiesta de las facultades del órgano arbitral (párr. 118).

### *1.2.2. Quebrantamiento de una norma fundamental del procedimiento*

Argentina sostenía que, al reconocer la capacidad de representación de los abogados de las demandantes, el órgano arbitral habría violado algunos principios básicos en materia de legitimación y representación, lo que constituía un quebrantamiento grave de normas fundamentales del procedimiento en los términos del artículo 52.1.d) del Convenio CIADI. La comisión *ad hoc* tomó como punto de partida que, en efecto, una representación falsa puede configurar un incumplimiento de una norma fundamental de procedimiento.

Sin embargo, la voluntad de que los administradores concursales fueran representados por el mismo despacho de abogados que había ejercido previamente la representación letrada en el arbitraje se vio confirmada por unas cartas del año 2013. Además, los administradores concursales eran conocedores de la existencia del arbitraje, de la representación letrada y no formularon objeción alguna con respecto a dicha situación ni designaron a otro abogado. Estas circunstancias quedan acreditadas porque los administradores concursales comparecieron a varias audiencias del arbitraje (párr. 181).

Por todo ello, la comisión *ad hoc* concluyó que, en ausencia de pruebas de que los administradores concursales no avalaban la representación letrada en el arbitraje, el “incumplimiento de presuntos requisitos de forma establecidos por el derecho español no configuraba un quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento” (párr. 182).

### 1.2.3. Ausencia de motivación

Argentina sostuvo que el órgano arbitral se contradijo al aceptar que el derecho español resultaba aplicable a los poderes de representación letrada, para luego ignorarlo. La comisión *ad hoc* se remitió a las argumentaciones sobre extralimitación de funciones del órgano arbitral (párr. 118) y recordó que se aplicó el derecho español a la cuestión de la representación letrada y que sus conclusiones fueron motivadas y no resultaron contradictorias (párr. 221).

### 1.3. Fraude en relación con la utilización de fondos públicos

Argentina señaló que, en virtud del contrato que dio origen a la inversión, *Air Comet* habría acordado aportar 50.000.000 dólares estadounidenses como aumento de capital y recibió por parte de la *SEPI* alrededor de 803.000.000 dólares estadounidenses. Estos fondos no habrían sido utilizados para el propósito para el cual fueron concebidos, ya que *Air Comet* no efectuó la mayoría de los aportes de capital que había acordado realizar e incumplió los compromisos contraídos en virtud del contrato de compraventa con *Aerolíneas Argentinas* y Argentina, en violación al principio de buena fe. Por estas razones Argentina sostenía que las demandantes no podían beneficiarse de la protección otorgada por el APPRI y que se habrían producido varias causas de anulación.

#### 1.3.1. Extralimitación de funciones

Argentina consideraba que el uso de fondos de la *SEPI* y la desviación respecto de las condiciones del contrato de compraventa vulneraron el principio de buena fe bajo el DI. Por estos motivos, la inversión no podía beneficiarse de la protección del APPRI y la demanda debía haber sido inadmitida. Argentina entendía que, al admitir la demanda, el órgano arbitral se habría extralimitado en sus funciones.

La comisión *ad hoc* señaló que el hecho de que un inversor utilizara la inversión para cometer un fraude, en detrimento del Estado huésped, podía suponer la eliminación de la protección otorgada por el DI público. Sin embargo, no todo incumplimiento de una obligación, sea contractual o no, podía ser caracterizado como fraude conforme al DI. Para que el incumplimiento constituyera fraude debía ser intencional y tenía que haber estado planeado para obtener una ventaja indebida en detrimento del Estado huésped. En el presente caso, Argentina no explicó el motivo por el cual los hechos objeto de la controversia deberían considerarse como violación de la buena fe conforme al DI, ni el motivo por el cual afectaron a *Aerolíneas Argentinas*, ni el motivo por el cual deberían derivar en la privación a los inversores de la protección del APPRI (párr. 129).

Por un lado, el órgano arbitral concluyó que el uso de los fondos por parte de *Air Comet* no fue violatorio del contrato de compraventa ni incumplió ninguna ley (párrs. 131 y ss). Esta conclusión vendría reforzada por una sentencia dictada en un proceso penal español que “no determinó fraude ni daño, puesto que se vincula al uso efectivo de los fondos que *Air Comet* recibió de *SEPI* a las *Aerolíneas*, sus acreedores u otros”. La comisión no encontró motivo alguno para cuestionar dichas conclusiones y, por lo tanto, afirmó que no existían pruebas que demostraran un incumplimiento del contrato de compraventa o de cualquier otro compromiso u obligación de *Air Comet*. Y mucho menos de la existencia de fraude en perjuicio de Argentina que pudiera representar la inadmisibilidad de la reclamación por incumplimiento del principio de buena fe conforme al DI público (párr. 132).

Por otro lado, respecto de la alegación de que los fondos de la *SEPI* no fueron utilizados para el propósito para el cual fueron concebidos, la comisión sostuvo que Argentina no presentó explicación alguna relativa a los motivos por los cuales ello constituiría fraude en perjuicio de *Aerolíneas Argentinas*. Además, el órgano arbitral observó que, en todos los casos, la *SEPI* tenía conocimiento y había aprobado la forma como se utilizaban los fondos (párrs. 133 y ss).

### 1.3.2. *Quebrantamiento de una norma fundamental del procedimiento*

Argentina mantuvo que el órgano arbitral había incurrido en un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento al otorgarle protección a la inversión pese al uso indebido por parte de *Air Comet* de los fondos otorgados por la *SEPI*. A estos efectos Argentina realizaba dos alegaciones principales. Primera, que el órgano arbitral invirtió la carga de la prueba con respecto al aporte de capital de 50.000.000 dólares estadounidenses y habría concluido que “la Demandada no logró demostrar el supuesto incumplimiento del CCA y que las Demandantes realizaron aportes de capital adicionales a *Aerolíneas Argentinas* después de su inversión inicial”. El órgano arbitral, en consecuencia, habría llegado a su conclusión sobre la base de los argumentos presentados por las demandantes. La comisión *ad hoc* consideró, en cambio, que no se produjo una inversión de la carga de la prueba (párr. 201). Y, segunda, Argentina argumentó que el órgano arbitral no contestó a sus argumentos relativos al mal uso de los 205.000.000 dólares estadounidenses otorgados por la *SEPI* a *Air Comet*. La comisión también concluyó que el órgano arbitral sí abordó dicha cuestión y decidió que esta aportación podía haber sido utilizada válidamente para cubrir las pérdidas operativas (párr. 202).

### 1.3.3. *Ausencia de motivación*

La comisión *ad hoc* señaló que el órgano arbitral dedicó no menos de quince páginas de su laudo a analizar los argumentos de Argentina respecto de la utilización de los fondos de la *SEPI*. Al hacerlo, habría proporcionado una respuesta completa y detallada a la parte demandada, cumpliendo con el requisito del artículo 48.3 del Convenio del CIADI, conforme al cual el laudo debe ser motivado (párr. 226).

Por un lado, el órgano arbitral explicó que su conclusión de que no había ocurrido incumplimiento alguno con respecto al pago de 50.000.000 dólares estadounidenses se basó en el hecho de que la *SEPI* nunca se quejó de incumplimiento alguno y en que el Tribunal de Cuentas español había determinado que se habían cumplido las obligaciones previstas por el contrato de compraventa (pár. 227).

Por otro lado, en lo que respecta a los fondos de 300.000.000 dólares estadounidenses, el órgano arbitral determinó que la *SEPI* había reconocido ante el Tribunal de Cuentas español que la manera en que se habían utilizado los fondos estaba permitida por el contrato de compraventa. En consecuencia, no existía fundamento para concluir que se había incumplido este contrato y no hubo contradicción alguna en el razonamiento del órgano arbitral (párr. 228).

Por último, en lo que se refiere a los fondos de 205.000.000 dólares estadounidenses, el órgano arbitral observó que la “*SEPI* acordó aportar USD 205 millones adicionales para cubrir las pérdidas operativas registradas por las *Aerolíneas* entre los meses de julio y octubre de 2001” y, en este contexto, concluyó explícitamente que la *SEPI* no tenía quejas respecto de la forma en la cual se habían utilizado estos fondos (párrs. 229-230).

#### 1.4. La invocación en el laudo de un acuerdo relativo a Aerolíneas Argentinas firmado en 2008

Argentina afirmó que el único sustento de la conclusión alcanzada por el órgano arbitral relativo a que Argentina violó el APPRI era el supuesto incumplimiento del acuerdo firmado en julio de 2008 celebrado entre Argentina e *Interinvest* en el contexto de la delicada situación financiera de *Aerolíneas Argentinas*, cuyo propósito era determinar el precio de las acciones de *Aerolíneas Argentinas* que serían adquiridas por Argentina. El órgano arbitral comprobó que “no hubo acuerdo sobre el precio de transferencia de las acciones” y que, por lo tanto, *Interinvest* “solicitó la designación de un tercer evaluador, conforme a los términos del Acuerdo de julio de 2008”. Sin embargo, y dadas las discrepancias entre *Interinvest* y Argentina, no se designó un tercer evaluador y el Congreso argentino sancionó una ley que declaraba las acciones de las *Aerolíneas Argentinas* de utilidad pública y sujetas a expropiación.

El órgano arbitral concluyó que Argentina era responsable del incumplimiento del acuerdo de julio de 2008 por no haber dado cumplimiento a su obligación de adquirir las acciones de *Interinvest* en *Aerolíneas Argentinas* conforme al mecanismo establecido en el acuerdo de julio de 2008 y que dicho incumplimiento constituyó la violación del estándar de trato justo y equitativo dispuesto en el APPRI y una medida injustificada. Asimismo, el órgano arbitral concluyó que la expropiación era ilícita debido a que Argentina no cumplió el procedimiento establecido en el acuerdo de julio de 2008 (párr. 170). Argentina consideraba que estos argumentos daban lugar a dos causas de nulidad.

##### 1.4.1. Extralimitación de funciones

Argentina alegó que el órgano arbitral carecía de jurisdicción para fundar sus conclusiones respecto del acuerdo de julio de 2008 porque: por un lado, las demandantes no eran parte de dicho contrato; y, por otro lado, el incumplimiento del acuerdo de julio de 2008 constituía un incumplimiento contractual que no podía equipararse con una violación del APPRI.

En primer lugar, la comisión *ad hoc* consideró que el órgano arbitral podría, sin extralimitarse en sus facultades, determinar que, al incumplir el acuerdo de julio de 2008, Argentina asimismo violó el APPRI (párr. 150). La comisión entendió que el acuerdo de julio de 2008 formaba parte del marco jurídico establecido por Argentina para la operación de la inversión y posible venta de *Aerolíneas Argentinas* por parte de *Interinvest* (párr. 152). En este sentido, el incumplimiento de dicho acuerdo por parte de Argentina podría configurar a su vez una violación de las obligaciones derivadas del tratado. Por consiguiente, el órgano arbitral no había elevado meros incumplimientos contractuales al plano internacional (párr. 153) y, en consecuencia, el órgano arbitral no se había extralimitado en sus funciones.

Y, en segundo lugar, la comisión aplicó estas mismas consideraciones para responder a la alegación argentina de que las demandantes no eran parte en el acuerdo de julio de 2008 y que, por lo tanto, no tenían derecho a invocarlo. El órgano arbitral determinó que estas tenían una expectativa legítima de que se le daría cumplimiento como parte del marco jurídico general aplicable a la inversión (párr. 154). Por ello, el órgano arbitral “pudo concluir sin extralimitarse en sus facultades que la falta de cumplimiento de Argentina del mecanismo establecido en el Artículo 6 de dicho acuerdo constituyó asimismo una violación de sus obligaciones internacionales” (párr. 154 *in fine*).

#### 1.4.2. Ausencia de motivación

Argentina alegó que al determinar la responsabilidad internacional de Argentina por violación del APPRI sobre la base del incumplimiento del acuerdo de julio de 2008 y determinar los daños resultantes de esa violación, concurrieron los siguientes motivos de anulación: primero, la violación de un contrato no puede constituir una violación de un tratado; y, segundo, el razonamiento del órgano arbitral respecto de la valoración de daños era ilógico y contradictorio y no había abordado la crítica planteada a la valoración de *Credit Suisse* en el marco del arbitraje.

En primer lugar, la comisión recordó que “el Acuerdo de julio de 2008 no era simplemente un acuerdo comercial”, y, por lo tanto, que *Interinvest* y las demandantes podrían haber tenido la expectativa legítima de que Argentina cumpliría el acuerdo de 2008 (párr. 237). La comisión consideró que no le correspondía decidir si estas conclusiones eran correctas. No obstante, estas conclusiones eran motivadas, claras y comprensibles (párr. 238).

Y, en segundo lugar, la comisión recordó que el órgano arbitral había concluido que “la valuación del *Credit Suisse* es la expresión más confiable del valor de las Aerolíneas, según lo acordado por las Partes en virtud del Acuerdo de julio de 2008 (...)”. La comisión consideró que esta decisión estaba suficientemente argumentada, en la medida en que el órgano arbitral tuvo en cuenta otras valoraciones y explicó suficientemente qué valoraciones consideraba más fiables (párr. 241).

#### 2. La revisión

En otro orden de cosas, en *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela* el Estado huésped presentó una solicitud de revisión de la decisión sobre jurisdicción de 15 de diciembre de 2014, al calor de la aparición de nuevos hechos.

En este litigio, un arbitraje de inversión iniciado al amparo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no resultaba de aplicación lo establecido para la revisión por el Convenio CIADI. Mediante la solicitud de revisión, Venezuela alegaba que las demandantes engañaron al órgano arbitral a través de un “fraude” cometido mediante documentos “forjados” o “fabricados”. Venezuela consideraba que este “fraude” afectó a sus derechos de defensa y al debido proceso y suponía un vicio de la totalidad del procedimiento arbitral, ya que de no haber mediado dicho fraude debía haberse declarado la falta de jurisdicción del órgano arbitral. La solicitud de revisión, que fue rechazada en su integridad, fue conocida por el mismo órgano arbitral que resolvió la controversia principal.

El órgano arbitral afirmó que las disposiciones obligatorias de la ley de la sede del arbitraje (derecho francés) debían aplicarse al procedimiento arbitral para determinar la solicitud de revisión. A estos efectos, el Código de Procedimiento Civil francés, en sus artículos 1502 y 1506, establecía que el recurso extraordinario de revisión podía plantearse ante el tribunal arbitral, como medio de impugnación de la decisión afectada, incluso en arbitrajes internacionales (párr. 80). El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no contiene ninguna referencia a la revisión y de ello podría parecer que se impide la interposición de este recurso, que sí estaba previsto en el derecho interno. Sin embargo, el órgano arbitral entendió que, debido a la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión y el carácter excepcional de los hechos que le servían de base, no debía ignorarse esta solicitud. De esta forma, era necesario examinar si en este caso se daban los presupuestos fácticos que permitían la interposición de

este recurso y, si fuera el caso, si eran procedentes los argumentos presentados por Venezuela (párr. 82). El órgano arbitral examinó la solicitud de revisión y la entendió inadmisibles por varios motivos.

### *2.1. La imposibilidad de reabrir la fase de jurisdicción mediante la revisión*

En el acta de constitución del órgano arbitral, las partes acordaron que todas las objeciones a la jurisdicción fueran presentadas y resueltas en la etapa preliminar de jurisdicción (párr. 85). El órgano arbitral consideró que las partes habían utilizado todos los instrumentos procesales para decidir sobre la jurisdicción del órgano arbitral, conforme a los criterios del acta de constitución (párr. 88).

El órgano arbitral consideró que las razones alegadas por Venezuela no podían considerarse suficientes para justificar las fechas de interposición de la solicitud de revisión, toda vez que los documentos que sirvieron de base para la misma eran conocidos por la demandada desde una fecha muy anterior (párr. 90). En particular, señaló que el conocimiento de los hechos y los documentos sobre los que Venezuela fundamentaba la revisión fueron conocidos antes de la presentación de su memorial de objeciones de jurisdicción, el 13 de enero de 2014. Por ello, Venezuela no podía presentar nuevas objeciones a la jurisdicción sobre los hechos, los documentos o la información mencionados (párr. 94).

Además, se advirtió que el argumento del fraude fue presentado justo después de que se produjera un cambio en la representación letrada de Venezuela, por lo que respondía a un cambio táctico en su defensa (párr. 95). Como consecuencia de todo lo expuesto, el órgano arbitral concluyó que la interposición de la solicitud de revisión no estaba permitida por el acta de constitución y, por lo tanto, resultaba inadmisibles (párr. 96).

### *2.2. La extemporaneidad de la solicitud*

Según el artículo 596 del Código de Procedimiento Civil francés, el plazo para la presentación de este tipo de recurso es de dos meses, contados desde el día en el que la parte tuvo conocimiento de la causa de la revisión. El órgano arbitral apreció que Venezuela tuvo conocimiento de los hechos y los documentos, a más tardar el 7 de marzo de 2014, mientras que la primera solicitud de revisión se presentó el 8 de junio de 2016. Con base en estas consideraciones, el órgano arbitral inadmitió el recurso por extemporaneidad, según el plazo previsto en la normativa procesal francesa (párr. 99).

### *2.3. El fraude como motivo de nulidad*

El 14 de enero de 2015 Venezuela interpuso una acción de nulidad ante la Corte de Apelación de París, donde planteó cinco motivos por los que, según ella, la decisión sobre jurisdicción debía anularse. La acción de nulidad fue resuelta el 25 de abril de 2017, mediante un fallo de la Corte de Apelación de París que desestimó cuatro de los cinco argumentos planteados por Venezuela; incluyendo el que se refería a los presuntos fraudes documentales atribuidos a las demandantes. La referida sentencia fue objeto de un recurso de casación y fue dejada sin efecto por la Corte de Casación francesa, habiéndose dispuesto que la causa pasase a nuevamente a conocimiento de la Corte de Apelación de París.

El órgano arbitral advirtió de la identidad de objeto entre los argumentos empleados por Venezuela en su solicitud de anulación de la decisión sobre jurisdicción y en el recurso

presentado ante la Corte de Apelación de París. Como se admitió esta apelación, el litigio se encontraba bajo conocimiento de los órganos jurisdiccionales franceses. Por ello, el órgano arbitral no podía decidir sobre este expediente, de ahí que considerara inadmisibles las alegaciones de fraude sostenidas por Venezuela (párrs. 104-105).

Asimismo, respecto al fraude, el órgano arbitral señaló que la decisión sobre jurisdicción no estuvo fundamentada en los documentos que Venezuela consideraba fraudulentos porque los “hechos posteriormente acusados de fraudulentos por la Demandada, en nada influyeron en el proceso decisorio del Tribunal Arbitral; ni la propia Demandada los mencionó en su objeción a la jurisdicción” (párr. 107). Por ello, el órgano arbitral argumentó que la solicitud de revisión no cumplía con los requisitos de admisibilidad previstos en el derecho francés (párr. 108).

A juicio de Venezuela, las demandantes habían cometido fraudes en Venezuela, Chile y Ecuador. Además, Venezuela consideraba que las demandantes formaban parte de una organización destinada a defraudar a Venezuela y con actividades ilegales en los Estados Unidos de América, Chile y Ecuador. El órgano arbitral señaló que Venezuela no identificó la conexión entre los hechos fraudulentos imputados a las demandantes y los fundamentos de la decisión sobre jurisdicción. Así las cosas, consideró que el objetivo era simplemente transmitir una impresión negativa sobre las demandantes (párr. 110). Por estos motivos, el entendió innecesario analizar los argumentos de la demandada sobre supuestas prácticas ilícitas de las demandantes (párr. 111).

## V. CONSIDERACIONES FINALES<sup>25</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 2019, entre los que destacan nueve 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 saga, 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 2019 se ha dictado un laudo que dirime la responsabilidad internacional de España.

Conviene señalar, como se advierte en el cuadro nº 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). En otras ocasiones, el inversor extranjero ha solicitado la ejecución del laudo ante diversos foros (Estados Unidos de América o Australia) y se está dirimiendo esta cuestión al tiempo de cerrar estas líneas.

El cuadro nº 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. Estos datos son relevantes para indicar los posibles recursos que podrían plantearse contra los laudos, así como para poner de relieve que el artículo 10.1 del TCE constituye la piedra angular en torno a la que se hace girar la responsabilidad internacional de España en el marco de esta saga. Ello sin perjuicio de que, dado su carácter

---

<sup>25</sup> Epígrafe redactado por el Profesor Dr. Francisco Pascual-Vives (Universidad de Alcalá).

amplio y de las distintas circunstancias en presencia en cada litigio (entre ellas el tipo de tecnología involucrada o el momento en que se realizó la inversión), los órganos arbitrales hayan perfilado su interpretación con distintos matices. En el epígrafe II.2 de esta crónica ya se han expuesto las principales líneas de ataque que los inversores extranjeros han desplegado contra España.

Mientras que el cuadro nº 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 la determinación de los intereses. Merece la pena señalar que todavía parece pronto para pronunciarse acerca de si el tipo de tecnología involucrada en la controversia tiene alguna influencia en el montante de la indemnización. Más bien, como sucede en este tipo de controversias, son las propias circunstancias del caso y el contexto particular en el que se desarrolló la inversión (uno de cuyos factores sin duda es el tipo de tecnología implicada) las que pueden condicionar la determinación de este factor esencial de la responsabilidad internacional del Estado. Asimismo, en el cuadro nº 2 se compara el montante de la indemnización obtenida por el inversor con la cantidad inicialmente solicitada. Algunos de los arbitrajes finalizados a favor de los inversores extranjeros, como se expuso *supra*, están todavía pendientes de que culmine la fase de determinación de la indemnización, de ahí que no figuren datos en los correspondientes apartados.



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

*Cuadro nº 1: Resumen de los arbitrajes finalizados (hasta el 31 de diciembre de 2019)*

Elaborado por el 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><br>(caso CCE nº 062/2012)   | Fotovoltaica        | CCE<br>Madrid              | Presidente: A. Mourre (francés)<br>Árbitro (inversor): G.S. Tawil (argentino)<br>Árbitro (Estado): C. von Wobeser (mexicano)             | 21 de enero de 2016   | Favorable al Estado huésped  |
| <i>Solarpark Management GmbH &amp; Co. Atum I KG c. España</i><br>(caso CCE nº 2015/163)   | Fotovoltaica        | CCE                        | No disponible  | Desistido por el inversor el<br>24 de mayo de 2016  | Favorable al Estado huésped  |
| <i>Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. España</i><br>(caso CCE nº 2013/153)  | Fotovoltaica        | CCE<br>Ginebra             | Presidente: Y. Derains (francés)<br>Árbitro (inversor): G.S. Tawil (argentino)<br>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)<br>Árbitro (inversor): S.A. Alexandrov (búlgaro)<br>Árbitro (Estado): C. McLachlan (neozelandés) | 4 de mayo de 2017<br>(laudo anulado mediante<br>decisión de 11 de junio de<br>2020)         | Violación del art. 10.1 del TCE<br>y no se pronuncia sobre el art.<br>13 del TCE (principio de<br>economía procesal) |
| <i>Novenergia II – Energy &amp; Environment (SCA), SICAR c. España</i><br>(caso CCE nº V2015/063)                                      | Fotovoltaica        | CCE<br>Estocolmo           | Presidente: J. Sidklev (sueco)<br>Árbitro (inversor): A. Crivellaro (italiano)<br>Árbitro (Estado): B. Sepúlveda-Amor (mexicano)         | 15 de febrero de 2018<br>(procedimiento de<br>anulación del laudo<br>pendiente en Suecia)   | Violación del art. 10.1 del<br>TCE, pero no del art. 13 del<br>TCE   |
| <i>Masdar Solar &amp; Wind Cooperatief U.A. c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/14/1)  | Termosolar          | CIADI                      | Presidente: J. Beechey (británico)<br>Árbitro (inversor): G. Born (estadounidense)<br>Árbitro (Estado): B. Stern (francesa)              | 16 de mayo de 2018<br>(procedimiento de<br>anulación del laudo<br>pendiente ante el CIADI)  | Violación del art. 10.1 del TCE  |
| <i>Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/13/31)           | Termosolar          | CIADI                      | Presidente: E. Zuleta (colombiano)<br>Árbitro (inversor): J.Ch. Thomas (canadiense)<br>Árbitro (Estado): F. Orrego Vicuña (chileno)      | 15 de junio de 2018<br>(procedimiento de<br>anulación del laudo<br>pendiente ante el CIADI) | Violación del art. 10.1 del TCE  |
| <i>Foresight Luxembourg Solar I S.à r.l. y otros c. España</i><br>(caso CCE nº V2015/150)  | Fotovoltaica        | CCE<br>Estocolmo           | Presidente: M. Moser (austriaco)<br>Árbitro (inversor): K.M. Sachs (alemán)<br>Árbitro (Estado): R.E. Vinuesa (argentino y español)      | 14 de noviembre de 2018   | Violación del art. 10.1 del<br>TCE, pero no del art. 13 del<br>TCE   |
| <i>RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/13/30) | Termosolar y eólica | CIADI                      | Presidente: A. Pellet (francés)<br>Árbitro (inversor): R.G. Volterra (canadiense)<br>Árbitro (Estado): P. Nikken (venezolano)            | 30 de noviembre de 2018<br>(anulación del laudo<br>pendiente ante el CIADI)                 | Violación del art. 10.1 del TCE  |

| <b>Nombre y referencia procesal del arbitraje</b>   | <b>Sector energético</b>  | <b>Reglamento y sede arbitral</b> | <b>Composición del órgano arbitral encargado de resolver la controversia</b>   | <b>Fecha del laudo sobre el fondo</b>  | <b>Resultado del arbitraje (fondo)</b>  |
|---|---------------------------|-----------------------------------|--|--|---|
| <i>Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/15/20)                                | Fotovoltaica e Hidráulica | CIADI                             | Presidente: V. Lowe (británico)<br>Árbitro (inversor): J.J. Spigelman (australiano)<br>Árbitro (Estado): Ch. Tomuschat (alemán)                                    | 15 de febrero de 2019<br>(procedimiento de anulación del laudo pendiente ante el CIADI)              | Violación del art. 10.1 del TCE y no se pronuncia sobre el art. 13 del TCE (principio de economía procesal) |
| <i>NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/14/11) | Termosolar                | CIADI                             | Presidente: D.M. McRae (canadiense y neozelandés)<br>Árbitro (inversor): Y. Fortier (canadiense)<br>Árbitro (Estado): L. Boisson de Chauzournes (francesa y suiza) | 12 de marzo de 2019<br>(procedimiento de anulación del laudo pendiente ante el CIADI)                | Violación del art. 10.1 del TCE   |
| <i>9Ren Holding S.à r.l. c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/15/15)   | Fotovoltaica              | CIADI                             | Presidente: I. Binnie (canadiense)<br>Árbitro (inversor): D.R. Haigh (canadiense)<br>Árbitro (Estado): V.V. Veeder (británico)                                     | 31 de mayo de 2019<br>(procedimiento de anulación del laudo pendiente ante el CIADI)                 | Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE  |
| <i>SolEs Badajoz GmbH c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/13/36)  | Fotovoltaica              | CIADI                             | Presidente: J.E. Donoghue (estadounidense)<br>Árbitro (inversor): D.A.R. Williams (neozelandés)<br>Árbitro (Estado): G. Sacerdoti (italiano)                       | 31 de julio de 2019<br>(procedimiento de anulación del laudo pendiente ante el CIADI)                | Violación del art. 10.1 del TCE y no se pronuncia sobre el art. 13 del TCE (principio de economía procesal) |
| <i>InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/14/12)              | Termosolar                | CIADI                             | Presidente: S.L. Drymer (canadiense)<br>Árbitro (inversor): W.W. Park (suizo y estadounidense)<br>Árbitro (Estado): P.-M. Dupuy (francés)                          | 2 de agosto de 2019<br>(procedimientos de anulación y revisión pendientes ante el CIADI)             | Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE  |
| <i>OperaFund Eco-Invest SICAV Plc y Schwab Holding AG c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/15/36)                    | Fotovoltaica              | CIADI                             | Presidente: K.-H. Böckstiegel (alemán)<br>Árbitro (inversor): A. Reinisch (austriaco)<br>Árbitro (Estado): Ph. Sands (británico y francés)                         | 6 de septiembre de 2019<br>(procedimiento de anulación del laudo pendiente ante el CIADI)            | Violación del art. 10.1 del TCE   |
| <i>Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/15/1)                       | Termosolar                | CIADI                             | Presidente: J.W. Salacuse (estadounidense)<br>Árbitro (inversor): K. Hobér (sueco)<br>Árbitro (Estado): Z. Douglas (australiano)                                   | 2 de diciembre de 2019<br>(procedimiento de anulación del laudo pendiente ante el CIADI)             | Favorable al Estado huésped   |
| <i>BayWa r.e. Renewable Energy GmbH y BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. España</i> (caso CIADI nº ARB/15/16)         | Eólica                    | CIADI                             | Presidente: J.R. Crawford (australiano)<br>Árbitro (inversor): H.A. Grigera-Naón (argentino)<br>Árbitro (Estado): L. Malintoppi (italiana)                         | 2 de diciembre de 2019<br>(pendiente de emitir una resolución sobre la cuantía de la indemnización)  | Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE  |
| <i>RWE Innogy GmbH y RWE Innogy Aersa S.A.U. c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/14/34)                             | Hidráulica y eólica       | CIADI                             | Presidente: S. Wordsworth (británico)<br>Árbitro (inversor): J.L. Kessler (estadounidense)<br>Árbitro (Estado): A. Joubin-Bret (francesa)                          | 30 de diciembre de 2019<br>(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 2019):

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

Elaborado por el Profesor 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 otorgado 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 y no se pronuncia sobre el art. 13 del TCE (principio de economía procesal) | 298.000.000 euros                               | 128.000.000 euros   | 42,95%  | Pre-laudo (desde el 20 de junio de 2014): 2,07% por año (compuesto mensual)<br>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  | 61.300.000 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   | 260.000.000 euros                               | 64.500.000 euros  | 24,81%  | Pre-laudo (desde el 20 de junio de 2014): 0,906% por año (compuesto mensual)<br>Post-laudo: 1,6% por año (compuesto mensual) |
| <i>Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/13/31)        | Violación del art. 10.1 del TCE   | 238.000.000 euros                               | 112.000.000 euros   | 47,05%  | Pre-laudo (desde el 20 de junio de 2014): 2,07% por año (compuesto mensual)<br>Post-laudo: 2,07% (compuesto mensual)         |
| <i>Foresight Luxembourg Solar 1 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  | 50.000.000 euros                                | 39.000.000 euros  | 78%   | Pre-laudo (desde el 30 de junio de 2014): 1,4% por año (compuesto mensual)<br>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                               | 59.600.000 euros  | 13,51%  | Desde el 30 de junio de 2014: 2,07% (compuesto mensual)  |

| <b>Nombre y referencia procesal del arbitraje</b>  | <b>Resultado del arbitraje</b>  | <b>Indemnización solicitada (excluyendo intereses)</b> | <b>Importe de la indemnización (excluyendo intereses y costas)</b> | <b>Porcentaje otorgado sobre el total solicitado</b> | <b>Intereses otorgados al inversor extranjero</b>  |
|--|---|--|--|--|--|
| <i>Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/15/20)                                   | Violación del art. 10.1 del TCE y no se pronuncia sobre el art. 13 del TCE (principio de economía procesal) | 74.080.000 euros                                       | 33.700.000 euros   | 45,49%   | Desde el 20 de junio de 2014: tasa de seis meses del EURIBOR (compuesto semestral)   |
| <i>NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/14/11) | Violación del art. 10.1 del TCE   | 393.600.000 euros                                      | 290.600.000 euros  | 73,83%   | Pre-laudo (desde el 30 de junio de 2016): 0,234% (compuesto mensual)   |
| <i>9Ren Holding S.à r.l. c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/15/15)  | Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE  | 52.200.000 euros                                       | 41.760.000 euros   | 80%  | Desde el 30 de junio de 2014: tasa equivalente al rendimiento del bono español a 5 años capitalizables anualmente                  |
| <i>SolEs Badajoz GmbH c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/13/36)   | Violación del art. 10.1 del TCE y no se pronuncia sobre el art. 13 del TCE (principio de economía procesal) | 81.800.000 euros                                       | 40.980.000 euros   | 50,09%   | Pre-laudo (desde el 30 de junio de 2014): 1,74% por año (compuesto trimestral)<br>Post-laudo: 1,74% por año (compuesto trimestral) |
| <i>InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España</i> (caso CIADI nº ARB/14/12)                    | Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE  | 75.700.000 euros                                       | 28.200.000 euros   | 37,25%   | Pre-laudo (desde el 30 de junio de 2014): 2% por año (compuesto anual)<br>Post-laudo: 2% por año (compuesto anual)                 |
| <i>OperaFund Eco-Invest SICAV Plc y Schwab Holding AG c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/15/36)                       | Violación del art. 10.1 del TCE   | 40.100.000 euros                                       | 29.300.000 euros   | 73,07%   | Desde el 20 de junio de 2014: intereses simples a la tasa de rentabilidad de los bonos españoles a diez años                       |
| <i>Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otros c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/15/1)                          | Favorable al Estado huésped   | 423.000.000 euros                                      | No procede   | No procede   | No procede   |
| <i>BayWa r.e. Renewable Energy GmbH y BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. España</i><br>(caso CIADI nº ARB/15/16)         | Violación del art. 10.1 del TCE, pero no del art. 13 del TCE  | 70.734.037 euros                                       | Por determinar   | Por determinar                                       | Por determinar   |
| <i>RWE Innogy GmbH y RWE Innogy Aersa S.A.U. c. España</i> (caso CIADI nº ARB/14/34)                                   | Violación del art. 10.1 del TCE   | 273.000.000 euros                                      | Por determinar   | Por determinar                                       | Por determinar   |