

**ARBITRAJE BAJO EL REGLAMENTO DEL INSTITUTO DE ARBITRAJE
DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO**

Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.
Demandante

c.

Reino de España
Demandada

Arbitraje SCC V2013/153

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

Sr. Yves Derains (Presidente)
Prof. Guido Santiago Tawil (co-árbitro)
Sr. Claus Von Wobeser (co- árbitro)

Secretaría del Tribunal
Sra. Aurore Descombes

Representando la Demandante

Sr. Hermenegildo Altozano García-Figueras
Sr. Coral Yáñez Cañas
Bird & Bird LLP (España)

Sr. Fernando Mantilla-Serrano
Sr. John Adam
Latham & Watkins LLP (Paris)

Representando la Demandada

Sr. José Luis Gómara Hernández
Sr. Diego Santacruz Descartin
Sr. Fernando Irurzun Montoro
Abogacía General del Estado

TABLA DE CONTENIDO

I.	Las Partes	11
	A. Demandante	11
	B. demandada.....	11
II.	El consentimiento al arbitraje	12
III.	Derecho aplicable.....	14
IV.	resumen del procedimiento de arbitraje.....	14
V.	Antecedentes de hecho.....	24
	A. La evolución de la normativa española relativa a la producción de energía eléctrica de fuentes renovables	24
	1. El Régimen Especial de Generación Eléctrica.....	24
	a. El Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo	26
	b. El RD 1578/2008 del 26 de septiembre.....	28
	c. El Real Decreto Ley 6/2009, del 30 de abril por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.....	30
	d. El Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial	30
	e. El Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.....	32
	2. La reforma del sector de las energías renovables en España y la introducción del Régimen de Retribución Específica	33
	a. El Real Decreto Ley 1/2012 de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de reasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.....	33
	b. El informe de la Comisión Nacional de Energía sobre el Sector Energético Español de 7 de marzo de 2012.....	34
	c. El Programa Nacional de Reformas 2012 del 27 de abril	35
	d. La adopción de la Ley 15/2012 de medidas fiscales para la sostenibilidad energética	36
	e. EL Real Decreto-Ley 2/2013 de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero	36
	f. El Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio de 2013 por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico	37
	g. La Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE 2013)	38
	h. El Real Decreto 413/2014 del 6 de junio y la Orden IET/1045/2014 del 16 de junio	40
	B. La estructura y la actividad de la demandante.....	41
VI.	posicion de las partes	45
	A. Posición de las partes sobre la jurisdicción del Tribunal Arbitral.....	45
	1. Posición de la Demandada: el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción	46

a.	Objeción Jurisdiccional A: la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por la ausencia de un inversor protegido con arreglo al TCE	46
b.	Objeción Jurisdiccional B: la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por la ausencia de un inversor de otra Parte Contratante protegido con arreglo al Artículo 1(7) del TCE	51
c.	Objeción Jurisdiccional C: la falta de inversión de acuerdo con el Artículo 1(6) TCE.....	53
d.	Objeción Jurisdiccional D: la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por la existencia de abuso del proceso.	60
e.	Objeción jurisdiccional E: la falta de jurisdicción “ratione voluntatis” del Tribunal por haberse denegado a IIN la aplicación de la Parte III del TCE por concurrir las circunstancias del Artículo 17 TCE.....	70
f.	Objeción jurisdiccional F: la falta de jurisdicción del Tribunal para conocer de una supuesta vulneración por el Reino de España de obligaciones derivadas del Artículo 10(1) TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012	72
g.	Objeción jurisdiccional G: la inadmisibilidad de la reclamación sobre una supuesta vulneración por la Demandada de sus obligaciones derivadas del Artículo 13 TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012, debido a la falta de sometimiento de la cuestión a las autoridades fiscales nacionales competentes como exige el Artículo 21(5)(b) TCE	75
2.	La posición de la Demandante: el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción.....	76
a.	El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción de conformidad con el Artículo 26(1) TCE.....	76
i.	La diversidad de territorio entre el inversor y el territorio en el que se hizo la inversión	76
ii.	Se cumple el criterio de diversidad de nacionalidad (Artículo 1(7) del TCE)	80
iii.	La Demandante hizo una inversión de acuerdo con el Artículo 1(6) TCE	82
iv.	No hubo forum shopping	85
b.	No existe obstáculo a la admisibilidad de la Demanda	90
i.	La Demandada no puede aplicar el Artículo 17 TCE retroactivamente.....	90
ii.	Las objeciones relativas al Artículo 21 del TCE son infundadas	92
iii.	La Demandada no proporcionó un mecanismo de recurso ante las autoridades fiscales competentes	95
B.	Posición de las Partes sobre el fondo de la disputa	97
1.	Posición de la Parte Demandante.....	97
a.	El Reino de España garantizó un marco económico estable y predecible para las plantas	97
b.	La Demandada garantizó un FIT a largo plazo para las Plantas	99
c.	El Reino de España paulatinamente ha vaciado y finalmente abolió el Régimen Especial	101
d.	El Reino de España ha abolido el Régimen Especial al sustituirlo por la Retribución Específica.....	103
i.	El Reino de España ha impuesto un “techo” arbitrario a la rentabilidad razonable	104

ii.	Los nuevos parámetros de cálculo de la Retribución Específica	105
iii.	El nuevo régimen de Retribución Específica se aplica retroactivamente.....	106
iv.	La Retribución Específica está sujeta a revisión al arbitrio del Reino de España.....	107
e.	Las medidas adoptadas por el Reino de España no eran previsibles	107
i.	El Reino de España no anuncio la adopción de las medidas ni la abolición del Régimen Especial	107
ii.	La jurisprudencia del Tribunal Supremo español es irrelevante a efectos de las expectativas legítimas de la Demandante	109
iii.	Los cambios legislativos anteriores a las medidas objeto de este arbitraje no presagiaban la abolición del Régimen Especial...	113
f.	Las medidas adoptadas por el Reino de España no son razonables ..	114
a.	La Demandada ha violado sus obligaciones bajo el Artículo 10 TCE	116
i.	El Reino de España ha violado su obligación de promover y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para la realización de inversiones	116
ii.	El Reino de España ha violado su obligación de conceder un trato justo y equitativo a las inversiones de la Demandante.....	117
iii.	El Reino de España ha violado su obligación de asegurar una protección y seguridad completas a la inversión de la Demandante	122
iv.	El Reino de España ha violado su obligación de no perjudicar mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de la inversión de la Demandante	124
v.	El Reino de España ha violado su obligación de cumplir con las obligaciones contraídas con la Demandante o su inversión....	124
b.	La Demandada ha violado la obligación del Artículo 13 TCE sobre la prohibición de la expropiación	126
i.	La inversión de la Demandante está protegida por el Artículo 13 TCE	127
ii.	El Reino de España no puede esconderse tras su poder regulatorio para eludir su responsabilidad bajo el Artículo 13 TCE	128
iii.	Las medidas adoptadas por el Reino de España han resultado en la expropiación de la inversión de la Demandante	130
c.	La Demandante tiene derecho a compensación.....	131
i.	Método de Valuación de los Daños Causados a IIN por el Reino de España	132
ii.	Las críticas del Reino de España al Primer Informe Deloitte carecen de fundamento.....	133
iii.	Cuantificación de los daños sufridos por IIN.....	134
2.	Posición de la Parte Demandada	135
a.	Consideraciones relativas a los hechos.....	135
i.	La desinversión de ISOLUX.....	135
ii.	El marco regulatorio.....	135
iii.	Sobre el marco económico estable y predecible	138
iv.	Sobre el FIT a largo plazo y la rentabilidad razonable	138

v.	Sobre la previsibilidad de las medidas adoptadas por el Reino de España	139
vi.	Sobre el carácter razonable de las medidas adoptadas por el Reino de España	139
vii.	En mayo 2011 ISOLUX conocía el marco y el riesgo regulatorio	141
viii.	En julio de 2011, T-Solar y las Plantas conocía el marco y el riesgo regulatorio	143
ix.	La Demandante conocía la posición del Tribunal Supremo en cuanto a la retroactividad	144
b.	El Reino de España no ha vulnerado el Artículo 10(1) TCE	145
i.	El Reino de España no ha violado la obligación de crear condiciones estables y transparentes para que los inversores realicen inversiones	145
ii.	El Reino de España no ha vulnerado el estándar de TJE en el TCE	147
iii.	El Reino de España no ha adoptado medidas exorbitantes ni discriminatorias	152
iv.	El Reino de España ha cumplido sus obligaciones con la Demandante: inexistencia de cláusula paraguas	156
c.	El Reino de España no ha vulnerado el Artículo 13 TCE	158
i.	La falta de objeto: los rendimientos futuros esperados por IIN no son bienes o derechos expropiables de acuerdo con el Artículo 13 TCE	158
ii.	Las medidas adoptadas no constituyen una expropiación de acuerdo con el derecho internacional	160
iii.	Los hechos evidencian que las medidas no suponen expropiación	163
d.	La Demandante no tiene derecho a compensación	164
i.	El método de valoración es inapropiado	164
ii.	Sobre la rentabilidad	165
iii.	Otras críticas sobre los métodos de cálculos:	166
C.	Costos	168
1.	Petitum de la Demandante	170
2.	Petitum de la Demandada	171
VII. DISCUSIÓN		171
A.	Jurisdicción	171
1.	Objeción Jurisdiccional A: El TCE no aplica a controversias relativas a inversiones intra-UE	171
a.	El hecho que el Reino de España y los Países Bajos pertenecen a la misma ORIE no conlleva que la presente controversia no pueda oponerse por un inversor de una Parte Contratante a un inversor de otra Parte Contratante	173
b.	El derecho europeo de la UE no prohíbe la sumisión de la presente controversia al arbitraje	176
2.	Objeción Jurisdiccional B: la reclamación ha sido formulada, materialmente, por un inversor español -Isolux- y por un inversor canadiense -PSP Investments	179

3.	Objeción Jurisdiccional C: por no haber realizado Isolux IIN una inversión en el Reino de España de acuerdo con la definición de inversión contenida en Artículo 1(6) TCE	182
4.	Objeción Jurisdiccional D: la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por la existencia de abuso del proceso	187
5.	Objeción jurisdiccional E: la falta de jurisdicción “ <i>ratione voluntatis</i> ” del Tribunal Arbitral por haberse denegado a IIN la aplicación de la Parte III del TCE por concurrir las circunstancias del Artículo 17 TCE	190
6.	Objeción jurisdiccional F: la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral para conocer de una supuesta vulneración por el Reino de España de obligaciones derivadas del Artículo 10(1) TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012	192
7.	Objeción jurisdiccional G: la inadmisibilidad de la reclamación sobre una supuesta vulneración por la Demandada de sus obligaciones derivadas del Artículo 13 TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012, debido a la falta de sometimiento de la cuestión a las autoridades fiscales nacionales competentes como exige el Artículo 21(5)(b) del TCE	197
B.	Ánalisis del Fondo de la Disputa.....	201
1.	La supuesta violación del Artículo 10 TCE.....	201
a.	La pretendida violación por la Demandada de la obligación de conceder un trato justo y equitativo (TJE) a las inversiones de la Demandante	204
b.	La pretendida violación por la Demandada de la obligación de asegurar una protección y seguridad completa a las inversiones de la Demandante	215
c.	La pretendida violación por la Demandada de la obligación de no perjudicar mediante medidas exorbitantes o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones de la Demandante	217
2.	La supuesta violación del Artículo 13 TCE.....	218
a.	La naturaleza de la inversión de la Demandante y el ámbito de protección del Artículo 13 TCE	219
b.	Los efectos de las medidas adoptadas por el Reino de España sobre la inversión de la Demandante	221
C.	Costos	225
VIII. DECISION	227	

GLOSARIO DE TERMINOS Y ABREVIACIONES

Acuerdo de Inversión: Acuerdo de Inversión del 29 de junio de 2012 firmado entre, por un lado, los accionistas de la sociedad brasilera Isolux Infrastructure, S.A., es decir las sociedades españolas Grupo Isolux Corsan Concesiones, S.L., y Grupo Isolux Corsan, S.A., y por otro lado las sociedades canadienses inversores Public Sector Pension Investment Board (“PSP” o “PSP Investment”) y su filial Infra-PSP Canada Inc.

Acuerdo de Accionistas: PSP, CIG y CIG Concesiones y también la sociedad objeto de la operación, Isolux INBV, firmaron un Acuerdo de Accionistas el mismo 29 de junio de 2012 con el fin de establecer y organizar los derechos de PSP y CIG Concesiones, nuevos accionistas de la sociedad Isolux INBV.

CAPEX: costes de capital

CNE: Comisión Nacional de Energía

Convención de Viena o CVDT: Convención de Viena sobre el derecho de los tratados

Demanda: Demanda de Arbitraje del 3 de octubre de 2013.

Demandada: El Reino de España.

Demandante: Isolux Infrastructure Netherlands B.V.

DCF: Discounted Cash Flow.

DGT: Dirección General de Tributos.

FIT: Tarifas reguladas llamadas “*Feed-in Tariff*”.

GIC: sociedad española Grupo Isolux Corsan, S.A. accionista de la sociedad brasilera Isolux Infrastructure, S.A.

GIC Concesiones o GICC: sociedad española Grupo Isolux Corsan Concesiones, S.L., accionista de la sociedad brasilera Isolux Infrastructure, S.A.

IDEA: Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía.

IIN o Isolux INBV: la Demandante, Isolux Infrastructure Netherlands B.V.

Informe 2/2012: Informe 2/2012 “Sobre el Sector Energético Español” de la CNE del 7 de marzo de 2012.

Infra-PSP: empresa canadiense llamada Infra-PSP Canada Inc., filial de la sociedad Public Sector Pension Investment Board.

IPC: Índice nacional de Precios al Consumo previsto en el Artículo 44 del Decreto RD 661/2007 y utilizado para actualizar el FIT.

IPVEE: impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica introducido por la Ley 15/2012.

ISOLUX: Grupo Isolux Corsan Concesiones, S.L., y Grupo Isolux Corsan, S.A.

Isolux Infrastructure: Isolux Infrastructure, S.A., sociedad brasilera, filial de Grupo Isolux Corsan Concesiones, S.L., y Grupo Isolux Corsan, S.A.

Ley 54/1997 o LSE: la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico

Ley 2/2011: Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Ley 15/2012: Ley 15/2012 del 27 de diciembre de 2012, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, del 27 de diciembre de 2012.

Ley 24/2013 o LSE 2013: Ley 24/2013 de 26 de diciembre del Sector Eléctrico.

Memorial de Demanda: Memorial de Demanda presentado por la Demandante el 11 de julio de 2014, junto con los anexos fácticos C-2 a C-171, los anexos jurídicos CLA-1 a CLA-35, y el informe pericial de daños preparado por los Sres. Javier Acevedo Jiménez de Castro y Jesús Mota Robledo de Deloitte.

Memorial de Contestación: Memorial de Contestación presentado por la Demandada el 3 de diciembre de 2014, con sus Objecciones Jurisdiccionales y su Petición de Bifurcación. Este Memorial fue sometido junto con sus anexos fácticos R-1 a R-163, los anexos jurídicos RL-1 a RL-85, el informe pericial elaborado por MaC Group y Altran de fecha 2 de diciembre de 2014 realizado por los peritos Grant Greatrex y David Pérez López.

Memorial de Réplica: Memorial de Réplica al Memorial de Contestación de la Demandada y Contestación a las objeciones jurisdiccionales presentado por la Demandante el 4 de junio de 2015, acompañado de los anexos fácticos C-172 a C-208 y de los anexos jurídicos CLA-36 a CLA-91, el segundo informe Deloitte del 4 de junio de 2015 y un informe del 3 de junio de 2015 realizado por Carlos Solé Martín y Marta Serrano Pardo de KPMG.

Memorial de Duplica: Memorial de Duplica sobre el fondo y Réplica sobre objeciones jurisdiccionales del 29 de julio de 2015 con los anexos fácticos R-164 a R-228 y los anexos jurídicos RL-86 a RL-110 y el segundo informe pericial Altran-Mac Group del 28 de julio de 2015, realizado por Grant Greatrex, David Pérez López y Jesús Fernández Salguero.

Memorial de Duplica sobre objeciones jurisdiccionales: Memorial de Duplica a la Réplica sobre las objeciones jurisdiccionales del 10 de septiembre de 2015, junto con el anexo fáctico C-209 y los anexos jurídicos CLA-92 a CLA-101.

OPEX: costes de operación.

ORIE: Organización Regional de Integración Económica según el Artículo 1(3) TCE.

Plantas: son las 34 plantas fotovoltaicas que la Demandante dice ostentar a través de la participación de T-Solar en TGOA y TZO, y objetos del presente arbitraje.

PREFO: Registro de Pre-asignación de la Retribución, introducido por el RD 1578/2008 y efectivamente creado por el Real Decreto Ley 6/2009.

Primer Informe Deloitte: Informe proveído por la Demandante del perito Deloitte del 11 de julio de 2014.

PSP o PSP Investments: empresa canadiense llamada Public Sector Pension Investment Board

RAIPRE: Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial instaurado por el Artículo 9 del RD 661/2007

Régimen Especial: Régimen de generación eléctrica y de retribución de la energía eléctrica desarrollado inicialmente por la Ley 54/1997 caracterizado.

RD 2818/1998: Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración.

RD 436/2004: Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

RD 661/2007: Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

RD 1578/2008: Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología.

RDL 6/2009: Real Decreto Ley 6/2009, de 30 de abril por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social

RD 1565/2010: Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial

RD 1614/2010: Real Decreto 1614/2010 de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica.

RDL 14/2010: Real Decreto Ley 14/2010 de 23 de diciembre, que establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

RDL 1/2012: Real Decreto Ley 1/2012 de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de pre-asignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

RDL 2/2013: Real Decreto-Ley 2/2013 de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en sector financiero del 1 de febrero de 2013.

RDL 9/2013: Real Decreto Ley 9/2013 de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

RDL 14/2010: RDL 14/2010 de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto Ley

Retribución Específica: sistema de retribución instaurado por el Real Decreto Ley 9/2013 del 12 de julio de 2013 y que reemplaza el sistema de FIT.

RRDD: pluralidad de Real Decretos

SCC: Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Segundo Informe Deloitte: Informe del perito Deloitte proveido por la Demandante del 4 de junio de 2015

TCE: Tratado sobre la Carta de la Energía del 17 de diciembre de 1994.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TGOA: T-Solar Global Operating Assets, S.L., filial de T-Solar.

TIR: Tasa Interna de Rentabilidad.

TJE: Trato Justo y Equitativo.

T-Solar: Grupo T-Solar Global S.A.

TZO: Tuin Zonne Origen, S.L.U., filial de T-Solar controlada al 100% por TGOA

UE: Unión Europea.

I. LAS PARTES

Las Partes en este arbitraje son:

A. DEMANDANTE

1. Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. (Países Bajos) (“**IIN**” o la “**Demandante**”), sociedad constituida el 13 de junio de 2012 con arreglo a la legislación del Reino de los Países Bajos y con domicilio social en Strawinskyalaan 411, 1077 XX, Ámsterdam, Países Bajos¹. Actúa en el presente arbitraje en calidad de sociedad matriz y/o accionista mayoritario directo y/o indirecto de las siguientes empresas mercantiles españolas: Grupo T-Solar Global, S.A., T-Solar Global Operating Assets, S.L. (“**TGOA**”) y Tuin Zonne Origen, S.L.U. (“**TZO**”), TGOA y TZO siendo a su vez titulares de la totalidad o la mayoría del capital de 117 sociedades españolas de responsabilidad limitada unipersonal² propietarias de plantas solares fotovoltaicas para la producción de energía eléctrica en España.³
2. La Demandante está representada por los señores Hermenegildo Altozano García-Figueras y Coral Yáñez Cañas del bufete Bird & Bird LLP (España) y los señores Fernando Mantilla-Serrano y John Adam del bufete Latham & Watkins LLP (Paris).

B. DEMANDADA

3. La Demandada es el Reino de España (“**Demandada**”).
4. La Demandada está representada por la Abogacía General del Estado del Reino de España y en particular los señores José Luis Gómara Hernandez, Diego Santacruz Descartin y Fernando Irurzun Montoro.
5. La Demandante y la Demandada serán denominadas conjuntamente las “**Partes**” e individualmente como la “**Parte**”.

¹ Memorial de Demanda, ¶32.

² Excepto de las sociedades (i) TZ Veguilla 1, S.L.U., TZ Veguilla 2, S.L.U., TZ Veguilla 3, S.L.U., TZ Veguilla 4, S.L.U., TZ Veguilla 5, S.L.U., TZ Veguilla 6, S.L.U. y TZ Veguilla 7, S.L.U., respecto de las cuales ostenta el 73,5% del capital social; y (ii) Parque Solar Saelices, S.L., respecto de la cual ostenta únicamente el 5% del capital social.

³ Memorial de Demanda del 11 de julio de 2014, ¶36.

II. EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE

6. El Reino de España es parte del Tratado sobre la Carta de la Energía del 17 de diciembre de 1994 (“TCE”) cuyo Artículo 26 sobre “Solución de Controversias entre un Inversor y una Parte Contratante” establece:
- “1) *En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera.*
- 2) *Si dichas controversias no pueden resolverse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1) en un plazo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes en conflicto hubiera solicitado una solución amigable, el inversor afectado podrá optar por someter una controversia para su solución:*
- a) *ante los tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante implicada en la controversia, o*
- b) *de acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado, o*
- c) *de acuerdo con los siguientes apartados del presente Artículo.*
- 3) *a) Salvo lo establecido en las letras b) y c), las Partes Contratantes consienten incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional de conformidad con lo dispuesto en el presente Artículo.*
- b) i) *Las Partes Contratantes incluidas en el Anexo ID no darán su consentimiento incondicional en el caso de que el inversor haya recurrido previamente a los procedimientos indicados en las letras a) o b) del apartado 2).*
- ii) *En aras de una mayor transparencia, las Partes Contratantes incluidas en el Anexo ID deben especificar por escrito a la Secretaría, no más tarde de la fecha en que se deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación con arreglo al Artículo 39, sus políticas, prácticas y condiciones que se apliquen al respecto o depositará su instrumento de adhesión con arreglo al Artículo 41.*
- c) *Las Partes Contratantes incluidas en el Anexo IA no darán su consentimiento incondicional con respecto a una controversia suscitada en torno a la última frase del apartado 1) del Artículo 10.*
- 4) *En el caso de que un inversor opte por someter la controversia para su solución con arreglo a la letra c) del apartado 2), dicho inversor deberá asimismo presentar su consentimiento por escrito de que la controversia se someta:*
- a) i) *al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, creado en virtud del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington, el 18 de marzo de 1965 (en adelante denominado "Convenio CIADI"), en caso de que tanto la Parte Contratante del Inversor como la Parte Contratante en litigio sean Parte en el Convenio CIADI; o*
- ii) *al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, creado en virtud del Convenio mencionado en el inciso i) de la letra a), de acuerdo con las normas por las que se rige el Mecanismo Adicional de Aplicación de Procedimientos por la Secretaría del Centro (en adelante denominadas "Normas*

sobre el Mecanismo Adicional"), en caso de que la Parte Contratante del Inversor o la Parte Contratante en litigio, pero no ambas, sean Parte en el Convenio CIADI; b) un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad hoc establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante denominado "CNUDMI"), o c) un procedimiento de arbitraje por parte del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo;

- 5) *a) El consentimiento dado con arreglo al apartado 3), junto con el consentimiento escrito del inversor en relación con el apartado 4), se considerará que cumple lo prescrito para:*
 - i) el consentimiento escrito de las Partes en una controversia, según el Capítulo II del Convenio del CIADI y según las Normas del Mecanismo Adicional;*
 - ii) el "acuerdo por escrito", según lo dispuesto en el Artículo II del Convenio de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras de Arbitraje, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958 (en adelante denominado "Convenio de Nueva York"); y*
 - iii) "que las Partes en un contrato hayan acordado por escrito" para los fines del Artículo I del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI;**b) Cualquier arbitraje que se lleve a cabo con arreglo al presente Artículo tendrá lugar, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, en un Estado que sea Parte en el Convenio de Nueva York. Se considerará que las demandas que se presenten a arbitraje con arreglo a este Artículo se derivan de una relación o transacción comercial conforme a lo dispuesto en el Artículo I de dicho Convenio.*
- 6) *En virtud del apartado 4) se creará un tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables.*
- 7) *Cualquier inversor que no sea persona física, que tenga la nacionalidad de una Parte Contratante que sea parte en la controversia en la fecha del consentimiento por escrito mencionado en el apartado 4) y que, antes de que se plantee una controversia entre éste y dicha Parte Contratante, esté controlado por inversores de otra Parte Contratante, será tratado, a los efectos de la letra b) del apartado 2) del Artículo 25 del Convenio del CIADI, como "ciudadano nacional de otro Estado Contratante", y como "ciudadano de otro Estado" para los fines del apartado 6 del Artículo 1 de las Normas del Mecanismo Adicional.*
- 8) *Los laudos arbitrales, que pueden incluir laudos de intereses, serán firmes y vinculantes para las partes en litigio. Los laudos arbitrales relativos a una medida de un gobierno o autoridad de rango inferior de la Parte Contratante litigante deberán dar a la Parte Contratante la opción de indemnizar pecuniariamente en lugar de cualquier otra reparación. Las Partes Contratantes deberán ejecutar sin demora los laudos, y adoptar las medidas necesarias para que se imponga el efectivo cumplimiento de éstos en su territorio."*

III. DERECHO APLICABLE

7. Con el fin de determinar el derecho aplicable, el Tribunal se refiere al Artículo 22 (1) del Reglamento de Arbitraje del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo en vigor desde el 1 de enero de 2010 (el “**Reglamento**”), mismo que establece que el Tribunal Arbitral “*decidirá el fondo de la disputa de conformidad con el/los derecho(s) o las normas jurídicas que las partes hayan acordado*”.
8. En el presente caso, el Tribunal Arbitral decidirá sobre la presente disputa de acuerdo con lo establecido en el Artículo 26 (6) del TCE que dispone que “*el Tribunal decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables*.”

IV. RESUMEN DEL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE

9. El 3 de octubre de 2013, IIN interpuso una Demanda de Arbitraje (“**Demand**”) ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“**SCC**”) en contra del Reino de España, de conformidad con el Reglamento.
10. La Demandante consideró en su Demanda que el Tribunal Arbitral tenía que ser constituido por tres árbitros y designó al Profesor Guido Santiago Tawil como árbitro de conformidad con el Artículo 13(3) del Reglamento⁴. Propuso también que el idioma del arbitraje fuese el español, que Ginebra fuese la sede del arbitraje y que las reuniones y audiencias se desarrollaran en Madrid, España.⁵
11. El 18 de octubre de 2013, el Reino de España presentó su Contestación a la Solicitud de Arbitraje, proponiendo Madrid como sede del arbitraje a efectos de garantizar la tramitación del procedimiento arbitral, y manifestando su acuerdo para que el idioma del arbitraje fuese el castellano.
12. El 14 de noviembre de 2013, el Reino de España designó al Dr. Claus Von Wobeser como árbitro.
13. A petición de la Secretaría de la SCC, formulada en su carta del 19 de noviembre de 2013, las Partes presentaron alegatos adicionales el 26 de noviembre de 2013, antes de que el Consejo decidiera sobre la sede del arbitraje de conformidad con el Artículo 20 del Reglamento.
14. El 28 de noviembre de 2013, la Secretaría de la SCC comunicó a las Partes la decisión del Consejo de la SCC designando Estocolmo como sede del arbitraje.

⁴ Demanda de Arbitraje, ¶80.

⁵ Demanda de Arbitraje, ¶79.

15. El 15 de enero de 2014, la Secretaría de la SCC informó a las Partes que el Sr. Yves Derains había sido designado Presidente del Tribunal Arbitral por acuerdo de las Partes, de conformidad con el Artículo 1.2.1 del “Procedimiento para el Nombramiento del Presidente del Tribunal Arbitral”.
16. Con fecha 27 de enero de 2014, el Tribunal Arbitral envió a comentarios de las Partes un proyecto de Orden Procesal N°1, relacionada con la organización del procedimiento arbitral.
17. El 28 de enero de 2014, las Partes enviaron al Tribunal Arbitral sus respectivos comentarios al mencionado proyecto de Orden Procesal, los cuales fueron discutidos entre las Partes y el Tribunal durante una conferencia telefónica celebrada el 29 de enero de 2014 y en particular: (1) la solicitud de la Demandante de que el plazo para la entrega del Memorial de Demanda corra a partir de la publicación de un nuevo Real Decreto (el “**Nuevo Decreto**”) contemplado en la Disposición Final Segunda del Real Decreto 9/2013 y de una nueva orden ministerial (la “**Solicitud de la Demandante**”) y (2) la solicitud de la Demandada relativa a la introducción en el calendario procesal de un procedimiento relativo a una demanda de bifurcación (la “**Solicitud de la Demandada**”) (conjuntamente “**las Solicitudes**”). El Tribunal Arbitral consideró, de acuerdo con las Partes, que para finalizar la orden procesal y poder fijar el calendario procesal era necesario que cada Parte presentara por escrito una respuesta a las Solicitudes mencionadas y decidió fijar una segunda conferencia telefónica para finalizar el proyecto de orden procesal una vez que el Tribunal Arbitral haya decidido sobre estas Solicitudes.
18. El 4 de febrero de 2014 la Demandada envió al Tribunal Arbitral y a la otra Parte su Escrito de Contestación a la Solicitud de la Demandante. El mismo día, la Demandante transmitió al Tribunal Arbitral y a la otra Parte su Escrito de Contestación a la Solicitud de la Demandada.
19. El Tribunal Arbitral decidió sobre el calendario procesal el 7 de febrero de 2014, rechazando las Solicitudes. En relación con la Solicitud de la Demandante, el Tribunal consideró que una Parte que tomó la decisión de iniciar un procedimiento arbitral no podía condicionar la presentación de su Memorial de Demanda a posibles acontecimientos futuros y que en caso de que sucedieran aquellos acontecimientos, el Artículo 25 del Reglamento ofrecía la posibilidad de modificar o ampliar la demanda. En cuanto a la Solicitud de la Demandada, el Tribunal determinó que el calendario procesal contemplaría la posibilidad de solicitar la bifurcación, después de la presentación del Memorial de Contestación.
20. El 10 de febrero de 2014, tuvo lugar una segunda conferencia sobre la conducción del procedimiento con el fin de determinar las fechas del calendario procesal.

21. Mediante Orden Procesal N°1, del 11 de febrero de 2014, el Tribunal Arbitral determinando la conducción del procedimiento y el calendario procesal. Asimismo, designó a la Sra. Aurore Descombes como Secretaría del Tribunal Arbitral por acuerdo de las Partes. El 20 de mayo de 2014, la Demandante envió al Tribunal Arbitral una carta solicitando una modificación al calendario procesal fijado en la Orden Procesal N°1.
22. En relación con dicha solicitud y a petición del Tribunal Arbitral, las Partes intercambiaron diversas correspondencias con el fin de presentar su posición respectiva.
23. A partir de los argumentos desarrollados por las Partes en aquellas correspondencias, el Tribunal otorgó el 6 de junio de 2014 una extensión de 49 días a cada Parte y modificó el calendario procesal mediante la Orden Procesal N°2.
24. El 14 de junio de 2014 la Demandante interpuso ante la SCC una nueva Solicitud de Arbitraje y Acumulación. El 24 de junio de 2014, la Demandada presentó la Contestación a la Solicitud de Arbitraje de fecha de 24 de junio de 2014. Se registró este nuevo procedimiento arbitral bajo el número SCC V 2014/074.
25. El 8 de julio de 2014, la SCC tomó nota del acuerdo de las Partes para la acumulación de los arbitrajes SCC V 2013/153 y SCC V 2014/074 y, tras consultar al Tribunal Arbitral y confirmar que éste no tenía objeción en la acumulación de dichos arbitrajes, dispuso la acumulación mediante carta del 14 de julio de 2014.
26. De conformidad con el calendario procesal detallado en la Orden Procesal No. 2, el 11 de julio de 2014, la Demandante presentó su Memorial de Demanda junto con los anexos C-2 a C-171, los anexos jurídicos CLA-1 a CLA-35, y el informe pericial de daños (“**Memorial de Demanda**”). En este Memorial de Demanda, la Demandante presentó su caso incluyendo las reclamaciones contenidas en la Solicitud de Arbitraje del caso SCC V2014/074.
27. En consecuencia, mediante correo electrónico de fecha de 15 de julio de 2014, el Tribunal Arbitral tomó nota de que no hacía falta modificar el calendario procesal y que la Demandada contestaría directamente al conjunto de las reclamaciones el 3 de diciembre de 2014 junto con su Memorial de Contestación, lo que confirmó esa Parte por correo electrónico del 16 de julio de 2014.
28. El 24 de septiembre de 2014, el Tribunal solicitó una extensión para dictar el laudo hasta el 30 de junio de 2015, la cual fue aceptada por la SCC el mismo día.
29. El 17 de noviembre de 2014, la SCC transfirió a las Partes y al Tribunal una solicitud de la Comisión Europea del 12 de noviembre de 2014 para intervenir como *amicus curiae* en el procedimiento arbitral.

30. Las Partes enviaron sus primeros comentarios sobre la solicitud de la Comisión Europea el 27 de noviembre de 2014. La Demandante manifestó su oposición a la participación de la Comisión Europea en el presente arbitraje mientras que el Reino de España solicitó al Tribunal que autorizara a la Comisión Europea a intervenir en el procedimiento arbitral.
31. A la luz de la controversia existente entre las Partes, el Tribunal Arbitral, mediante correos electrónicos del 1 y del 3 de diciembre de 2014, concedió a las Partes hasta el 9 de diciembre del 2014 para que cada Parte contestara a los argumentos planteados por la otra Parte.
32. El 3 de diciembre de 2014, la Demandada sometió su Memorial de Contestación con sus Objeciones Jurisdiccionales y su Petición de Bifurcación (“**Memorial de Contestación**”). Este Memorial fue sometido junto con sus anexos R-1 a R-163, los anexos jurídicos RL-1 a RL-85, y un informe pericial.
33. En el plazo concedido por el Tribunal Arbitral, el 9 de diciembre de 2014 las Partes sometieron sus respectivos escritos de contestación sobre la posible participación de la Comisión Europea al presente arbitraje.
34. El 12 de diciembre de 2014, el Tribunal Arbitral decidió mediante Orden Procesal N°3, autorizar el que la Comisión Europea presentara un memorial de *amicus curiae* en una fecha que sería determinada en el calendario procesal a establecer después de la decisión sobre bifurcación del procedimiento arbitral. Decidió también que un plazo sería otorgado a las Partes para comentar sobre este memorial de *amicus curiae*. Sin embargo, no autorizó el acceso de la Comisión Europea a los documentos del procedimiento arbitral ni su participación en las audiencias.
35. El mismo 12 de diciembre de 2014, el Tribunal Arbitral remitió a la Comisión Europea una carta que incluye los fundamentos de esta Orden Procesal N°3.
36. El 17 de diciembre de 2014, el Tribunal Arbitral recibió la Contestación a la solicitud de bifurcación enviada por la Demandante.
37. El 12 de enero de 2015, a la luz de los argumentos desarrollados por las Partes, el Tribunal Arbitral decidió rechazar la solicitud de bifurcación de la Demandada.
38. El 22 de enero de 2015, después de una llamada previa con las Partes, el Tribunal Arbitral dictó la Orden Procesal N°4 determinando las fechas restantes del procedimiento arbitral.
39. El 20 de febrero de 2015, la Comisión Europea remitió al Tribunal Arbitral su Escrito de *Amicus Curiae*.

40. El 17 de marzo de 2015, las Partes enviaron al Tribunal Arbitral sus Réplicas a la Respuesta de la otra Parte sobre las objeciones formuladas en contra de la producción de documentos,
41. El 27 de marzo de 2015, el Tribunal Arbitral decidió sobre las solicitudes de producción de documentos en las que las Partes llegaron a un acuerdo.
42. El 4 de mayo de 2015, la Demandante solicitó una prórroga hasta el 4 de junio de 2015 para el envío de su Réplica al Memorial de Contestación de la Demandada y Contestación a las Objeciones Jurisdiccionales, y propuso una modificación de las fechas ulteriores del calendario procesal.
43. Mediante carta del 5 de mayo de 2015, la Demandada indicó no oponerse a esta solicitud de prórroga siempre que las Partes dispusiesen de un plazo idéntico para el envío de sus respectivos memoriales.
44. A petición del Tribunal Arbitral, las Partes intercambiaron escritos ulteriores los 6 de mayo y 7 de mayo de 2015.
45. El 11 de mayo de 2015, el Tribunal dictó una Orden Procesal N°6 que modificó la Orden Procesal N°4 y el calendario procesal de la siguiente manera:
46. La Demandante escribió al Tribunal Arbitral el 22 de mayo de 2015 alegando que la Demandada no había cumplido las decisiones del Tribunal Arbitral en la Orden Procesal N°5 relacionada con la producción de documentos, en relación con sus solicitudes N°2 y N°3 relativas a la exhibición de los informes de la consultora Roland Berger Strategy Consultants (RBSC) y de Boston Consulting Group (BCG), ni tampoco había exhibido las hojas de cálculo utilizadas por ambos consultores para la elaboración de sus respectivos informes.
47. El 27 de mayo de 2015, la Demandada contestó a las alegaciones de la Demandante, y el 28 de mayo de 2015 las Partes intercambiaron nuevos correos electrónicos para debatir sobre esta cuestión.
48. Mediante Orden Procesal N°7 del 29 de mayo de 2015, el Tribunal Arbitral ordenó al Reino de España la exhibición para el 2 de junio de 2015 de todo informe de RBCS y BCG en su posesión, cualquiera que sea el título del informe, en los cuales los consultores presentan su opinión profesional a la luz de los datos a su disposición en la fecha de la emisión del informe. Ordenó también la exhibición para la misma fecha de las hojas de cálculo en su posesión que sirvieron para la elaboración de los informes exhibidos.
49. El 29 de mayo de 2015, la Demandada escribió al Tribunal alegando que la Demandante había cumplido las decisiones del Tribunal Arbitral en la Orden Procesal N°5 de manera

escalonada y, en particular, las solicitudes de producción documental números 1, 19 a 23 y 32 a 34, solicitando al Tribunal Arbitral que comunara expresamente a la Demandante a exhibir los documentos en cuestión con suficiente anticipación para que pudiera analizarlos e incorporarlos a su Escrito de Dúplica sobre el fondo y Réplica sobre las objeciones jurisdiccionales.

50. El 4 de junio de 2015, la Demandante envió su Memorial de Réplica al Memorial de Contestación de la Demandada y Contestación a las objeciones jurisdiccionales (“**Memorial de Réplica**”), acompañado de los anexos fácticos C-172 a C-208 y de los anexos jurídicos CLA-36 a CLA-91, el segundo informe de Deloitte y un informe de KPMG.
51. La Demandante presentó sus comentarios en respuesta a la solicitud de la Demandada el 10 de junio de 2015.
52. El 24 de junio de 2015, el Tribunal adoptó la Orden Procesal N°8, ordenando a la Demandante, que a más tardar el 3 de julio de 2015, exhibiera la “*Disclosure Letter*” solicitada por la Demandada, la cual es parte del Acuerdo de Inversión, objeto de la Solicitud n°1 de la Demandada, de los contratos de crédito (incluidos todos sus anexos, apéndices, adendas, suplementos y documentos complementarios) suscritos para la financiación de las plantas relacionadas con el presente arbitraje y objeto de las Solicitudes 19 a 23 de la Demandada. Además ordenó la exhibición de los Informes de Deterioro de las plantas solares fotovoltaicas que se recogían en la Nota 7 de las Cuentas Anuales Consolidadas de 2013 de la Demandante; en la Nota 4 de las Cuentas Anuales Consolidadas de 2013 de Grupo T-solar Global Operating Assets, S.L.; los Análisis de Sensibilidad de los test de deterioro a que se refieren las Notas de las Cuentas Anuales de las Compañías antes mencionadas; la documentación en que se basan los referidos Informes de Deterioro y Análisis de Sensibilidad, objeto de las Solicitudes numeros 32 a 34 de la Demandada. Sin embargo, rechazó la solicitud de la Demandada relativa a la producción por la Demandante de la “*Data Room Documentation*”, la “*Disclosed Data Room Documentation*”, y el DVD Room “*Base case financial model*”.
53. La Demandada, a su vez, mandó el 29 de julio de 2015 su Memorial de Dúplica sobre el fondo y Réplica sobre objeciones jurisdiccionales (“**Memorial de Dúplica**”) con los anexos fácticos R-164 a R-228 y los anexos jurídicos RL-86 a RL-110 y el segundo informe pericial de Altran-Mac Group.
54. Mediante una carta del 12 de agosto de 2015 dirigida al Tribunal Arbitral, la Demandante solicitó nuevamente la producción de todo informe de BCG y de las hojas de cálculos utilizadas por los consultores para la elaboración de dicho(s) informe(s), las cuales habían sido ordenadas en la Orden Procesal No. 5 del 27 de marzo de 2015 y en particular en la Orden Procesal No. 7 del 29 de mayo de 2015.

55. El 20 de agosto del mismo año, la Demandada envió al Tribunal y a la otra Parte sus alegaciones en contestación a la solicitud de la Demandante.
56. A la luz de los argumentos de las Partes, mediante Orden Procesal N°9 del 26 de agosto de 2015, el Tribunal ordenó la producción, dentro de un plazo de 5 días hábiles, de los documentos pedidos por la Demandante (sea de una petición de autorización dirigida a BCG de producir los documentos cuya producción fue ordenada por el Tribunal Arbitral, bajo las reglas de confidencialidad que se aplican a este arbitraje y de la denegación del BCG).
57. El 2 de septiembre, la Demandada escribió al Tribunal Arbitral y a la otra Parte explicando las razones por las cuales no podía cumplir con la Orden Procesal N°9, carta a la que la Demandante contestó mediante un escrito de fecha de 7 de septiembre de 2015, solicitando al Tribunal Arbitral la confirmación de la Orden Procesal N°9.
58. La Demandante envió el 10 de septiembre, de conformidad con el calendario procesal, su Memorial de Duplica a la Réplica sobre las objeciones jurisdiccionales, junto con el anexo factico C-209 y los anexos jurídicos CLA-92 a CLA-101.
59. El 16 de septiembre de 2015, el Tribunal en su Orden Procesal N°10, tomó nota de que la parte Demandada no había cumplido con la Orden Procesal N°9, haciendo simplemente referencia en su carta del 2 de septiembre de 2015 a una comunicación del 17 de marzo de 2015 remitida al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) por BCG en la que BCG “recordó la aplicación de las cláusulas de confidencialidad y propiedad intelectual del contrato”, y limitándose a referirse a las dificultades que podría conllevar la producción de los documentos sin demostrar que había tratado de cumplir con lo decidido por el Tribunal Arbitral en su Orden Procesal N° 9. En consecuencia, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de extraer de aquellos incumplimientos las inferencias apropiadas al momento oportuno.
60. El 17 de septiembre de 2015, las Partes comunicaron al Tribunal Arbitral el nombre de los testigos y/o expertos que deseaban contra-interrogar durante la Audiencia los días 14-16 de octubre de 2015. La Demandante precisó que quería interrogar a los autores de los informes periciales de McGroup y a los autores de los informes del Boston Consulting Group (“BCG”) y de los informes preparados por Roland Berger Strategy Consultants (“RBSC”) que, según la Demandante, la Demandada no llegó a producir o de manera tardía y/o incompleta.
61. El 21 de septiembre, el Reino de España contestó a las solicitudes formuladas por la Demandante.
62. En la Orden Procesal N°11 del 28 de septiembre de 2015, visto el Artículo 26 de la Orden Procesal N°1 y los argumentos presentados por las Partes, el Tribunal Arbitral desestimó

la solicitud de la Demandante en cuanto a la comparecencia de los autores del informe RBSC. Sin embargo, el Tribunal ordenó a la Demandada remitir a los autores de BCG un escrito invitándoles a testificar en la audiencia y enviar una copia de este escrito y de la respuesta de BCG al Tribunal Arbitral y a la otra Parte, antes de la conferencia telefónica del 5 de octubre de 2015.

63. El 5 de octubre de 2015, con anterioridad a la celebración de la conferencia, la Demandada envió una copia de la invitación cursada por el Reino de España a BCG a efectos de participar en la Audiencia, de fecha de 1 de octubre de 2015.
64. La Conferencia telefónica sobre la organización de la Audiencia de los días 14-17 de octubre de 2015 tuvo lugar el mismo 5 de octubre de 2015 entre las Partes y el Tribunal Arbitral, representado por su Presidente. Durante esta Conferencia telefónica las Partes y el Tribunal discutieron los puntos de organización recopilados en la Agenda para la Conferencia Telefónica previa a la Audiencia entregado a las Partes el 2 de octubre de 2015.
65. El 6 de octubre de 2015, el Reino de España transfirió al Tribunal Arbitral y a la Demandante la respuesta de los peritos de los informes BCG.
66. El mismo día, el Tribunal Arbitral transmitió a las Partes la Orden Procesal N°12 con los detalles relativos a la organización y celebración de la audiencia discutidos durante la conferencia procesal del 5 de octubre de 2016. El Tribunal tomó también nota de la respuesta de los abogados de Boston Consulting Group del 6 de octubre de 2015 enviada en contestación a la comunicación del Reino de España del 1 de octubre de 2015, notificándole su negativa a que los peritos de BCG testifiquen en la Audiencia debido a razones de política comercial.
67. Los días 14, 15 y 16 de octubre de 2015, se celebró en la Cámara de Comercio de Madrid, la audiencia durante la cual las Partes expusieron oralmente sus argumentos en relación con las objeciones jurisdiccionales y sobre el fondo del presente caso.
68. Posteriormente a la audiencia, el 20 de octubre de 2015, el Tribunal Arbitral envió a las Partes la Orden Procesal N°13 en la que tomó una serie de decisiones discutidas al final de la audiencia con las Partes. En particular, decidió que las Partes entregarían el 6 de noviembre de 2015 una versión final conjunta y consensuada del transcript de la Audiencia, indicando, según corresponda, las cuestiones puntuales de corrección en las que no ha habido acuerdo y, el 22 de diciembre de 2015, un Memorial posterior a la Audiencia de un total de 80 páginas (o 40 hojas, tratando los puntos que les parecen útiles y, particularmente, contestando las preguntas formuladas por el Tribunal Arbitral durante la Audiencia

69. Además, el Tribunal Arbitral solicito a las Partes que, a más tardar el 15 de enero de 2016, entregarían un escrito sobre los costos que tendría la forma de una declaración firmada por los abogados incluyendo el detalle de los costos solicitados, sin necesidad de adjuntar los documentos justificativos. La otra Parte tendría hasta el 22 de enero de 2016 para contestar a la declaración de costos enviada por la otra Parte.
70. De conformidad con el párrafo 3 de la Orden Procesal No. 13, las Partes enviaron el 7 de noviembre de 2015 las versiones finales y conjuntas de las transcripciones de la Audiencia.
71. El 22 de diciembre de 2015 las Partes sometieron sus respectivos Memoriales posteriores a la audiencia y el 15 de enero de 2016 sus Escritos sobre costos del presente arbitraje.
72. Finalmente, el 22 de enero de 2016, de conformidad con la Orden Procesal N° 13, la Demandante presentó sus comentarios al Memorial de Declaración de Gastos y Costos de la Parte Demandada de 15 de enero de 2016.
73. El 26 de enero de 2016, la Demandante informó al Tribunal Arbitral que el Reino de España había decidido hacer público el laudo rendido en el caso SCC V 062/2012, Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España, a pesar de la obligación de confidencialidad a la cual, según la Demandante, está sujeta España, y con el fin de garantizar la información de todos los miembros del Tribunal Arbitral, adjuntó a su comunicación copia del citado laudo y de la opinión disidente del Árbitro Prof. Dr. Guido Tawil.
74. El mismo día, la Demandada contestó al correo de la Demandante negando cualquier violación de la obligación de confidencialidad. La Demandante replicó a este último correo el mismo 26 de enero de 2016.
75. El Tribunal Arbitral escribió a las Partes el 28 de enero de 2016, acusando recibo de los correos intercambiados entre las Partes el pasado 26 de enero de 2016 respecto al laudo rendido en el arbitraje SCC V 062/2012, señalando que ninguna de las Partes solicitó una decisión de los árbitros en relación con este tema.
76. Las Partes enviaron comentarios adicionales mediante correos electrónicos de fechas 28 y 29 de enero de 2016, correos de los que el Tribunal acusó recibo el 29 de enero de 2016.
77. El 16 de marzo de 2016, la Demandante escribió al Tribunal Arbitral para informarle que había presentado un escrito ante la Dirección General de Tributos el 3 de febrero de 2016 sometiendo una cuestión sobre el carácter expropiatorio del Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica introducido mediante la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética ("Ley 15/2012"),

procedimiento cuya existencia había sido recordado por la Demandada durante las Audiencias. La Demandante preciso que seguía esperando respuesta de la administración.

78. El 22 de marzo de 2016, la Demandada presentó sus comentarios a la carta de la Demandante recordando que hasta dicha fecha la Demandante no había cumplido con el mencionado procedimiento, que la presentación por la Demandante de este escrito ante la Dirección General de los Tributos suponía el reconocimiento por la Demandante de la necesidad de someter a las autoridades la cuestión deferida y que el referido procedimiento estaba en tramitación. El Reino de España solicitó también que la intención dilatoria de la Demandante que presentó este escrito de manera muy tardía tuviera reflejo en la decisión final sobre las costas del arbitraje que adopte el Tribunal Arbitral.
79. El 19 de abril de 2016, de conformidad con el Artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de la SCC, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la instrucción en el presente procedimiento arbitral, precisando que, a partir de esta fecha, les Partes no podrán presentar ningún otro escrito salvo autorización previa del Tribunal Arbitral.
80. El mismo día, la Demandante escribió al Tribunal Arbitral informándole que habían recibido una notificación de la Dirección General de Tributos de la Demandada, en contestación a la solicitud remitida al Tribunal Arbitral el 16 de marzo de 2016 relativa al Art. 21(5) del TCE sobre medidas impositivas, que se disponía a remitir dicha notificación y su correspondiente nota de acompañamiento al Tribunal Arbitral, y solicitando autorización para hacer esta presentación.
81. El 20 de abril de 2016, el Tribunal solicitó los comentarios de la Demandada en relación con la solicitud de la otra Parte y el mismo día, el Reino de España confirmó que tenía a su disposición la copia del informe de posición emitido por la Dirección General de Tributos con sus conclusiones a los efectos del procedimiento previsto en el Artículo 21(5)(b) del TCE instado por escrito de la Demandante el 3 de febrero de 2016 y que estaba dispuesta a producir aquellos documentos.
82. El 21 de abril de 2016, de conformidad con el Artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de la SCC, el Tribunal Arbitral autorizó la producción por la Demandada del mencionado informe y conclusiones, documentos que fueron producidos por esta Parte el mismo día.
83. El plazo para dictar el laudo fue prorrogado hasta el 15 de julio de 2016 por sendas decisiones del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Arbitraje de Estocolmo copiadas alas Partes, la última del 13 de junio de 2016.

V. ANTECEDENTES DE HECHO

84. El Tribunal presenta a continuación los principales hechos que dieron lugar a este litigio, empezando por una presentación de la evolución del marco legal español que regula la producción de energía eléctrica de fuentes renovables en España (A), antes de presentar la estructura de la Demandante y su actividad en España (B).

A. LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA RELATIVA A LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE FUENTES RENOVABLES

85. Despues de la segunda crisis del petróleo de 1979, la inversión en la producción de fuentes energéticas alternativas, como la energía fotovoltaica, apareció como una necesidad a nivel europeo⁶.
86. La Unión Europea adoptó una serie de Directivas, en particular la Directiva 2001/77/CE⁷ y luego la Directiva 2009/28/CE⁸, fijando a los Estados Miembros objetivos de producción de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en plazos determinados.
87. En un primer tiempo, con el fin de remediar los problemas de dependencia energética y cumplir con sus obligaciones internacionales, el Reino de España instauró un Régimen Especial de generación eléctrica atractivo para la inversión en materia de fuentes de energía renovables (1). Posteriormente, para hacer frente a un déficit tarifario importante y creciente, el Reino de España emprendió reformas que tuvieron como consecuencia modificar sustancialmente el Régimen Especial existente (2).

1. El Régimen Especial de Generación Eléctrica

88. Para fomentar la inversión en el sector de energías renovables, el Reino de España optó por un Régimen Especial que desde el punto de vista de la retribución “*se caracteriza por la posibilidad de que su régimen retributivo se complemente mediante la percepción de una prima en los términos que reglamentariamente se establezcan (...)*”⁹. El Régimen Especial de producción de energía eléctrica inicialmente se desarrolló mediante la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico (“**Ley 54/1997**” o “**LSE**”)¹⁰. La LSE fue implementada por una serie de normas que se adoptaron con el fin de precisar su régimen jurídico. A partir

⁶ Memorial de Demanda, p. 16.

⁷ **Anexo C-8:** Directiva 2001/77/CE.

⁸ **Anexo C-25:** Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE.

⁹ **Anexo C-18:** Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo de 2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, preámbulo.

¹⁰ **Anexo C-5:** Ley del Sector Eléctrico.

del año 2012, se introdujeron unos ajustes anunciadores de cambios más substanciales en el régimen jurídico de las retribuciones en el sector eléctrico.

89. Concretamente, esta Ley fue desarrollada inicialmente, por el Real Decreto 2818/1998 del 23 de diciembre de 1998 (“**RD 2818/1998**”)¹¹, luego por el Real Decreto 436/2004 del 12 de marzo de 2004 (“**RD 436/2004**”)¹², el Real Decreto 661/2007 del 25 de mayo de 2007 (“**RD 661/2007**”)¹³. Se adoptaron luego el Real Decreto 1578/2008 de 26 de septiembre de 2008 (“**RD 1578/2008**”), el Real Decreto Ley 6/2009 de 30 de abril de 2009 (“**RDL 6/2009**”), el Real Decreto 1565/2010 de 19 de noviembre de 2010 (“**RD 1565/2010**”) y el Real Decreto Ley 14/2010 (“**RDL 14/2010**”).
90. Según la LSE, los productores de energía eléctrica acogidos por el Régimen Especial tenían una serie de derechos garantizados en el Artículo 30 de la misma. De acuerdo con el Artículo 30.2, los productores tenían el derecho de “*Incorporar su energía excedentaria al sistema, percibiendo la retribución que se determine conforme a lo dispuesto en la presente Ley (...)*”. También tenían derecho a la percepción de una prima en los términos que se han establecidos mediante reglamento, tomando en consideración para la determinación de las primas “*el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales*” (Artículo 30.4).
91. El RD 2818/1998 estableció una prima por kWh¹⁴ para complementar el precio del mercado de tal forma que el productor tenía que acudir al mercado, pero con el apoyo de una prima añadida al precio que obtuviese por la venta de su energía¹⁵.
92. El 26 de agosto de 2005, el Gobierno español adoptó mediante Acuerdo del Consejo de Ministros el Plan de Energías Renovables 2005-2010¹⁶, que modificó el Plan de Fomento de las Energías Renovables en España 2000-2010, manteniendo el compromiso de cubrir con fuentes renovables al menos el 12% del consumo total de energía en 2010, e incorporando dos nuevos objetivos indicativos para el año 2010: el 29,4% de generación eléctrica con renovables y el 5,75% de biocarburantes en transporte, los cuales fueron adoptados con posterioridad al anterior plan.

¹¹ **Anexo C-7:** Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre de 1998, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración.

¹² **Anexo C-11:** Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

¹³ **Anexo C-18:** Real Decreto 661/2007.

¹⁴ **Anexo C-7:** Real Decreto 2818/1998, artículo 28.

¹⁵ Memorial de Demanda, ¶93.

¹⁶ **Anexo C-14:** Plan de Energías Renovables 2005-2010 aprobado por el Gobierno español mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 26 de agosto de 2005.

- a. El Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo
93. El 25 de mayo de 2007, se adoptó el RD 661/2007 estableciendo “*una nueva regulación a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, manteniendo la estructura básica de su regulación*”¹⁷.
94. Este Decreto instauró un sistema económico de incentivos desarrollando los principios recogidos en la LSE, y “*garantizando a los titulares de instalaciones en régimen especial una retribución razonable para sus inversiones y a los consumidores eléctricos una asignación también razonable de los costes imputables al sistema eléctrico (...)*”¹⁸.
95. Este Decreto estableció varios requisitos para acceder al Régimen Especial y a sus beneficios, los cuales quedaron resumidos en el Artículo 6 del mismo. Uno de los requisitos era la “*inscripción previa*” (Artículo 11 del Decreto) de las instalaciones en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial (“**RAIPRE**”) instaurado por el Artículo 9 del Decreto, previamente a la realización de una “*Inscripción definitiva*” en el mismo (Artículo 12 del Decreto).
96. Esta obligación fue el resultado de varias disposiciones del RD 661/2007, entre ellas, el Artículo 14 que precisaba que: “*La condición de instalación acogida al régimen especial tendrá efectos desde la fecha de la resolución de otorgamiento de esta condición emitida por la autoridad competente*” y que la inscripción definitiva en el RAIPRE quedaba como un “*requisito necesario para la aplicación a dicha instalación del régimen económico regulado en este real decreto, con efectos desde el primer día del mes siguiente a la fecha del acta de puesta en marcha definitiva de la instalación.*”
97. Además, de acuerdo con el Artículo 13 del RD 661/2007, “*La inscripción previa de una instalación en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente de la Dirección General de Política Energética y Minas será cancelada si, transcurridos tres meses desde que aquélla fuese notificada al interesado, éste no hubiera solicitado la inscripción definitiva*”, salvo si a juicio de la administración competente “*existan razones fundadas para que esta inscripción permanezca en el registro (...)*”.
98. El Artículo 17 del RD 661/2007 que enumera los derechos de los productores, garantizando a los productores, entre otros, el acceso y conexión prioritario a la red eléctrica en los términos establecidos por el anexo XI del mismo RD o en las normas que lo sustituyan (Artículo 17(e) RD 661/2007), también proveía la posibilidad de vender toda o parte de su producción neta a través de líneas directas (Artículo 17(d) RD 661/2007) y de percibir por la venta de su energía eléctrica generada neta la retribución prevista en el

¹⁷ **Anexo C-18:** Real Decreto 661/2007, preámbulo, p.1.

¹⁸ **Anexo C-18:** Real Decreto 661/2007, preámbulo.

Artículo 24 sobre “*Mecanismos de retribución de la energía eléctrica producida en régimen especial*”, precisando que se percibiría la tarifa regulada, o prima, siempre que las instalaciones se encontrarían inscritas definitivamente en el RAIPRE (Artículo 17(c) RD 661/2007).

99. El RD 661/2007 fijo un plazo límite dentro del cual se podía proceder a inscripciones definitivas y disfrutar del Régimen Especial establecido por el mismo. De acuerdo con el Artículo 22 del RD 661/2007, una vez alcanzado el 85% del objetivo de potencia de origen fotovoltaico a instalar en España, la inscripción en el RAIPRE tenía que realizarse dentro del plazo máximo de mantenimiento de la tarifa establecido por la Resolución de la Secretaría General de Energía del 27 de septiembre de 2007¹⁹. Este plazo se fijó a 12 meses por la mencionada Resolución calculado a partir de la fecha de publicación de la misma y por ende terminó el 29 de septiembre de 2008.
100. Ahora bien, la inscripción definitiva en el RAIPRE daba acceso a dos tipos de retribuciones principales opcionales. De acuerdo con el Artículo 24 del RD 661/2007, el productor podía optar primero por la venta de la producción eléctrica a una tarifa regulada que, de acuerdo con el Artículo 25 del RD 661/2007 consistía en una “*cantidad fija, única para todos los períodos de programación, y que se determina en función de la categoría, grupo y subgrupo al que pertenece la instalación, así como de su potencia instalada y, en su caso, antigüedad desde la fecha de puesta en servicio (...)*”. El Artículo 36 de dicho Decreto, estableció las Tarifas reguladas llamadas “*Feed-in Tariff*” (“**FIT**”) para las instalaciones que utilizaban como energía primaria la energía solar, la cuales se podían resumir de esta manera²⁰:

Tarifas establecidas en el artículo 36 del Real Decreto 661/2007:	
<u>POTENCIA</u>	<u>TARIFA REGULADA (2007)</u>
➤ $P < 100 \text{ kW}$;	0,440381 €/kWh los primeros 25 años 0,352305 €/kWh a partir de entonces
➤ $100 \text{ kW} < P < 10 \text{ MW}$;	0,417500 €/kWh los primeros 25 años 0,334000 €/kWh a partir de entonces
➤ $P > 10 \text{ MW}$;	0,229764 €/kWh los primeros 25 años 0,183811 €/kWh a partir de entonces
Las tarifas se actualizan anualmente con el IPC-0,25% hasta 2012, y con el IPC-0,50% a partir de entonces.	

101. Alternativamente, los operadores podían decidir “*vender la electricidad en el mercado de producción de energía eléctrica. En este caso, el precio de venta de la electricidad será el precio que resulte en el mercado organizado o el precio libremente negociado por el titular o el representante de la instalación, complementado, en su caso, por una prima en céntimos de euro por kilovatio-hora*” (Artículo 24.b del RD 661/2007). Esta prima

¹⁹ **Anexo C-20:** Resolución de la Secretaría General de Energía.

²⁰ Memorial de Demanda, ¶81 y ¶105; Memorial de Contestación, ¶128.

quedaba definida y regulada en el Artículo 27 del RD 661/2007 y consistía en “*una cantidad adicional al precio que resulte en el mercado organizado o el precio libremente negociado por el titular o el representante de la instalación*”.

102. De acuerdo con el Artículo 44 del Decreto RD 661/2007, el FIT y primas estaban sujetos a actualizaciones tomando como referencia el incremento del Índice nacional de Precios al Consumo (“IPC”) menos el valor establecido en la Disposición Adicional primera. La Disposición Adicional Primera establecía que “*el valor de referencia establecido para la detacción del IPC a que se hace referencia en el presente real decreto para las actualizaciones de algunos valores establecidos será de veinticinco puntos básicos hasta el 31 de diciembre de 2012 y de cincuenta puntos básicos a partir de entonces*”²¹.
103. El RD 661/2007 también contemplaba otros ajustes a sus tarifas reguladas: primero, durante el año 2010 y segundo, cada cuatro años posteriores (Artículo 44(3)). No obstante, el Artículo 44(3) del RD 661/2007 excluía de dichas revisiones aquellas instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la [primera] revisión de 2010, es decir, antes del 1 de enero de 2012.
104. En la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia para el horizonte 2007-2012-2020²², la sección 4.3.2 trataba de las energías renovables precisando que para alcanzar los objetivos de producción eléctrica de fuentes de energías renovables se proveía incentivar actuaciones que estimularan la inversión en desarrollo tecnológico abaratando los costes de instalación de plantas fotovoltaicas y “*Dotar a las inversiones en energías renovables y cogeneración de un marco de mayor seguridad económica que contribuya a su fortalecimiento, evaluando una mejora en las bonificaciones que en el Impuesto sobre Actividades Económicas se les otorga a las empresas que utilicen o produzcan estas energías. El objetivo es hacerlas suficientemente competitivas frente a las alternativas convencionales.*”, siendo uno de los instrumentos normativos para alcanzar estos objetivos, el RD 661/2007.

b. El RD 1578/2008 del 26 de septiembre

105. El 26 de septiembre de 2008, el Reino de España aprobó el Real Decreto 1578/2008 de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología.
106. Se adoptó este Decreto con el principal fin de permitir a las instalaciones fotovoltaicas que no tuvieron tiempo para acogerse al Régimen Especial establecido por el RD

²¹ **Anexo C-18:** Real Decreto 661/2007, artículo 50.

²² **Anexo C-21,** Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia para el horizonte 2007-2012-2020, aprobada por el Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007, p. 46 y siguientes.

661/2007 de tener acceso a éste. A propósito, el Artículo 1 del RD 1578/2008 disponía que “*Constituye el objeto de este real decreto el establecimiento de un régimen económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica a las que no les sea de aplicación los valores de la tarifa regulada previstos en el Artículo 36 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, por su fecha de inscripción definitiva en la sección segunda del Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica (...)*”²³.

107. De conformidad con el Artículo 2 del mismo, el RD 1578/2008 tenía que aplicarse a las instalaciones fotovoltaicas que obtuviesen su inscripción definitiva en el RAIPRE con posterioridad al 29 de septiembre de 2008.
108. Con el fin de permitir el acceso de aquellas instalaciones al régimen económico del RD 661/2007, el RD 1578/2008 introdujo para aplicarse a futuro un nuevo sistema de incentivos, mediante el Artículo 4.2 del Registro de Pre-asignación de la Retribución (“**PREFO**”) en el que se dispone que los proyectos de instalación o instalaciones tenían que registrarse previamente a su registro en el RAIPRE, para tener derecho a la retribución recogida en este Decreto como el FIT. El objetivo del PREFO era “*hacer un mejor seguimiento de la evolución de la potencia instalada, y asegurar que se cumple el requisito de que el consumidor cuente con una energía a un coste razonable y que la evolución tecnológica de estas fuentes de generación permita una reducción gradual de sus costes y su competencia con las tecnologías de producción eléctrica convencionales*”²⁴. Las instalaciones cuyas inscripciones en el PREFO se aceptaban, disponían de un plazo máximo de 12 meses contados desde la fecha de publicación del resultado, prorrogable en su caso por 4 meses, para ser inscritas con carácter definitivo en el RAIPRE y comenzar a vender energía eléctrica (Artículo 8.1 del RD 1578/2008). Las inscripciones en el PREFO iban “*asociadas a un periodo temporal (...) dando derecho a la retribución que quedaba fijada en dicho periodo temporal*”²⁵. Este sistema de determinación de la retribución, diferente del sistema existente bajo el RD 661/2007, se determinaba con arreglo al Artículo 11 sobre tarifas del Decreto. De acuerdo con el Artículo 6.3 del RD 1578/2008, cuanto más tardaba la inscripción, más baja era la retribución.
109. Una vez que las instalaciones estaban inscritas definitivamente en el RAIPRE, se cancelaba la inscripción en el PREFO y de conformidad con el Artículo 11.5 del RD 1578/2008 tenían derecho a un FIT cuyo importe dependía del momento de inscripción en el PREFO, durante un período que encontraba en este Real Decreto un límite fijado a

²³ **Anexo C-23:** RD 1578/2008, Art. 1.

²⁴ **Anexo C-207**, Plan de Energías Renovables 2011-2020 aprobado por el Gobierno español mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 11 de noviembre de 2011, p. 536.

²⁵ **Anexo C-23:** RD 1578/2008, Art. 4.3

25 años. Las actualizaciones del FIT estaban sujetas al mismo régimen de actualización que el establecido en el RD 661/2007²⁶.

c. El Real Decreto Ley 6/2009, del 30 de abril por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social

110. Se creó mediante el Real Decreto Ley 6/2009²⁷ el PREFO previsto en el RD 1578/2008.

111. Tomando en consideración el incremento del déficit tarifario relacionado con el sistema de financiación y producción energética²⁸, mediante éste Decreto se establecieron, entre otros, “*mecanismos respecto al sistema retributivo de las instalaciones del régimen especial*”. Con la adopción de este Decreto, el Reino de España manifestó la voluntad de “*adoptar una medida de urgencia que garantice la necesaria seguridad jurídica a aquellos que han realizado inversiones, y ponga las bases para el establecimiento de nuevos regímenes económicos que propicien el cumplimiento de los objetivos pretendidos: la consecución de unos objetivos de potencia por tecnología a un coste razonable para el consumidor y la evolución tecnológica de las mismas que permitan una reducción gradual de sus costes y por consiguiente su concurrencia con las tecnologías convencionales*”.

d. El Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial

112. El RDL 1565/2010²⁹ fue el primer Decreto que modificó el sistema de retribución instaurado en el RD 661/2007 en la medida en que, además de modificaciones de carácter técnico, modificó el Artículo 36 del RD 661/2007 suprimiendo la percepción de la tarifa regulada a partir del vigésimo sexto año³⁰, lo que suponía que a partir de este momento las plantas pasaban a percibir el precio de mercado.

²⁶ **Anexo C-23:** RD 1578/2008, Art. 12

²⁷ **Anexo R-54:** Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

²⁸ El preámbulo del **Anexo R-54**: Real Decreto-ley 6/2009 reconoce que “*El creciente déficit tarifario, esto es, la diferencia entre la recaudación por las tarifas reguladas que fija la Administración y que pagan los consumidores por sus suministros regulados y por las tarifas de acceso que se fijan en el mercado liberalizado y los costes reales asociados a dichas tarifas, está produciendo graves problemas que, en el contexto actual de crisis financiera internacional, está afectando profundamente al sistema y pone en riesgo, no sólo la situación financiera de las empresas del sector eléctrico, sino la sostenibilidad misma del sistema. Este desajuste resulta insostenible y tiene graves consecuencias, al deteriorar la seguridad y capacidad de financiación de las inversiones necesarias para el suministro de electricidad en los niveles de calidad y seguridad que demanda la sociedad española*”.

²⁹ **Anexo R-41:** Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

³⁰ **Anexo R-41:** Real Decreto 1565/2010, Artículo 1 Diez.

113. Si la adopción de los decretos anteriores dio lugar a decisiones de parte del Tribunal Supremo, este Real Decreto, al modificar de manera directa la duración de percepción del FIT, generó otros numerosos reclamos ante el Tribunal Supremo, interpuestos por distintos productores fotovoltaicos. La primera sentencia al respecto se publicó el 12 de abril de 2012 y fue seguida por una larga serie de sentencias³¹. En estas sentencias el Tribunal Supremo presentó y repitió una serie de razonamientos y conclusiones y entre ellos consideró que el RD 1565/2010 no podía calificarse como retroactivo y que no contravenía a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. A propósito, el Tribunal Supremo consideró en abril de 2012 que los cambios en las circunstancias económicas ameritaban requerir el ajuste de la rentabilidad para mantener la razonabilidad de la misma y consideró que: *"Los agentes u operadores privados que "renuncian" al mercado, aunque lo hagan más o menos "inducidos" por una retribución generosa que les ofrece el marco regulatorio, sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, sabían o debían saber que dicho marco regulatorio público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias"*³². Consideró también que el Artículo 30.4 de la LSE no garantizaba la percepción de una tarifa regulada durante un periodo de tiempo indeterminado y que no se podía esperar que aquella se asegúrese más allá de treinta años³³, teniendo aquellos productores el derecho a una rentabilidad razonable y no a un régimen de retribución inmodificable³⁴. De manera más general precisó en junio de 2012 que:

"el principio de rentabilidad razonable se ha de aplicar, en efecto, a la totalidad de la vida de la instalación, pero no como parece entender la parte en el sentido de que durante toda ella dicho principio garantice la producción de beneficios, sino en el sentido de que se asegure que las inversiones empleadas en la instalación obtengan, en el conjunto de la existencia de la misma, una razonable rentabilidad. Lo cual quiere decir, como es evidente, que la previsión legal de que se asegure una rentabilidad razonable no implica la pervivencia de una determinada prima durante toda la vida de la instalación, pues puede perfectamente ocurrir que dichas inversiones hayan sido ya amortizadas y hayan producido una tal rentabilidad razonable mucho antes del fin de su periodo de operatividad. En consecuencia, no

³¹ La Demandada recuerda aquellas sentencias en la página 45 de su Memorial de Contestación.

³² **Anexo R-49:** Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012, Rec. 40/2011, referencia El Derecho EDJ 2012/65328, Fundamento de Derecho Cuarto.

³³ **Anexo R-49:** Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012, Rec. 40/2011, referencia El Derecho EDJ 2012/65328, Fundamento de Derecho Séptimo.

³⁴ **Anexo R-55:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2011, rec. 187/10, referencia El Derecho EDJ 2011/240112, Fundamento de Derecho Tercero.

*se deriva del precepto invocado que el régimen económico primado deba perdurar durante toda la vida de la instalación.”*³⁵

e. El Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico

114. El RDL 14/2010³⁶ ha elevado los límites máximos de déficit establecidos por el RDL 6/2009 para los años 2010, 2011 y 2012 e introdujo también ciertas modificaciones importantes en el Régimen Especial.
115. En su Disposición adicional primera sobre “*Limitación de las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas*”, el RDL estableció una limitación máxima anual de horas durante las cuales las instalaciones podían producir beneficiándose del régimen económico primado que tengan reconocido, como el FIT según el caso. Si la producción superase estos techos máximos, el resto de la producción ya no podía venderse a base del FIT sino a precio de mercado. Sin embargo, la Disposición transitoria Segunda estableció un régimen transitorio hasta el 31 de diciembre de 2013 para las instalaciones sujetas al RD 661/2007, fecha a partir de la cual pasaron a tener el límite general previsto en la Disposición adicional primera antes mencionada.
116. El RDL establecía en su preámbulo que las instalaciones de generación de Régimen Especial habían experimentado un crecimiento significativo y a consecuencia que se había producido en las redes de transporte y distribución de electricidad un incremento de las inversiones para poder evacuar la energía que vertían en las mismas. Se añadió en consecuencia lo siguiente : “*En el contexto actual de crisis y deficiencia tarifaria, queda justificado que los generadores contribuyan mediante el pago de peajes a los costes imputables a las inversiones que requieren, fijándose, en tanto no se desarrolle reglamentariamente los peajes que deben satisfacer los productores de energía eléctrica, los transportistas y distribuidores, un peaje de acceso de 0,5 EUR/ MWh tomando como referencia el marco establecido al respecto por la normativa vigente de la Unión Europea*”. De tal forma que el Artículo 1.2 ha extendido a todos los productores de energía eléctrica la obligación de satisfacer un peaje por el uso de las redes de transporte y distribución, dando al mismo tiempo aplicación al Reglamento de la Unión Europea 838/2010 del 23 de septiembre de 2010, sobre la fijación de directrices relativas al

³⁵ **Anexo R-51:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012, Rec. 62/2011, referencia El Derecho EDJ 2012/124000, Fundamento de Derecho Octavo.

³⁶ **Anexo R-42:** Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

mecanismo de compensación entre gestores de redes de transporte y a un planteamiento normativo común de la tarificación del transporte³⁷.

2. La reforma del sector de las energías renovables en España y la introducción del Régimen de Retribución Específica

117. A partir del 2012, la legislación española empezó a introducir cambios más sustanciales al régimen establecido en materia de producción y retribución de la energía eléctrica para hacer frente al déficit tarifario.

a. El Real Decreto Ley 1/2012 de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de reasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos

118. De acuerdo con el RDL 1/2012³⁸, el Gobierno español procedió a “*la suspensión de los procedimientos de pre asignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos, que suprimió los incentivos para la construcción de las instalaciones de tecnología de régimen especial, a fin de evitar la incorporación de nuevos costes al sistema eléctrico*”³⁹.

119. El Estado español justificó estas medidas constatando el elevado desarrollo de las instalaciones de energías renovables con la superación de los objetivos, lo que “*ha puesto de manifiesto un desequilibrio entre los costes de producción y el valor de las primas, suponiendo un incremento del sobrecoste para el sistema en concepto de primas para las tecnologías solares de más de 2000 millones en 2010, cifra que se incrementará en 2000 millones de euros anuales a partir de 2014*” y que las medidas adoptadas anteriormente no han resultado suficientes, poniendo en riesgo el objetivo final de supresión del déficit tarifario a partir de 2013. A consecuencia “*La compleja situación económica y financiera aconseja la supresión de los incentivos para la construcción de estas instalaciones, con carácter temporal, al menos hasta la solución del principal problema que amenaza la*

³⁷ **Anexo R-58:** Reglamento UE No 838/2010 de la Comisión, de 23 de septiembre de 2010, sobre la fijación de directrices relativas al mecanismo de compensación entre gestores de redes de transporte y a un planteamiento normativo común de la tarificación del transporte.

³⁸ **Anexo R-65:** Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de pre asignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

³⁹ **Anexo R-86:** Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

sostenibilidad económica del sistema eléctrico: El déficit tarifario del sistema eléctrico.”⁴⁰

120. El Gobierno español anunció “*la necesidad de diseñar un nuevo modelo retributivo para este tipo de tecnologías que tenga en cuenta el nuevo escenario económico, promoviendo la asignación eficiente de los recursos a través de mecanismos de mercado.*”
- b. [El informe de la Comisión Nacional de Energía sobre el Sector Energético Español de 7 de marzo de 2012](#)
121. Para conseguir reducir el déficit de tarifa, el Gobierno español solicitó a la Comisión Nacional de Energía (“CNE”) la elaboración de un informe sobre medidas regulatorias.
122. La CNE emitió el Informe 2/2012 “Sobre el Sector Energético Español (“*Informe 2/2012*”)⁴¹ donde constató que: “*La insuficiencia de los peajes está poniendo en peligro la sostenibilidad económica financiera de los sistemas eléctrico y gasista. De forma relevante, el problema fundamental en lo que concierne al sector eléctrico, es que la falta de convergencia entre los ingresos y los costes de las actividades reguladas en el sector eléctrico durante los últimos diez años ha generado una deuda creciente del sistema eléctrico. El desequilibrio entre los ingresos y los costes del sistema es insostenible, debido al impacto de la creciente deuda acumulada sobre los peajes de acceso presentes y futuros de los consumidores y al impacto temporal sobre el endeudamiento de aquellas empresas que están obligadas a financiar el déficit del sistema.*”⁴² En comparación con otros países de Europa, los precios finales de electricidad aparecían en España dentro de los más elevados de Europa.
123. Dentro del campo de medidas recomendadas por la CNE y resumidas en el cuadro 11 de la página 43 del mencionado Informe, ciertas medidas se relacionaban con el coste de la prima de Régimen especial de la que gozaban instalaciones que utilizaban fuentes de energías renovables. La CNE consideró que la fórmula de actualización de la tarifa o prima correspondiente al IPC corregido por un factor de eficacia X tenía que ser modificada. Efectivamente, si era cierto que la indexación al indicador de inflación era necesaria, en ausencia de combustible fósil, ya que, el coste variable de estas tecnologías dependía de la realización de diversos servicios (operación, mantenimiento, seguros...), en el caso de las instalaciones fotovoltaicas y eólicas, aproximadamente el 85% de los ingresos anuales se dedicaban a cubrir sus costes de inversión, por lo que actualizar la

⁴⁰ **Anexo R-65:** Real Decreto-Ley 1/2012.

⁴¹ **Anexo R-69:** Informe CNE sobre el sector energético español Parte I. Medidas para garantizar la sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico, Comisión Nacional de Energía, 7 de marzo de 2012; Anexo R-70: Informe CNE sobre el sector energético español. Introducción y Resumen Ejecutivo. Comisión Nacional de Energía, 7 de marzo de 2012.

⁴² **Anexo R-70:** Informe CNE sobre el sector energético español. Introducción y Resumen Ejecutivo, Comisión Nacional de Energía, 7 de marzo de 2012, páginas 3 y 4.

totalidad de la prima resultaba desproporcionado (se tenía que actualizar únicamente el 15%)⁴³.

c. El Programa Nacional de Reformas 2012 del 27 de abril

124. El 27 de abril de 2012, el Gobierno aprobó el “Programa Nacional de reformas 2012”⁴⁴ en el que reafirmó su voluntad de acabar con el déficit de tarifa, precisando que “*se repartirá de manera equitativa entre los consumidores, el sector público y el sector privado en el marco de una profunda reforma del sector eléctrico, que implicara medidas de reducción de los costes de las actividades reguladas, un aumento de los ingresos por peajes, la revisión de la planificación energética y el establecimiento de un marco regulatorio estable*”⁴⁵. Este programa precisó que la senda de los costes de las actividades reguladas fue fuertemente expansiva desde 2006, puesto que los ingresos medios por peajes de acceso aumentaron de un 70% mientras los costes de acceso aumentaron 140%. Entre las partidas de costes más significativas se encontraban “*las primas al régimen especial (el 40,3%), los costes de redes (39,8%) y las anualidades para la financiación del déficit de las actividades reguladas (10,5%)*”. Añadió que:

“*Las partidas con una mayor contribución al crecimiento de los costes de las actividades reguladas han sido las primas del régimen especial y las anualidades del déficit de ingresos, partidas que se han multiplicado por un cinco desde 2006.*

Para atajar estos costes se están llevando a cabo diferentes medidas, que permitirán reducir los costes del sistema en 1.700 millones de euros. En un futuro inmediato se profundizarán en estas medidas, de forma que todos los sectores contribuyeran de forma equilibrada al ajuste de los costes regulados”⁴⁶.

⁴³ **Anexo R-69:** Informe CNE sobre el sector energético español Parte I, p.22: La CNE propuso a consecuencia: “incrementar el valor del factor de eficiencia ‘X’. Esta medida mantiene el principio de la obtención de una rentabilidad razonable contenido en la Ley. Para valor esperado del IPC del 2%, el factor de eficiencia que afecta al IPC en las actualizaciones de los incentivos económicos de las energías renovables y de la cogeneración debería estar en el entorno de 175 puntos básicos, para que únicamente se actualice el 15% del valor de las tarifas y primas, lo que está en línea con lo propuesto para otras actividades reguladas del sector, y sin perjuicio de que se mantuviese la indexación a los precios de los combustibles en el caso de la cogeneración o de los residuos. Dado que los valores de las tarifas y primas se calculan cada año (o trimestre) en referencia a los valores del período anterior, esta medida tiene un impacto económico acumulativo: supondría reducir anualmente el importe global de la prima equivalente del régimen especial en torno a 200 millones de euros acumulativos a partir de 2013.

Por otra parte, en 2012, y de forma excepcional, se plantea revisar las primas y tarifas a partir del 1 de abril, para adaptarlas a las aplicadas en 2011 (por lo tanto, se propone X=IPC). Dado que el IPC estimado para 2011 en la revisión de las primas de 2012 fue el 3,01%, correspondería ahora reducirlas en esta misma proporción, lo cual llevaría a un ahorro en la tarifa de acceso de 2012 de 209 M€, sin perjuicio de que se mantuviese la indexación a los precios de los combustibles en el caso de la cogeneración o de los residuos.”

Anexo R- 72: Programa Nacional de Reformas 2012, Gobierno de España.

Anexo R- 72: Programa Nacional de Reformas 2012, Gobierno de España, p. 208.

⁴⁴ **Anexo R- 72:** Programa Nacional de Reformas 2012, Gobierno de España, p. 208-209.

d. La adopción de la Ley 15/2012 de medidas fiscales para la sostenibilidad energética

125. El 27 de diciembre de 2012, el Reino de España publicó la Ley 15/2012 del 27 de diciembre de 2012, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (“**Ley 15/2012**”)⁴⁷. Mediante esta Ley se introdujeron tres nuevos impuestos, y entre ellos el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (“**IPVEE**”), con el fin en particular de “*favorecer el equilibrio presupuestario*” del Estado. Este impuesto tenía que gravar “*la capacidad económica de los productores de energía eléctrica cuyas instalaciones originan importantes inversiones en las redes de transporte y distribución de energía eléctrica para poder evacuar la energía que vierten a las mismas, y comportan, por sí o como resultas de la propia existencia y desarrollo de las tales redes, indudables efectos medioambientales, así como la generación de muy relevantes costes necesarios para el mantenimiento de la garantía de suministro. El impuesto se aplicará a la producción de todas las instalaciones de generación*”⁴⁸.
126. De acuerdo con el Artículo 4 de la Ley 15/2012, la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica constituía el hecho imponible, siendo la base imponible “*el importe total que corresponda percibir al contribuyente por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central, por cada instalación, en el período impositivo*”⁴⁹, considerándose en el cálculo del importe total “*las retribuciones previstas en todos los regímenes económicos que se deriven de lo establecido en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (...)*”⁵⁰. Según el Artículo 8 de la misma Ley, el impuesto exigido era del 7%.

e. EL Real Decreto-Ley 2/2013 de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero

127. Posteriormente, se publicó el 1 de febrero de 2013, el Real Decreto-Ley 2/2013 de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero (“**RDL 2/2013**”)⁵¹ que tenía como objeto la modificación del mecanismo de revisión del FIT previsto en el RD 661/2007 y 1578/2008. En primer lugar, sustituyó el IPC que servía para la actualización del FIT y de las primas por el “*Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos*” (Artículo 1 del RDL 2/2013). En segundo lugar, modificó directamente el RD 661/2007 suprimiendo una de las dos opciones de venta de la energía producida en instalaciones acogidas al Régimen Especial

⁴⁷ **Anexo C-30:** Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética; **Anexo R- 83** Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

⁴⁸ **Anexo C-30:** Ley 15/2012, preámbulo.

⁴⁹ **Anexo C-30:** Ley 15/2012, Art. 6.1.

⁵⁰ **Anexo C-30:** Ley 15/2012, Art. 6.2.

⁵¹ **Anexo C-31:** Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero; **Anexo R- 85:** Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

prevista en el Artículo 24 del RD 661/2007, en concreto la consistente en la percepción de una prima complementaria al precio de mercado obtenido⁵². A partir de la entrada en vigor de este RDL, las opciones de venta de la energía producida en instalaciones de régimen especial son las siguientes: (i) la cesión de la electricidad al sistema percibiendo una tarifa regulada o (ii) la venta de la electricidad en el mercado de producción de energía eléctrica, sin complemento de prima.

128. Según el Estado español, se adoptaron estas medidas debido a la aparición de nuevas desviaciones en las estimaciones de costes e ingresos del sector y provenientes, de acuerdo con el preámbulo de este RDL, del “*mayor crecimiento del coste del régimen especial por un incremento en las horas de funcionamiento superior a las previstas y por un incremento de los valores retributivos por su indexación a la cotización del Brent, y a una minoración de los ingresos por peajes por una caída de la demanda muy acusada que se consolida para este ejercicio*”. Justificó también la adopción de estas medidas debido a que “*en el contexto económico actual, harían casi inviable la cobertura de los mismos con cargo a los peajes eléctricos y a las partidas previstas provenientes de los Presupuestos Generales del Estado*”, precisando que la alternativa a las medidas adoptadas en este RDL hubiera sido un nuevo incremento de los peajes de acceso pagados por los consumidores eléctricos, lo cual hubiera afectado “*de manera directa a las economías domésticas y a la competitividad de las empresas, ambas en una delicada situación dada la actual coyuntura económica*”.

f. El Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio de 2013 por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico

129. El RDL 9/2013⁵³, introdujo una serie de modificaciones y en particular llevó a cabo la modificación del Artículo 30.4 de la LSE sobre obligaciones y derechos de los productores en Régimen Especial, el cual quedo redactado de la siguiente manera:

«4. Adicionalmente y en los términos que reglamentariamente por real decreto del Consejo de Ministros se determine, a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado, las instalaciones podrán percibir una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubra, cuando proceda, los costes de inversión de una instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo.

Para el cálculo de dicha retribución específica se considerarán, para una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada:

⁵² **Anexo C-31:** Real Decreto-Ley 2/2013, Art. 2 y 3.

⁵³ **Anexo R-86:** Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

- a) Los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción.
- b) Los costes estándar de explotación.
- c) El valor estándar de la inversión inicial.

A estos efectos, en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español. Del mismo modo, sólo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica.

Como consecuencia de las singulares características de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, podrán definirse excepcionalmente instalaciones tipo específicas para cada uno de ellos.

Este régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que posibiliten obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable. No obstante lo anterior, excepcionalmente el régimen retributivo podrá incorporar además un incentivo a la inversión y a la ejecución en plazo determinado cuando su instalación suponga una reducción significativa de los costes en los sistemas insulares y extrapeninsulares.

Esta rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

Los parámetros del régimen retributivo podrán ser revisados cada seis años.»

130. El Reino de España modificó el Régimen Especial establecido por la Ley 54/1997, en la que se fundamentaba la opción entre el FIT y un sistema de prima, instaurando una retribución de la electricidad vendida a precio de mercado, complementada por una retribución regulada específica de cobro no automático sino condicionado por una serie de criterios. El Gobierno precisó que este sistema de retribución tenía que facultar la recuperación de las inversiones preservando el principio de rentabilidad razonable.

g. La Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE 2013)

131. En la Ley 24/2013 vigente, el principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico aparece como un principio rector de las actuaciones de las administraciones públicas⁵⁴, principio que se reconoce y garantiza expresamente en el Artículo 13 de esta Ley.
132. El Artículo 14 de la Ley 24/2013 trata de la Retribución de las actividades y tras plantear las directrices generales, establece un nuevo sistema de retribuciones específicas de carácter excepcional para seguir fomentando la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, “cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de Directivas u otras normas de

⁵⁴ **Anexo R-19:** Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, p. 105201.

Derecho de la Unión Europea o cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior”⁵⁵.

133. Este régimen retributivo ya no se basa sobre la inscripción previa de las instalaciones en un registro sino sobre un sistema de “*concurrencia competitiva*”⁵⁶.
 134. Viene complementando la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción y “*estará compuesto por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo*”⁵⁷. El Artículo 14.7.b añade para el cálculo de esta retribución específica que “*se considerarán, para una instalación tipo, a lo largo de su vida útil regulatoria y en referencia a la actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada, los valores que resulten de considerar:*
- i. *Los ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción.*
 - ii. *Los costes estándar de explotación.*
 - iii. *El valor estándar de la inversión inicial.*

(...) El régimen retributivo no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que permita obtener una rentabilidad razonable referida a la instalación tipo en cada caso aplicable. Esta rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

Excepcionalmente el régimen retributivo podrá incorporar además un incentivo a la inversión y a la ejecución en un plazo determinado cuando su instalación suponga una reducción significativa de los costes en los sistemas de los territorios no peninsulares. (...)”

135. Ahora bien, resulta que el nuevo sistema de retribución instaurado por la mencionada Ley se articula alrededor de tres variables: (i) la venta de la energía generada valorada al precio del mercado, (ii) los costes de operación y (iii) el valor de la inversión.
136. Además, la Disposición adicional undécima sobre “*Referencias al régimen retributivo específico*”, dispone que “*Para las instalaciones de producción de energía eléctrica a*

⁵⁵ **Anexo R-19:** Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, Art. 14.7.

⁵⁶ **Anexo R-19:** Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, Art. 14.7.a.

⁵⁷ **Anexo R-19:** Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, Art. 14.7.a.

partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, las alusiones al régimen retributivo específico realizadas en el apartado e) del Artículo 14.7 se entenderán realizadas a cualquiera de los regímenes económicos primados que hubieran existido con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley.”

h. El Real Decreto 413/2014 del 6 de junio y la Orden IET/1045/2014 del 16 de junio

137. El Gobierno español adoptó el 6 de junio de 2014 el RD 413/2014 por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos⁵⁸ y la Orden IET/1045/2014 del 16 de junio por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos⁵⁹.
138. Estas normas desarrollan los principios de retribución establecidos por la Ley 24/2013, y en particular el Artículo 12 del RD 413/2014. Las disposiciones relativas a la aplicación en el tiempo de la nueva reglamentación se encuentran en las Disposiciones adicionales primera y segunda respectivamente sobre “*Particularidades del primer periodo regulatorio*” e “*Instalaciones con derecho a la percepción de régimen económico primado a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico*”.
139. A propósito, el RD 413/2014 recuerda en su preámbulo que:

“De acuerdo con este nuevo marco, las instalaciones podrán percibir durante su vida útil regulatoria, adicionalmente a la retribución por la venta de la energía valorada al precio del mercado, una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no puedan ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, al que se denomina retribución a la inversión, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo, al que se denomina retribución a la operación.

Para el cálculo de la retribución a la inversión y de la retribución a la operación se considerará para una instalación tipo, los ingresos estándar por la venta de la energía valorada al precio del mercado, los costes estándar de explotación necesarios para realizar la actividad y el valor estándar de la inversión inicial, todo ello para una empresa eficiente y bien gestionada. Se establecerán un conjunto

⁵⁸ **Anexo R- 87:** Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

⁵⁹ **Anexo R- 88:** Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

de parámetros retributivos que se aprobarán, por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, para cada una de las distintas instalaciones tipo que se determinen, pudiendo segmentarse las instalaciones en función de su tecnología, sistema eléctrico, potencia, antigüedad, etc.”

B. LA ESTRUCTURA Y LA ACTIVIDAD DE LA DEMANDANTE

140. Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. (“IIN” o “Isolux INBV” o “La Demandante”) fue constituida el 13 de junio de 2012 con arreglo a la legislación vigente en Países Bajos⁶⁰.
141. El 29 de junio de 2012 se firmó un Acuerdo de Inversión entre, por un lado, los accionistas de la sociedad brasileña Isolux Infrastructure, S.A. (“Isolux Infrastructure”), es decir las sociedades españolas Grupo Isolux Corsan Concesiones, S.L. (“**GIC Concesiones**” o “**GICC**”), y Grupo Isolux Corsan, S.A. (“**GIC**”) (conjuntamente designadas también como “**ISOLUX**”), y por otro lado las sociedades canadienses inversores Public Sector Pension Investment Board (“**PSP**” o “**PSP Investments**”) y su filial Infra-PSP Canada Inc. (“**Infra-PSP**”) (el “**Acuerdo de Inversión**”)⁶¹.
142. En el momento de firmar este Acuerdo de Inversión, las sociedades GIC Concesiones y GIC ostentaban respectivamente el 99,999999% (o sea 125 369 760 participaciones) y el 0,000001 % (correspondiente a 1 participación) del capital social de la sociedad Isolux Infrastructure. Isolux Infrastructure era una sociedad que desarrolla a través de numerosas filiales actividades en el ámbito de la energía solar fotovoltaica⁶².
143. Por otro lado, la sociedad Isolux INBV, sociedad objeto del Acuerdo de Inversión, pertenecía al 100% a GIC Concesiones⁶³.
144. PSP manifestó en este momento su voluntad de comprar a través de su filial PSP Infra intereses en los negocios desarrollados por Isolux Infrastructure. De acuerdo con el Acuerdo de inversión, PSP se comprometió a invertir una Contribución Total de US\$ 627,7 millones a través de Isolux INBV. La mitad de esos US\$ 627,7 millones en forma de capital (“Investor’s Equity Contribution”) y la otra mitad en forma de préstamo convertible obligatoriamente (“Invertor’s Facility Loan”).
145. Precisamente, el 50% del importe total (USD 313 850 000) tenían que ser invertido por PSP a través de un préstamo convertible concedido en la fecha del presente Acuerdo de Inversión y que tenía que convertirse en capital social según los términos y condiciones fijadas en un acuerdo sobre el Préstamo Convertible del Inversor. El restante 50% de la Contribución Total tenía que ser invertido por PSP con la adquisición de participaciones

⁶⁰ Certificado de Registro de IIN en el Registro Comercial de la Cámara de Comercio del Reino de los Países Bajos. El número de registro de IIN es 55492584

⁶¹ **Anexo R-180:** Acuerdo de Inversión de 29 de junio de 2012.

⁶² **Anexo R-180:** Acuerdo de Inversión de 29 de junio de 2012.

⁶³ **Anexo R-180:** Acuerdo de Inversión de 29 de junio de 2012.

en Isolux INBV mediante un aumento de capital social, en los términos y condiciones acordadas entre las Partes y detalladas más adelante. La contraprestación a esta contribución, era la adquisición por PSP en base diluida, después de la realización de la contribución, del 19,23% del capital social de Isolux INBV.

146. Para la realización de la inversión de PSP designada como Investor's Equity Contribution, GIC Concesiones y GIC tenían, en particular, que llevar a cabo un proceso de reestructuración: (i) Isolux Infrastructure tenía que fusionarse en GIC Concesiones de tal forma que GIC Concesiones se convertía en el único accionista del conjunto de las filiales hasta ahora detentadas por Isolux Infraestructura; (ii) a continuación, GIC Concesiones tenía que transferir a Isolux INBV todas sus participaciones en aquellas filiales, de tal forma que, al final de esta operación de reestructuración, el negocio desarrollado por Isolux Infrastructure, a través de sus filiales, se encontraba transferido en totalidad a Isolux INBV⁶⁴.
147. La operación de inversión de PSP tenía que concretizarse tras la realización, en particular, de ciertas condiciones suspensivas, el 1 de octubre de 2012, de acuerdo con los Artículos 6.1 y 6.2 del Acuerdo de Inversión.
148. Con el fin de concretizar la parte de la contribución llamada "Investor's Equity Contribution" el 1 de octubre de 2012, PSP, CIG y CIG Concesiones y también la sociedad objeto de la operación, Isolux INBV, firmaron un Acuerdo de Accionistas el 29 de junio de 2012⁶⁵ con el fin de establecer y organizar los derechos de PSP y CIG Concesiones, nuevos accionistas de la sociedad Isolux INBV.
149. En contraprestación de la Contribución Total de PSP, GIC Concesiones aceptó realizar una inversión adicional en Isolux INBV por un importe de 125 540 000 USD, repartidos de esta manera: el 50% de este importe (o sea 62 770 000 USD) tenía que ser aportado por GIC Concesiones a través de una préstamo convertible concedido en la fecha del presente Acuerdo de Inversión y que tenía que convertirse en capital social según los términos y condiciones fijadas en un acuerdo sobre el Préstamo Convertible del Inversor. Los 50% restantes tenían que aportarse por GIC Concesiones a través de la compra de nuevas participaciones resultantes de un aumento de capital en Isolux INBV, subsecuentemente al aumento de capital suscrito por PSP en los términos y condiciones acordadas en este Acuerdo de Accionistas ("GIC Concesiones's Additional Equity Contribution").
150. A consecuencia de la realización de la contribución de GIC Concesiones designada como "GIC Concesiones's Additional Equity Contribution", la participación de PSP en el capital de Isolux INBV tenía que reducirse al 19,23% después de la realización por GIC

⁶⁴ **Anexo C-172 y Anexo R-180:** Acuerdo de Inversión de 29 de junio de 2012.

⁶⁵ **Anexo R-182:** Acuerdo de Accionistas de 29 de junio de 2012.

Concesiones de su “GIC Concesiones’s Additional Equity Contribution” y por PSP de su “Investor’s Equity Contribution”.

151. El 29 de octubre de 2012, GIC Concesiones, único accionista de Isolux INBV, realizó una primera modificación de los estatutos sociales de Isolux INBV para modificar el capital social a través de una división y conversión de acciones. Cada acción fue dividida en cien acciones con un valor nominal de un céntimo de euro (0,01 €) cada una; posteriormente cada acción del capital social de la sociedad dominante, con valor nominal de un céntimo de euro (0,01 €) fue convertida en una acción ordinaria del capital de la sociedad dominante con un valor nominal de un centavo de dólar americano (0,01 dólares americanos) numeradas de la 1 a la 1.800.000⁶⁶.
152. El mismo 29 de octubre de 2012, para ejecutar el Acuerdo de Inversión, se realizaron varias ampliaciones de capital.
153. En primer lugar, Isolux INBV emitió 12.181.618 acciones ordinarias numeradas desde la 1.800.001 hasta la 13.981.618 inclusive, con un valor nominal de un centavo de dólar americano (0,01 USD) a GIC Concesiones mediante aportación no dineraria de cuentas a cobrar con empresas del grupo. El valor neto total de las cuentas corrientes entre sociedades fue de 39.762.408 USD. Un importe de 121.816,18 USD fue asignado como pago del valor nominal de todas las acciones y el resto como prima de emisión⁶⁷.
154. En segundo lugar, Isolux INBV emitió 299.890.352 acciones ordinarias numeradas desde la 13.981.619 hasta la 313.871.970 inclusive, con un valor nominal de un centavo de dólar americano (0,01 USD) a GIC Concesiones, bajo la obligación para GIC Concesiones de pagar en especie, el valor nominal de cada acción y la prima de emisión mediante la siguiente aportación: (i) 2.535.311 acciones suscritas y desembolsadas, cada una con un valor nominal de 10 euros del capital social de Isolux Corsán Concesiones, S.A.U., (ii) 65.434.220 acciones, totalmente suscritas y desembolsadas, cada una con un valor nominal de 0,5 euros del capital social de Grupo T-Solar Global, SA y (iii) 545.910 acciones suscritas y desembolsadas cada una con un valor nominal de 10 euros de capital social de Isolux Corsan Concesiones de Infraestructuras, S.L. El importe total de la aportación de las acciones fue de 1.199.566.401,8 dólares. Un importe de 2.998.903,52 dólares americanos se asignó como pago del valor nominal de todas las acciones y el importe restante 1.196.567.498,31 dólares americanos como prima de emisión⁶⁸.
155. Después de que el Grupo Isolux Corsan Concesiones, S.L. recolocase sus activos en Isolux INBV mediante las ampliaciones de capital descritas anteriormente, PSP Infra

⁶⁶ **Anexo R-104:** Memoria de Isolux INBV 2013 páginas 114 y 115.

⁶⁷ **Anexo R-104:** Memoria de Isolux INBV 2013 páginas 114 y 115.

⁶⁸ **Anexo R-104:** Memoria de Isolux INBV 2013 páginas 114 y 115; **Anexo R-182:** Acuerdo de Accionistas de 29 de junio de 2012. “Agreement, entre Grupo Isolux Corsán Concesiones, S.L. and Grupo Isolux Corsán, S.A. and Infra-PSP Canada, Inc. and Isolux Infrastructure Netherlands B.V.”.

efectuó sus aportaciones de fondos. Así, la Junta General de accionistas de Isolux INBV el día 29 de octubre de 2012, una vez que los activos habían sido recolocados en Isolux INBV, decidió emitir 78.462.500 acciones ordinarias numeradas de la 313.871.971 hasta la 392.334.470 inclusive, cada acción de valor nominal de un centavo de dólar americano (0.01 dólares americanos) totalmente suscritas por Infra-PSP Canadá Inc. por valor de 784.625 dólares, de los cuales 588.469 dólares americanos se encuentran pendientes de desembolsar y el resto correspondían a la prima de emisión por valor de 313.065.375 dólares americanos también pendientes de desembolsar⁶⁹.

156. Una vez que PSP Infra entrase en el capital social de Isolux INBV, la Junta General de Accionistas de esta sociedad acordó también el 29 de octubre de 2012 una última ampliación de capital. Isolux INBV emitió 15.686.851 acciones ordinarias numeradas de la 392.334.471 hasta la 408.021.321 inclusive, con un valor nominal de un centavo de dólar americano (0,01 dólares americanos) a Grupo Isolux Concesiones, S.L. El veinticinco por ciento del valor nominal de cada acción fue totalmente desembolsado por un importe de 39.217,13 USD y el resto por importe de 117.651,38 quedó pendiente de desembolso. La prima de emisión ascendió a 62.590.534,29 USD, que quedó también pendiente de desembolsar⁷⁰.
157. Finalmente, el 24 de julio de 2013⁷¹ los accionistas de Isolux INBV acordaron la primera novación al mencionado acuerdo, mediante el cual se acordó que Grupo Isolux Corsán Concesiones, S.A. tenía que pagar la aportación de capital pendiente a la fecha que ascenderá a 62.708 miles de dólares de la siguiente manera: a) 43.730 USD mediante la aportación de las acciones de Grupo T-Solar Global, S.A perteneciendo a GIC Concesiones; b) 18.978 miles de dólares por compensación de un crédito frente a GIC Concesiones por importe de 18.978 miles de USD correspondiente al préstamo convertible con GIC Concesiones⁷².
158. Isolux INBV detiene actualmente el 88,3413% en la sociedad Grupo T-Solar Global S.A. (“**T-Solar**”), sociedad mercantil constituida el 23 de marzo de 2011 con arreglo a la legislación española.⁷³
159. Resulta que la participación de IIN en T-Solar se materializó el 29 de octubre de 2012, cuando adquirió 65.434.220 acciones nominativas (equivalentes al 58,8362% del capital

⁶⁹ **Anexo R-104:** Memoria de Isolux INBV 2013 páginas 114 y 115;

⁷⁰ **Anexo R-104:** Memoria de Isolux INBV 2013 páginas 114 y 115;

⁷¹ **Anexo R-183:** Modificación del Acuerdo de Inversión, 24 de julio de 2013.

⁷² Ver también: **Anexo R-104:** Memoria de Isolux INBV 2013 páginas 114 y 115;

⁷³ Ver Nota simple informativa de T-Solar Global, S.A. expedida el 3 de junio de 2014 por el Registro Mercantil de Madrid. Hasta junio de 2004, la denominación original de T-Solar era Tuin Zonne, S.A. El cambio de denominación de la sociedad se efectuó mediante escritura otorgada el 30 de junio de 2008.

social) de T-Solar.⁷⁴ El 24 de julio de 2013 IIN adquirió 32.813.861 acciones nominativas (equivalentes al 28,5051% del capital social) de T-Solar.⁷⁵

160. T-Solar controla a su vez TGOA,⁷⁶ mediante la titularidad del 51% de su capital, quien, a su vez, es titular del 100% del capital de TZO.⁷⁷
161. T-Solar, a través de TGOA y TZO es titular de la totalidad o la mayoría del capital de 117 sociedades españolas de responsabilidad limitada unipersonal⁷⁸, propietarias de 34 plantas solares fotovoltaicas para la producción de energía eléctrica en España. La Demandante realizó un inventario de aquellas plantas solares en el Apéndice A del Memorial de Demanda (las “**Plantas**”)⁷⁹.
162. La Demandante, fundamenta su reclamación en los intereses que dice ostentar sobre aquellas 34 Plantas fotovoltaicas.

VI. POSICION DE LAS PARTES

163. Antes de proceder al análisis de los puntos en litigio, el Tribunal resume la posición de las Partes empezando por las objeciones jurisdiccionales presentadas por la Demandada (**A**) y siguiendo con los argumentos desarrollados por las Partes en relación con el fondo de la presente disputa (**B**).

A. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

164. El Tribunal expone primero la posición de la Demandada quien presentó una serie de objeciones a la jurisdicción del Tribunal (**1**), antes de presentar los argumentos desarrollados por la Demandante en respuesta a las objeciones sometidas por el Reino de España (**2**).

⁷⁴ Ver Certificado emitido por el Secretario del Consejo de Administración de T-Solar Global, S.A., de 22 de noviembre de 2013, así como copia del Libro-registro de Acciones Nominativas de T-Solar.

⁷⁵ Ver Certificado emitido por el Secretario del Consejo de Administración de T-Solar Global, S.A., de 22 de noviembre de 2013, así como copia del Libro-registro de Acciones Nominativas de T-Solar.

⁷⁶ Ver Nota simple informativa del Grupo T-Solar Global Operating Assets, S.L. expedida el 18 de noviembre de 2013 por el Registro Mercantil de Madrid, certificación emitida por el órgano de administración de la sociedad acreditando la titularidad de las acciones y copia del libro de registro de socios.

⁷⁷ Ver Nota simple informativa de Tuin Zonne Origen, S.L.U. expedida el 18 de noviembre de 2013 por el Registro Mercantil de Madrid, certificación emitida por el órgano de administración de la sociedad acreditando la titularidad de las acciones y copia del libro de registro de socios.

⁷⁸ Excepto de las sociedades (i) TZ Veguilla 1, S.L.U., TZ Veguilla 2, S.L.U., TZ Veguilla 3, S.L.U., TZ Veguilla 4, S.L.U., TZ Veguilla 5, S.L.U., TZ Veguilla 6, S.L.U. y TZ Veguilla 7, S.L.U., respecto de las cuales ostenta el 73,5% del capital social; y (ii) Parque Solar Saelices, S.L., respecto de la cual ostenta únicamente el 5% del capital social.

⁷⁹ Memorial de Demanda, ¶36.

1. Posición de la Demandada: el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción

165. El Reino de España fundamenta la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral sobre seis objeciones jurisdiccionales principales numeradas desde la letra A hasta la Letra F⁸⁰.

a. Objeción Jurisdiccional A: la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por la ausencia de un inversor protegido con arreglo al TCE

166. El Reino de España subraya que el Artículo 26.1 TCE⁸¹ exige que la controversia se produjera entre “una Parte Contratante” y un “inversor de otra Parte Contratante”⁸², lo que supone la exclusión del ámbito de este Artículo cualquier controversia que surja entre un inversor de un Estado de la UE y otro Estado de la UE respecto a una inversión en dicho Estado.

167. Efectivamente, según la Demandada, el sistema de la UE concede al inversor ciudadano de la UE una protección específica y preferente a la que concede el TCE y cualquier TBI⁸³. La UE tiene sus propios derechos y obligaciones que se encuentran protegidos por el marco institucional y judicial de la UE que ofrecen recursos y acciones judiciales apropiados y exclusivos⁸⁴.

168. El sistema integral de promoción y protección de las inversiones de la UE determina igualmente que no se distinga dentro de la UE entre inversores de uno u otro Estado miembro sino entre inversores UE e inversores de países terceros⁸⁵.

169. Resulta de este sistema la aplicación preferente entre los Estados miembros de la UE de su propio sistema de protección. Según la Demandada eso tiene reflejo en la “*literalidad, contexto y finalidad del TCE*”⁸⁶, y en particular en sus Artículos 1(3), 1(10), y 36(7). Además, la Demandada se refiere al Artículo 16 del TCE que establece las reglas de compatibilidad entre Tratados anteriores y posteriores con el TCE, entre los cuales se encuentran los que regulan la UE y que prevalecen sobre el TCE en las relaciones intra UE. Invoca también el Artículo 25 del TCE que impide que como consecuencia de la firma del TCE y a través de la cláusula de nación más favorecida, pueda extenderse el

⁸⁰ Memorial de Dúplica pp. 25-120.

⁸¹ Memorial de Dúplica, p. 25

⁸² **Anexo RLA-2:** Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, publicado en El Tratado sobre la Carta de la Energía y documentos relacionados, www.encharter.org. Artículo 26(1): “*En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera*”.

⁸³ Memorial de Dúplica, p. 25-27

⁸⁴ Memorial de Dúplica ¶ 51.

⁸⁵ Memorial de Dúplica ¶ 52.

⁸⁶ Memorial de Dúplica, ¶¶ 54-61.

sistema integral de promoción y protección de inversiones intra UE a los Estados firmantes del TCE que no sean Estados miembros⁸⁷.

170. La Demandada se refiere en particular al Artículo 26(6) del TCE que impide que un inversor de la UE pueda demandar ante un Tribunal Arbitral a un Estado miembro de la UE por razón de su inversión. La Demandada considera que admitir esta posibilidad sería contrario al Derecho de la UE y se refiere a título ilustrativo al laudo Electrabel S.A c. La República de Hungría⁸⁸. De la misma manera la aplicación del Artículo 344 del TFUE impide a España someter a un Tribunal Arbitral cuestiones relativas al mercado de la electricidad⁸⁹. La Demandada hace también referencia al Dictamen 1/91, Economic Area Agreement del TJUE donde el Tribunal se pronunció sobre el “*Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area.*”, y declaró la incompatibilidad del sistema judicial creado por el borrador porque condiciona la interpretación futura de las reglas de la UE en materia de libre circulación y competencia⁹⁰.
171. La Demandada subraya que el único arbitraje posible en el ámbito de aplicación del TCE, según lo afirmado por el tribunal en el caso Electrabel S.A c. La República de Hungría, es el de “*a non-EU investor and an EU Member State or between an EU investor and a non-EU Member State*”⁹¹.
172. La Demandada apoya además su argumentación refiriéndose a la finalidad del TCE⁹² y al escrito de *amicus curiae* de la Comisión Europea en el que afirmó⁹³:

“La Comisión considera que el TCE no crea obligaciones entre los Estados miembros, sino que las obligaciones se generan solo entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y las otras partes contratantes (terceros países), por otra parte. El TCE contiene así una cláusula de desconexión implícita para los Estados miembros de la UE. Como la Comisión tratará de explicar en las secciones que siguen, con arreglo a los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (“Convención de Viena”), el TCE debe interpretarse en base a su texto, así como a su contexto, objeto y finalidad, y a la historia de su génesis. Todos estos indicadores apuntan hacia la conclusión de que en el momento de la adopción del TCE, ninguna de las partes contratantes intentó conferir el derecho a los inversores de la UE de apoyarse en las disposiciones de la resolución

⁸⁷ Memorial de Dúplica, ¶60.

⁸⁸ Memorial de Dúplica, ¶62.

⁸⁹ Memorial de Dúplica, ¶63.

⁹⁰ Memorial de Dúplica, ¶¶65-67.

⁹¹ Memorial de Dúplica, ¶70.

⁹² Memorial de Dúplica, ¶¶72-75.

⁹³ Memorial de Dúplica, ¶76; Escrito de *amicus curiae* de la Comisión Europea del 20 de febrero de 2015.

de controversias en disputas entre un inversor de la UE y un Estado miembro de la UE”.

173. Esta posición de la Comisión fue recordada por el tribunal en el caso Electrabel S.A c. La República de Hungría⁹⁴ e ilustrada por la posición que adoptó la misma Comisión en su decisión del 18 de junio de 2015 donde solicitó a cinco Estados miembros de la UE que terminasen con los TBI intra –EU⁹⁵.
174. En particular, la Demandada contestó a los argumentos planteados por la Demandante de la siguiente manera⁹⁶:
175. Sobre el argumento de la Demandante de que los elementos contextuales del TCE corroboran su aplicación a las disputas intra-UE, la Demandada toma nota de que, la Demandante sostiene que el TCE y el sistema de la UE se presumen y deben ser necesariamente compatibles. Sin embargo, afirma que “*el que la UE haya establecido determinadas garantías y protecciones a inversores mediante mecanismos propios no quiere decir que no pudiera impulsar, como efectivamente lo hizo al apoyar y suscribir el TCE, nuevas garantías y protecciones bajo un régimen de inversión independiente, diferenciado y con mecanismos propios para la resolución de disputas entre un inversor y el Estado receptor de la inversión.*” y que el TCE “*otorga a las inversiones privadas derechos en aspectos sustantivos y procedimentales no cubiertos por la UE*” y que la Demandada “*ha olvidado la aplicación del Artículo 16 del TCE*”⁹⁷. En respuesta a estos argumentos, la Demandada recuerda que los Estados miembros no pudieron obligarse en materia de mercado interior y que la Demandada se equivoca al considerar que las disposiciones del TCE “*son más favorables para los inversores o a la inversión*” que el sistema de protección de los inversores e inversiones en el derecho de la UE⁹⁸. La Demandada constata que la Demandante no define en qué consisten esos “*derechos sustantivos*” distintos que otorga el TCE, y que en el presente caso esos derechos se relacionan con el trato justo y equitativo y la protección frente a las expropiaciones previstas en los Artículos 10(1) y 13 del TCE, los cuales se encuentran aún más desarrollados en el sistema de la UE y en particular en la jurisprudencia del TJUE⁹⁹.
176. Según la Demandada, en el presente caso no es un problema de elección y aplicación de la norma más favorable, sino que se plantea la cuestión de saber si a la luz del Derecho de la UE, se puede aplicar en las relaciones entre ciudadanos y Estados miembros de la UE un tratado internacional, o si en estas relaciones intra-UE se aplica con exclusividad el derecho de la UE. De acuerdo con la posición de la Demandada, existe una primacía

⁹⁴ Memorial de Dúplica, ¶ 80.

⁹⁵ Memorial de Dúplica, ¶ 81.

⁹⁶ Memorial de Dúplica, pp. 33-37.

⁹⁷ Memorial de Dúplica, ¶¶ 84-85.

⁹⁸ Memorial de Dúplica, ¶¶ 86-87.

⁹⁹ Memorial de Dúplica, ¶¶ 88-89.

del derecho de la UE que impide la aplicación de cualquier otra norma¹⁰⁰. Partiendo de que el propio Memorial de Demanda cita las Directivas de la UE en materia de energías renovables como marco de la legislación española en la que la Demandante hizo su alegada inversión, la Demandada considera que la disputa ha de resolverse a la luz de la interpretación del Derecho comunitario y que “*respecto de estas cuestiones España no puede someter su decisión a otros foros distintos del sistema judicial de la UE por imperativo del Artículo 344 TFUE*”¹⁰¹. De tal forma que un sistema de solución de conflictos introducido por un Tratado que afecte a fundamentos de la UE es incompatible con el Derecho de la UE. El Artículo 26(6) del TCE obliga a resolver las cuestiones en litigio con arreglo al “*TCE y a las normas del Derecho Internacional aplicables*”. En consecuencia, no se puede acudir al arbitraje para resolver litigios entre un inversor comunitario en el territorio de la UE que afecten a la libertad de establecimiento y libre circulación de capitales en el ámbito de las energías renovables sin violar el derecho de la UE y el Artículo 26(6) del TCE¹⁰².

177. Sobre el argumento de la Demandante de que la inexistencia de una cláusula de desconexión en el TCE evidencia la aplicación del mecanismo de solución de conflictos del Artículo 26 del mismo también a disputas intra UE, la Demandada se refiere a la respuesta proveída por el TJUE en su Dictamen 1/03 del 7 de febrero de 2006. La Comisión se preguntaba sobre la pertinencia de introducir una cláusula de desconexión que tenga por objeto regular las relaciones entre una normativa que establece un régimen comunitario y un convenio internacional destinado a extender dicho régimen a Estados terceros. “*A su juicio, dado que el acuerdo previsto abarca ámbitos en los que se ha realizado una armonización total, la existencia de una cláusula de desconexión carece por completo de pertinencia*”. El TJUE confirmó la posición de la Comisión, precisando que: “*A este respecto, la existencia en un acuerdo de un cláusula denominada «de desconexión», según la cual dicho acuerdo no afecta a la aplicación por parte de los Estados miembros de las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario, no constituye una garantía de que las normas comunitarias no se vean afectadas por las disposiciones del acuerdo gracias a la delimitación del ámbito de aplicación respectivo de unas y otras, sino que, por el contrario, puede ser un indicio de que las citadas normas sí resultan afectadas.*”¹⁰³ La Demandada concluye que en el caso del Artículo 26 del TCE tampoco era necesario introducir una cláusula de desconexión puesto que ya existía en materia de protección de las inversiones una armonización plena en el mercado común europeo¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Memorial de Dúplica, ¶¶ 90-91.

¹⁰¹ Memorial de Dúplica, ¶91.

¹⁰² Memorial de Dúplica, ¶92.

¹⁰³ Memorial de Dúplica, ¶¶93-95.

¹⁰⁴ Memorial de Dúplica, ¶96.

178. La Demandada contestó también al argumento de la Demandante que afirma que las decisiones arbitrales confirman la aplicación del TCE en disputas intra UE. La Demandada pone de relieve que entre los distintos laudos citados solamente el laudo en el caso Electrabel se refiere al TCE. Los demás laudos al referirse a TBIs, la Demandada considera que ninguna analogía puede realizarse con el presente caso sin ninguna explicación por parte de la Demandante.
179. Sobre el caso Electrabel S.A c. La República de Hungría, la Demandada precisa que no resuelve un caso idéntico al presente, ya que España y los Países Bajos eran Estados miembros de la UE en el momento de la negociación, ratificación y entrada en vigor del TCE contrariamente a Hungría que, en el caso mencionado por la Demandante, no era un Estado Miembro de la UE al tiempo de la conclusión del TCE. En consecuencia, tenía plena soberanía para obligarse con las otras partes contratantes en todas las materias que son objeto del TCE, a diferencia de los Estados que ya eran Miembros de la CE en el momento de su conclusión. Sin embargo, en el presente caso, el debate consiste en si dos Estados que formaban parte de la CE al celebrarse el TCE, pueden someter o no a arbitraje las controversias que les afectaran a ellos y a sus nacionales¹⁰⁵.
180. En relación con la solicitud de suspensión del procedimiento arbitral pedido por la Comisión Europea, y la denegación de la Demandante a que se suspendiera el presente procedimiento arbitral debido a que “*el presente arbitraje de ningún modo concierne una ayuda de Estado ni mucho menos una vulneración de Derecho comunitario*”, la Demandada se refiere a la incidencia que pudiera tener la existencia de un procedimiento ante la Comisión Europea de evaluación de las medidas de apoyo para energías renovables y cogeneración en España (procedimiento SA.40348 2014/N) sobre el resultado del presente arbitraje que tiene que entenderse a la luz del Auto de 22 de octubre de 2014 del TJUE, dictado en la cuestión prejudicial C 275/13 del 22 de octubre de 2014 (Asunto ELCOGAS)¹⁰⁶. Resulta de la calificación jurídica realizada por el TJUE que los Estados miembros están obligados a tener en cuenta las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020, aprobadas mediante comunicación de la Comisión Europea 2014/C 200/01, así como las por éstas derogadas y aprobadas mediante comunicación de la Comisión Europea 2008/C 82/01.
181. Además, la Demandada se refiere a la decisión de la Comisión de 26 de mayo de 2014¹⁰⁷, en la que se ordenó la suspensión del pago por parte de Rumanía de un laudo dictado en un arbitraje CIADI, Micula c. Rumanía. Tras adoptar una primera decisión, de acuerdo con el Reglamento del Consejo (EC) No 659/1999, que permite que la Comisión suspenda el pago de aquellas ayudas que considere ilegales, por decisión de 30 de marzo de 2015,

¹⁰⁵ Memorial de Dúplica, ¶¶ 97-102.

¹⁰⁶ Memorial de Dúplica, ¶¶ 105; **Anexo R-171**: Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictado en la cuestión prejudicial C- 275/13, ELCOGAS, de 22 de octubre de 2014, ¶33..

¹⁰⁷ **Anexo R-97**: Referencia al expediente de la Comisión Europea SA 38517Micula v. Romania (inglés).

la Comisión ha resuelto que "el pago de compensaciones por parte de Rumanía a dos inversores Suecos en virtud del derogado régimen de ayuda vulnera las reglas de Ayuda de Estado de la UE" y que "mediante el pago de la compensación otorgada a los demandantes, Rumanía otorga en realidad una ventaja equivalente al régimen de ayuda derogado". La Demandada concluye indicando que, en el mencionado caso, la Comisión ha concluido que tal compensación equivale a una Ayuda de Estado incompatible que debe ser devuelta por las empresas beneficiarias¹⁰⁸.

b. Objeción Jurisdiccional B: la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por la ausencia de un inversor de otra Parte Contratante protegido con arreglo al Artículo 1(7) del TCE

182. La cuestión que plantea aquí la Demandada es la siguiente: ¿puede demandar al Reino de España una sociedad formalmente constituida en Holanda, pero cuyos únicos propietarios son una sociedad española y una sociedad canadiense que ostentan la totalidad de su capital social y controlan todas sus decisiones empresariales? La Demandada afirma que la respuesta debe ser negativa puesto que la técnica del levantamiento del velo societario permite constatar que la controversia se deriva de la inexistencia de un inversor protegido conforme al TCE, siendo Isolux INBV controlada en su totalidad por un inversor español y por un inversor canadiense (PSP)¹⁰⁹, lo que excluye la aplicación del TCE porque Canadá no es parte del TCE y que un inversor español no puede demandar al Estado español bajo el TCE.
183. Efectivamente, en primer lugar, según la Demandada, la totalidad del capital social de la Demandante y el pleno control de sus decisiones empresariales corresponde a la española ISOLUX y a la canadiense PSP¹¹⁰. Así, en las Cuentas Anuales 2013 de la Demandante se indica que: "*The parent company [Isolux INBV] is jointly controlled by Grupo Isolux Corsán Concesiones, S.A. (a subsidiary of Grupo Isolux Corsán, S.A.) and PSPEUR, S.à.r.l., which hold 80,77% and 19,23% of the shares respectively (directly or indirectly). This joint control is exercised due to shareholders' agreements which state that the key strategic operational decisions have to be taken through supermajority involving both shareholders and other requirements*"¹¹¹.
184. En segundo lugar, GIC que, a través de la sociedad Isolux Infrastructure controlaba a Isolux INBV antes de la firma del Acuerdo de Inversión¹¹², ejerce, según la Demandada,

¹⁰⁸ Memorial de Duplicata, ¶¶ 107.

¹⁰⁹ Memorial de Duplicata, ¶¶ 110-111.

¹¹⁰ Memorial de Duplicata, pp.39-40

¹¹¹ **Anexo R-13** : Cuentas Anuales Consolidadas de Isolux INBV de 2013, página 10.

¹¹² Memorial de Contestación a Demanda de fecha 3 de diciembre de 2014, párrafo 308.

desde la firma del mismo Acuerdo, un control total y efectivo de Isolux INBV de forma conjunta con la canadiense PSP¹¹³.

185. La Demandada alega que la información pública, no cuestionada por la Demandante, acredita que Isolux INBV carece de sustancia empresarial alguna en Holanda y que la sociedad española ISOLUX es la Demandante real en este arbitraje¹¹⁴. No existiendo medios humanos ni materiales en los Países Bajos. Efectivamente, según la Demandada la totalidad de los empleados de Isolux INBV se encuentran en España¹¹⁵. Además, Isolux INBV carece de sede social propia puesto que su domicilio social en Países Bajos coincide con el de un vivero de sociedades llamado United Trust¹¹⁶ y que los únicos medios materiales de esta sociedad se comparten con el Grupo español Isolux a una misma dirección: calle Caballero Andante, 8 (Madrid)¹¹⁷. Finalmente, La sociedad Isolux Infrastructure INBV tiene todas sus actividades en España al operar las plantas fotovoltaicas para el grupo Isolux¹¹⁸. La Demandada sostiene que el Memorial de Réplica no niega que la Demandante carezca de actividad empresarial en Países Bajos ni que esté controlada por la sociedad española GIC Concesiones y por la canadiense PSP Investments¹¹⁹.
186. La Demandada considera que la Demandante no puede acudir a un argumento formalista en su Memorial de Réplica, como la constitución de Isolux INBV en Países Bajos, para acceder a solicitar la protección del TCE escondiendo una realidad: la inexistencia de un Inversor protegido por el TCE¹²⁰. Según la Demandada, el Artículo 1(7) no solamente exige la incorporación de una sociedad en un Estado Parte, sino la existencia de una “empresa u otra organización”, lo que significa según el diccionario de la Real Academia, un “conjunto organizado de medios materiales y humanos dirigidos a un fin económico”¹²¹. Sin embargo, la Demandada sostiene que Isolux INBV no tiene ni actividad, ni medios materiales o humanos y que es un simple “cascaron societario”¹²².
187. En aquellos casos, según la Demandada, la carencia de los elementos necesarios a la caracterización de una empresa son circunstancias excepcionales que justifican el levantamiento del velo societario, al ser la personalidad jurídica de la sociedad puramente

¹¹³ Memorial de Dúplica, ¶123.

¹¹⁴ Memorial de Dúplica, pp.40-42

¹¹⁵ Memorial de Dúplica, ¶128-129; Memorial de Contestación a Demanda de fecha 3 de diciembre de 2014, párrafo 321; **Anexo R-104**: Cuentas Consolidadas de Isolux INBV de 2013, Nota 1 del Informe de Gestión Consolidado de Isolux INBV, página 160, y Nota Contable 24, página 136.

¹¹⁶ Memorial de Dúplica, ¶130.

¹¹⁷ Memorial de Dúplica, ¶¶131-134; **Anexo R-172**: Informe de Gestión 2014 incorporado al Informe Económico del grupo Isolux 2014, página 140.

¹¹⁸ Memorial de Dúplica, ¶134.

¹¹⁹ Memorial de Dúplica, pp.42-44.

¹²⁰ Memorial de Dúplica, pp.42 y s.

¹²¹ Memorial de Dúplica, ¶138-141; Ver definiciones de “empresa”, “organización” y “organizar” del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, aportadas como **Anexos R-173, R-174 y R-175**.

¹²² Memorial de Dúplica, ¶142;

ficticia, sin que se tenga que probar un caso de fraude o juicio de intención¹²³. En el presente caso, la verdadera Demandante en este arbitraje es ISOLUX.¹²⁴ Estas circunstancias son las que diferencian el presente caso de los casos Yukos o Tokios Tokeles citados por la Demandante. Contrariamente al caso Tokios Tokeles, en este caso Isolux INBV es una sociedad cascarón sin actividad mercantil en los Países Bajos y constituida el 13 de junio de 2012, o sea un año antes del litigio contra el Estado español¹²⁵. La opinión particular en el caso Tokios Tokelés, así como el laudo Venoklim c. Venezuela, ponen de relieve que el velo societario puede levantarse con independencia de la existencia de un fraude procesal, cuando el objetivo de la convención (en aquellos casos, la convención CIADI) destinada a facilitar de resolución de una disputa entre un inversor de un Estado parte de la Convención y otro Estado parte se encuentra vulnerado por un inversor que en realidad es de la nacionalidad del Estado parte de la disputa.

188. Visto lo anterior, la Demandada considera que se trata aquí de un caso flagrante de vulneración del criterio de nacionalidades y en consecuencia solicita que se levante el velo societario para determinar quién es el verdadero demandante, i.e. ISOLUX y la canadiense PSP Investments¹²⁶.
189. La Demandada concluye afirmando que INBV no es un inversor protegido al amparo del Artículo 1(7) del TCE puesto que no cumple con los requisitos de nacionalidad exigidos por este Artículo¹²⁷.
 - c. Objeción Jurisdiccional C: la falta de inversión de acuerdo con el Artículo 1(6) TCE.
190. La Demandada considera que tampoco existe una inversión de acuerdo con el Artículo 1(6) TCE por no haberse realizado una inversión en sentido objetivo u ordinario y porque Isolux INBV no posee indirectamente los rendimientos de T-Solar.
191. La Demandada primero recuerda que el TCE exige para determinar la existencia de una inversión la concurrencia de los siguientes requisitos:

“- La existencia de una inversión en sentido objetivo u ordinario.

- Que dicha actividad inversora en sentido objetivo u ordinario se materialice en cualquier clase de activo, dentro de la amplia enumeración que de los mismos realiza el Artículo 1(6) del TCE.

¹²³ Memorial de Duplicata, ¶144-145, y 148;

¹²⁴ Memorial de Duplicata, ¶145;

¹²⁵ Memorial de Duplicata, ¶151;

¹²⁶ Memorial de Duplicata ¶160; **Anexo RLA-90**: Venoklim Holding B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela, CIADI No. ARB/12/22 (3 de abril de 2015) párrafo 156.

¹²⁷ Memorial de Duplicata, ¶160;

- Que dicho activo esté asociado con una Actividad Económica en el Sector de la Energía.
 - Que dicho activo esté poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor”¹²⁸.
192. Añade que la falta de cualquiera de estos requisitos supone la inexistencia de una inversión de acuerdo con el Artículo 1(6) del TCE y, a consecuencia, la falta de jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal Arbitral según el citado Artículo 26 del TCE¹²⁹.
193. La primera de las condiciones es que exista una inversión en sentido objetivo¹³⁰. Esta condición resulta de la interpretación literal del Artículo 1(6) de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) que supone que la “inversión” protegida por el TCE sea ante todo una inversión en sentido corriente u ordinario¹³¹.
194. El Reino de España considera que, con el fin de determinar este sentido objetivo, no solamente se tiene que referir a la definición de la “Inversión” puesta entre comillas en el Artículo 1(6), sino que se tienen también que referir a un criterio “estándar” que se encuentra en la palabra inversión, también utilizada en el Artículo 1(6) TCE (sin comillas y en minúscula)¹³², debido a que, a la lectura del Artículo 1(6) TCE se desprende que el concepto de “Inversión” a los efectos del Tratado es un concepto inicialmente amplísimo que abarca cualquier activo, incluso aquéllos que no están expresamente recogidos en el listado enunciativo del párrafo primero del Artículo 1(6) TCE¹³³. Para reforzar su

128 Memorial de Dúplica, ¶160.

129 Memorial de Dúplica, ¶161.

130 Memorial de Dúplica, pp. 48 y s.

131 Memorial de Dúplica, pp. 48 y s

132 **Anexo RL-2:** Carta Europea de la Energía. Artículo 1(6): *“Inversión”, cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque: a) bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas; b) una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil; c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión; d) propiedad intelectual; e) rendimientos; f) cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía; Los cambios en los modos de invertir los bienes no afectan a su carácter de inversión y la palabra “inversión” incluye todas las inversiones, bien sean ya existentes o bien se hagan después de la última de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado para la Parte Contratante del inversor que efectúe la inversión y para la Parte Contratante en el área en la que se haga la inversión (que en adelante se denominará “fecha efectiva”), siempre que el Tratado sea aplicable únicamente a aquellos aspectos que afecten a dichas inversiones después de la fecha efectiva.*

“Inversión” se referirá a toda inversión relacionada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía y a las inversiones o clases de inversión designadas por una Parte Contratante en su región como “Proyectos de eficacia de la Carta”, y hayan sido así notificados a la Secretaría.”

133 Memorial de Dúplica, ¶¶172 a 179.

interpretación, la Demandada se refiere a la posición adoptada por el tribunal en el caso Romak c. Uzbekistán¹³⁴.

195. En el Artículo 1(6), determinadas frases utilizadas resaltan que el significado de la palabra inversión viene vinculado a un comportamiento activo que consiste en realizar una aportación dineraria con el propósito de obtener un beneficio o retorno¹³⁵, en particular el párrafo segundo del Artículo 1(6) donde la palabra “inversión” va precedida de los verbos “hacer” o “efectuar”. En consecuencia, de acuerdo con el Artículo 1(6), se habla de una inversión cuando se materializa en cualquiera de los activos que enumera de forma no taxativa, siempre que afecten a una actividad económica en el sector de la energía, interpretación confirmada por Crina Baltag en su comentario sobre la noción de inversor en el TCE¹³⁶.
196. Adicionalmente, el propósito y finalidad del TCE, los cuales tienen que tomarse también en consideración de conformidad con el Artículo 31 de la CVDT, exigen la existencia de una inversión en sentido objetivo para que exista una inversión protegida a los efectos del TCE¹³⁷. Según la Demandada la finalidad del TCE es favorecer una cooperación a largo plazo en materia económica y fomento del flujo de inversiones¹³⁸.
197. La Demandada concluye este análisis, afirmando que contrariamente a lo alegado por la Demandante, un examen del Artículo 1(6) TCE de acuerdo con los criterios establecidos en el Artículo 31 de la CVDT pone de manifiesto que las obligaciones que asumen los Estados con la firma del Tratado y los correlativos derechos que se ofrecen a los inversores no lo son en contemplación de un simple activo, con relación a un concepto estático de “Inversión”, sino de un activo objeto de una inversión en sentido objetivo u ordinario¹³⁹.
198. Sobre los precedentes arbitrales citados por la Parte Demandante, la Demandada se refiere primero al caso Anatolie Stati v. Kazakhstan, donde el tribunal tomó en cuenta la efectiva aportación de fondos a través de un préstamo de accionistas y posteriormente, la aportación de fondos mediante una reinversión de los beneficios obtenidos, como un elemento esencial sobre el que construyó la existencia de una en el referido supuesto. En ambos casos las aportaciones de fondos suponen la correspondiente asunción de un riesgo y una duración¹⁴⁰.

¹³⁴ **Anexo RL-17:** Romak contra Republica of Uzbekistan, Laudo de 26 de noviembre de 2009 (PCA Case No. AA280)

¹³⁵ Memorial de Duplicata, ¶¶183-186.

¹³⁶ Memorial de Duplicata, ¶¶188 a 191; Anexo RLA-15: The Energy Charter Treaty. The Notion of Investor. Crina Baltag, Kluwer Law International BV, 2012, The Netherlands. Página 178; Memorial de Duplicata, ¶¶196 a 201.

¹³⁷ Memorial de Duplicata, p. 53.

¹³⁸ Memorial de Duplicata, ¶¶ 191 a 195.

¹³⁹ Memorial de Duplicata, ¶202.

¹⁴⁰ Memorial de Duplicata, ¶206.

199. En este caso concreto, la Demandada afirma que Isolux INBV no ha realizado una actividad inversora porque no ha realizado ninguna aportación de recursos económicos y no ha asumido ninguno de los riesgos vinculados a los activos objeto de este arbitraje. Esta conclusión es el resultado del análisis económico de la operación que dio lugar al nacimiento de Isolux INBV.
200. En primer lugar, la naturaleza de la operación económica subyacente que dio lugar al nacimiento de Isolux INBV es, mediante la firma del Acuerdo de Inversión, una operación de desinversión parcial del Grupo español GIC la venta de unos activos y la consiguiente inversión de la sociedad canadiense PSP-Investments con la adquisición de unos activos¹⁴¹.
201. De acuerdo con los acuerdos de inversión, y en particular el Acuerdo de Inversión celebrado el 29 de junio de 2012 entre ISOLUX y PSP a través de su filial PSP Infra, PSP adquirió participaciones en el capital de Isolux INBV y se estableció un control conjunto de Isolux INBV por ISOLUX y PSP Investments. Dicho de otra manera, ISOLUX aceptó compartir los retornos de las acciones aportadas a Isolux INBV con su nuevo socio. Antes disfrutaba del 100% de dichos retornos, ahora sólo del 80,77%. En consecuencia, Isolux no persigue con esta operación el propósito de obtener nuevos retornos¹⁴². Otra consecuencia ha sido la reducción correlativa de los riesgos, lejos de asumir nuevos riesgos -resultado típico de cualquier inversión-, obtuvo una reducción de los mismos. Tras la aportación de dichos activos a Isolux INBV, ISOLUX consiguió reducir dichos riesgos del 100% al 80,77%¹⁴³.
202. Otro elemento que demuestra que la operación en juego no constituye una inversión, es la ausencia de aportación económica por parte de Isolux INBV para adquirir las acciones de T-Solar¹⁴⁴. Efectivamente, parte de la ejecución de los acuerdos de inversión, y en particular el acuerdo del 29 de junio de 2012 entre ISOLUX y PSP, se encontraba condicionada al cumplimiento de varias condiciones suspensivas, finalizando el plazo para el cumplimiento de las mismas el 1 de octubre de 2012.¹⁴⁵ En contraprestación a la aportación de capital en Isolux INBV por parte del contratante canadiense, ISOLUX tenía que aportar y colocar en Isolux INBV las participaciones en las sociedades Isolux Corsán Concesiones S.A.U., Isolux Corsán Concesiones de Infraestructuras S.L.U. y Grupo T-Solar Global, S.A¹⁴⁶. El 29 de octubre de 2012, Isolux INBV realizó¹⁴⁷ “una ampliación de capital, íntegramente suscrita y desembolsada por su socio Grupo Isolux Corsal

¹⁴¹ Memorial de Duplicata, ¶¶ 210 y s.; Memorial de Contestación a la Demanda, Objeciones jurisdiccionales y Petición de Bifurcación de 3 de diciembre de 2014, ¶¶ 361-382.

¹⁴² Memorial de Duplicata, ¶218.

¹⁴³ Memorial de Duplicata, ¶219.

¹⁴⁴ Memorial de Duplicata, pp. 59-60

¹⁴⁵ Memorial de Contestacion, ¶51.

¹⁴⁶ Memorial de Contestacion, ¶53.

¹⁴⁷ **Anexo R-181:** Acuerdo de ampliación de capital de 29 de octubre de 2012.

Concesiones S.L., mediante un canje de valores en cuya virtud adquirió una participación en el capital social de Isolux Corsán Concesiones, S.A.U., Isolux Corsán Concesiones de Infraestructuras, S.L.U. y Grupo T-Solar Global, S.A., que quedaron afectas a la sucursal en España de Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.”¹⁴⁸.

203. Según la Demandada, esta “recolocación” de activos en Isolux INBV no supuso ninguna aportación de fondos por parte de la misma quien se limitó a recibir las acciones de T-Solar¹⁴⁹. Esta recolocación de activos tampoco supuso la transmisión de algún riesgo puesto que los riesgos asociados a estos activos se mantuvieron, intactos, en la esfera patrimonial de GIC Concesiones¹⁵⁰.
204. La Demandada considera que la única inversión que pueda existir fue realizada por PSP Investments exclusivamente, con la entrada ulterior de su filial PSP Infra en el capital social de Isolux INBV después de que las acciones de T-Solar se hubieran recolocado en ella¹⁵¹.
205. Además, el Acuerdo a través del cual se diseñaba la inversión de PSP Investments en los activos del GIC se condicionó a la firma del Acuerdo de Accionistas, a través de que las Partes al mencionado Acuerdo aceptaron compartir el control de la empresa, lo que supone un consentimiento unánime de las partes sobre cualquier tipo de decisiones estratégicas, financieras u operativas¹⁵². Según la Demandada, de acuerdo con este principio, la gestión y promoción del negocio no pertenece a Isolux INBV sino conjuntamente a la española GIC y a la canadiense PSP, en el seno del Consejo de Administración¹⁵³. Por otra parte, la gestión diaria de los activos incorporados a Isolux INBV corresponde, bajo control de GIC y PSP, a GIC Concesiones, filial consolidada por GIC¹⁵⁴. Este análisis es confirmado, de acuerdo con la Demandada, por la definición que la propia Isolux INBV hace de su principal actividad: “*The Parent company corporate purpose is the participation in other companies as a partner or shareholder in the country or aboard (holding)*”¹⁵⁵.
206. La Demandada basa su alegación sobre los términos del Acuerdo de Inversión del 29 de junio de 2012 donde GIC se comprometió a aportar a Isolux INBV 125,500 millones de dólares de la siguiente forma: 50% en préstamo convertible y 50% en aportaciones de

¹⁴⁸ **Anexo R-14:** Nota 5 de la Memoria de 2012 de Isolux INBV, Sucursal en España.

¹⁴⁹ Memorial de Dúplica, ¶221.

¹⁵⁰ Memorial de Dúplica, ¶222.

¹⁵¹ Memorial de Dúplica, ¶226.

¹⁵² Memorial de Dúplica, ¶226-227; **Anexo R-182:** Acuerdo de Accionistas de 29 de junio de 2012.

¹⁵³ Memorial de Dúplica, ¶¶228-229; **Anexo R-182:** Acuerdo de Accionistas de 29 de junio de 2012, Cláusula 9 del Acuerdo (páginas 25 y 26) en relación con el Schedule 3 páginas 72 a 74; Cláusula 10 del Acuerdo (páginas 26 y 27); Cláusula 19 del Acuerdo (páginas 37 y 38) en relación con el Schedule páginas 75 y 76.

¹⁵⁴ Memorial de Dúplica, ¶231; **Anexo R-182:** Acuerdo de Accionistas de 29 de junio de 2012, Cláusula 4.2.7.

¹⁵⁵ **Anexo R-13:** Cuentas Anuales de Isolux INBV de 2012, Informe Consolidado de Gestión, Punto 1 Información General, página 115. R-12 y; Cuentas Anuales de Isolux INBV de 2013, Nota 1, Información General.

capital¹⁵⁶. Sin embargo, a lo largo de 2013 GICC ha percibido de Isolux INBV dividendos por importe de 88,039 millones de euros el 27 de marzo de 2013 y el 28 de octubre de 2013¹⁵⁷. Según la Demandada, aquellos dividendos fueron distribuidos por Isolux INBV con cargo a la prima de emisión, habida en cuenta que Isolux INBV ha tenido resultados negativos tanto en el ejercicio 2012 como en el ejercicio 2013 y luego 2014, lo que significa que no se derivan del reparto de beneficios, sino que corresponden según los términos de la Demandada a una “*mera devolución, anulación, compensación contable*” o “*de unos fondos que GICC nunca llegaría a aportar efectivamente*”¹⁵⁸. Por lo tanto, la aportación real de GICC es de 37,461 millones de dólares en vez de los 125,500 millones de dólares contractuales.

207. Además, la Demandada añade que a propuesta de GICC, el 24 de noviembre de 2013, se produjo la novación del acuerdo original de aportación¹⁵⁹, es decir que el 50% de los 125,500 millones de dólares (“aportaciones de capital”), pendientes de aportar por GICC se sustituiría por una aportación en especie de participaciones financieras en Grupo T-Solar Global, S.A., valoradas en 43,730 millones de dólares. Resulta de aquellas consideraciones que, de acuerdo con la Demandada, GIC no ha realizado ninguna aportación de fondos en Isolux INBV, sino que tan solo ha realizado una aportación adicional de participaciones financieras a sumar a las ya recolocadas inicialmente en octubre de 2012¹⁶⁰.
208. La Demandada argumenta también que Isolux INBV no posee ni controla directa o indirectamente los rendimientos que obtiene T-Solar de sus sociedades participadas¹⁶¹. La Demandada recuerda que el concepto de Inversión se encuentra en el Artículo 1(6) TCE donde se exige que el activo en que se plasme la actividad inversora sea “poseído directa o indirectamente por un inversor”. Además, exige que dicha posesión o control directo o indirecto se ejerza por un inversor, sin definir el término inversor.
209. Ahora bien, en el presente caso el activo sobre el que hay que efectuar el juicio de posesión o control directo o indirecto es el identificado por la Demandante, o sea los rendimientos de T-Solar¹⁶². Según la Demandada no cabe duda que Isolux INBV carece de la posesión directa de los rendimientos de T-Solar puesto que el control directo es ejercido por T-Solar y que los rendimientos pertenecen a T-Solar igualmente. En consecuencia, la Demandada tiene una vinculación indirecta con estos activos y resulta necesario determinar en este caso si el término “posesión indirecta” que utiliza el Artículo 1(6) TCE se refiere a cualquier escalón de la cadena de sociedades a través de la cual se

¹⁵⁶ **Anexo C-172:** Acuerdo de Inversión de 29 de junio de 2012. Página 4.

¹⁵⁷ Memorial de Dúplica, ¶234; **Anexo R-13:** Cuentas Anuales de Isolux INBV de 2013. Nota 14.2, página 66.

¹⁵⁸ Memorial de Dúplica, ¶235.

¹⁵⁹ **Anexo R-183:** Modificación del Acuerdo de Inversión de 24 de julio de 2013. Páginas 4, 7 y 8.

¹⁶⁰ Memorial de Dúplica, ¶¶237-238.

¹⁶¹ Memorial de Dúplica, p. 62

¹⁶² Memorial de Dúplica, ¶242.

puede poseer un activo o si, por el contrario, dicho concepto se refiere al último poseedor de la cadena: al poseedor final¹⁶³.

210. El TCE no prevé una definición concreta del concepto de posesión indirecta, lo que supone referirse a pronunciamientos arbitrales y a las consideraciones que se hicieron en los Trabajos Preparatorios del TCE.
211. En relación con los laudos arbitrales que se han dictado en interpretación del Artículo 17 TCE, aparece, según la Demandada, que aquellos han interpretado que posesión indirecta se refiere al último poseedor¹⁶⁴. La Demandada no comparte la posición de la Demandante quien sostiene que dichos laudos no son aplicables porque el Artículo 17 del TCE supone un mecanismo extraordinario no trasladable a otros supuestos. La Demandada considera al contrario que resultaría absurdo entender que el concepto de posesión indirecta pueda variar en función de si se aplica el Artículo 1(6) o si se aplica el Artículo 17. Además, la Demandante no hace referencia a casos arbitrales en los que se interpretó el Artículo 1(6) TCE y se llegó a la conclusión de que posesión indirecta equivale a poseedor real¹⁶⁵.
212. En los trabajos preparatorios del TCE, la Demandante toma nota de que se analizó el significado que debía darse al adverbio “indirectamente” y se refiere en primer lugar a la carta de 21 de abril de 1994 dirigida al Presidente del Sub – Grupo Legal por la Delegación Rusa, y a la contestación efectuada por este último el 22 de abril de 1994¹⁶⁶. La Demandada toma nota que el Sub – Grupo Legal era de la opinión de definir “posesión indirecta” en el sentido de que un accionista posee una porción de los activos de la Sociedad. No obstante, es de destacar que el Sub – Grupo Legal consideraba que para que dicha interpretación se recogiese en el Texto del Tratado era necesario introducir una serie de cambios en su redacción. Sin embargo, lo cierto es que ni en el Artículo 1(6), ni en algún otro Artículo del Tratado, se introdujo algún párrafo como el propuesto por el Sub-Grupo Legal. Igualmente, la redacción del Artículo 15(3) no fue alterada. Resulta de aquellos hechos que, según la Demandada, la peculiar opinión del Sub – Grupo Legal sobre la forma que debía ser interpretado el adverbio “indirectamente” no fue recogida por la letra del TCE y que los Estados firmantes aceptaron la idea de que posesión indirecta se refería a la “posesión real de activos, sostenidos a través de una cadena de

¹⁶³ Memorial de Dúplica, ¶246.

¹⁶⁴ Memorial de Dúplica, ¶248; **Anexo RLA-24**: Plama Consortium Limited c. la República de Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo de Jurisdicción de 8 de febrero de 2005, párrafo 170; **Anexo RLA-25**: Libananco Holdings Co. Limited c. República de Turquía, Caso CIADI No. ARB/06/8, Laudo de 2 de septiembre de 2011, ¶ 556.

¹⁶⁵ Memorial de Dúplica, ¶249.

¹⁶⁶ Memorial de Dúplica, ¶¶252-255; **Anexo R-185**: Carta de 21 de abril de 1994 de la Delegación Rusa; **Anexo R-186**: Contestación a la Carta de 21 de abril de 1994 de la Delegación Rusa el 22 abril de 1994.

entidades” (traducción libre), la noción de “posesión real” refiriéndose al último eslabón de dicha cadena posesoria¹⁶⁷.

213. De acuerdo con lo señalado, la Demandada concluye que el concepto de posesión indirecta se refiere al poseedor último. En el caso de Isolux INBV, aquella no es un poseedor final de los activos, los poseedores finales siendo GIC y PSP Investment, de tal forma que al amparo del Artículo 1(6) no existe inversión protegida.

214. La Demandada concluye que el Tribunal carece de competencia *ratione materiae*.

d. Objeción Jurisdiccional D: la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por la existencia de abuso del proceso.

215. La Demandada considera que la alegada inversión realizada por Isolux INBV desde Países Bajos tiene como única finalidad acceder fraudulentamente al arbitraje de inversión del TCE. Se trata de un caso de *forum shopping* prohibido¹⁶⁸.

216. En primer lugar, la Demandada afirma que la Demandante no ha accedido a la jurisdicción legítimamente¹⁶⁹. La Demandada nota que la Demandante sigue apoyándose en el argumento formal de la constitución en Países Bajos de Isolux INBV para negar el abuso de proceso o fraude. Sin embargo, la doctrina del abuso de proceso tiene como objetivo precisamente evitar que, bajo la apariencia de un cumplimiento formal, con la constitución en Países Bajos se persiga un fin prohibido que no podía legítimamente conseguirse, como el acceso al arbitraje de inversión¹⁷⁰, misma que se hizo cuando ya el conflicto era previsible.

217. Contrariamente a lo alegado por la Demandante, la Demandada considera que las medidas adoptadas por el Gobierno español fueron anunciadas y eran previsibles. La previsibilidad del conflicto no exige que las medidas estén ya promulgadas, sino que el conflicto sea visto como evidente¹⁷¹. La Demandada se refiere como prueba, además de anuncios y discursos públicos, al proyecto adoptado por el Gobierno de lo que iba a ser la Ley 15/2012, el cual fue remitido a las Cortes Generales el 14 de septiembre de 2012¹⁷². Así consta en la referencia de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros del 14 de septiembre de 2012, publicada en la web institucional del Gobierno de España¹⁷³. Esto ocurrió más de un mes antes de la alegada inversión de la Demandante. La Demandada se refiere igualmente a la Carta del propio Presidente de ISOLUX, D. Luis Celso, dirigida

¹⁶⁷ Memorial de Dúplica, ¶256.

¹⁶⁸ Memorial de Dúplica, p. 66.

¹⁶⁹ Memorial de Dúplica, p. 66-68.

¹⁷⁰ Memorial de Dúplica, ¶269.

¹⁷¹ Memorial de Dúplica, ¶271-272.

¹⁷² Memorial de Demanda de 3 de diciembre de 2014, ¶541.

¹⁷³ **Anexo R-126:** Referencia del Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2012, www.lamoncloa.gob.es

al Gobierno de España en julio de 2012, antes de que la alegada inversión se hubiera realizado y que acredita el hecho de que las medidas eran previsibles¹⁷⁴.

218. De acuerdo con la posición de la Demandada, la mejor doctrina sostiene la buena fe y la prohibición de abuso de proceso como aplicables en el TCE¹⁷⁵. La Demandada se refiere al caso Phoenix c. República Checa donde el tribunal consideró que para determinar si la demandante había realizado una inversión de buena fe, tenía que considerar el momento de la inversión, la demanda inicial al CIADI, el momento en el que se planteó la demanda, la naturaleza de la operación y sustancia de la transacción¹⁷⁶. Al ser un caso CIADI, la Demandante considera que esta doctrina no puede aplicarse a los asuntos del TCE. Sin embargo, la Demandada considera que, si la inaplicabilidad como precedente de un laudo no es discutible, la cuestión de la valoración de las circunstancias del caso es distinta y el caso Phoenix c. República Checa es en esta perspectiva un precedente válido para los asuntos sometidos al TCE¹⁷⁷. La Demandada se refiere también a varios otros casos como ST-AD GmbH c. República de Bulgaria¹⁷⁸, Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador¹⁷⁹ y en el asunto Mobil Corporation y otros c. Venezuela¹⁸⁰. Resulta que el respeto a la buena fe y la prohibición del abuso de proceso es plenamente aplicable al TCE y se ha reconocido en el asunto Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria¹⁸¹.
219. Ahora bien, según la Demandada, para determinar si ocurre abuso de proceso se debe acudir a las circunstancias del caso concreto, tal como fue expresado en el caso Mobil Corporation y otros c. Venezuela¹⁸². Para ello hay que comprobar el contenido y el fundamento de la transacción y comprobar si existe una actividad económica que deba ser protegida conforme al TCE. En el presente caso, según la Demandada, Isolux INBV es una sociedad que se limita a recibir los activos transferidos por una entidad española en favor de una sociedad canadiense en el contexto de un proceso de desinversión de la primera. La única finalidad para que se lleve a cabo la operación en Países Bajos es el

¹⁷⁴ Memorial de Duplicata, ¶273; **Anexo R-136:** Carta del Presidente de Isolux al Presidente del Gobierno de España de 12 de julio de 2012.

¹⁷⁵ Memorial de Duplicata, p. 68-69

¹⁷⁶ Memorial de Duplicata, ¶277; **Anexo RLA-30:** Phoenix Action Ltd. c. la República Checa, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo de 15 de abril de 2009, ¶¶ 135-140.

¹⁷⁷ Memorial de Duplicata, ¶279.

¹⁷⁸ **Anexo RLA-34:** ST-AD GmbH (Germany) c. la Republica de Bulgaria, UNCITRAL, PCA Caso No. 2011-06 (ST-BG), Laudo de Jurisdicción 18 de julio de 2013, ¶ 416.

¹⁷⁹ **Anexo RLA-31:** Pac Rim Cayman LLC c. la Republica de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre objeciones jurisdiccionales del demandante de 1 de junio de 2012, ¶2.46.

¹⁸⁰ **Anexo RLA-110:** Mobil Corporation y otros c. Venezuela, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión de Jurisdicción, 10 de junio de 2010, ¶ 182.

¹⁸¹ Memorial de Duplicata, ¶282; **Anexo RLA-32:** Plama Consortium Limited c. Republica de Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo de 27 de agosto de 2008, ¶138.

¹⁸² Memorial de Duplicata, p. 69-70

acceso al mecanismo de solución de controversias del arbitraje internacional a través del Artículo 26 del TCE¹⁸³.

220. La Demandada alega que la existencia de Isolux INBV en Holanda es una existencia puramente formal y fue creada ficticiamente para poder acudir al arbitraje internacional¹⁸⁴.
221. La Demandada alega además que la recolocación de acciones en T-Solar se hizo cuando el conflicto era previsible¹⁸⁵.
222. La Demandada se refiere a argumentos desarrollados por la Demandante en el Memorial de Réplica donde afirmó que la fecha que tenía que tomarse en cuenta era no solamente la fecha en la que se realizó efectivamente la inversión (o sea el 29 de octubre de 2012), sino también en qué momento se planificó y tomó la decisión de llevar a cabo la inversión (o sea el 29 de junio de 2012 según el Acuerdo de Inversión de esa misma fecha). La Demandante añadió que aquellas fechas son anteriores a las fechas en que fueron adoptadas las medidas del Reino de España que han originado el presente arbitraje, es decir, a partir del 27 de diciembre de 2012, precisando que los elementos supuestamente anunciadores de la reforma del sector energético son generales, sacados de discursos de campañas electorales, y simplemente anuncian que se necesitarán reformas debido al déficit tarifario¹⁸⁶.
223. La Demandada no comparte esta visión de los hechos y considera que la inversión de Isolux INBV no fue anterior al 29 de octubre de 2012. Subraya que la propia Demandante mantuvo reiteradamente en su Memorial de Demanda que la fecha de su inversión fue el 29 de octubre de 2012, en el parágrafo 34 donde afirmó que “*La participación de IIN en T-Solar se materializo el 29 de octubre de 2012 cuando adquirió 65.434.220 acciones nominativas (...)*”, en el parágrafo 132 o en el parágrafo 138 del Memorial de Demanda¹⁸⁷. Además, la Demandante no aportó ninguna prueba de que la inversión se realizará el 29 de junio de 2012 y la Demandada insiste en el hecho de que la Demandante no aportó voluntariamente el Acuerdo de Inversión de 29 de junio de 2012 porque sabía que podía perjudicarle¹⁸⁸.
224. La Demandada alega que cuando se firmó el contrato del 29 de junio de 2012 no se realizó inversión alguna, puesto que la posible inversión estaba supeditada al cumplimiento de una serie de condiciones suspensivas. Por tanto, el citado acuerdo no produjo efectos hasta que tuvieron lugar todas las condiciones establecidas por las partes¹⁸⁹. El apartado H de

¹⁸³ Memorial de Dúplica, ¶285-286.

¹⁸⁴ Memorial de Dúplica, p. 71-72.

¹⁸⁵ Memorial de Dúplica, p. 77-78.

¹⁸⁶ Memorial de Dúplica, ¶¶297-299.

¹⁸⁷ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶34.

¹⁸⁸ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶36.

¹⁸⁹ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶40.

la introducción de este acuerdo supeditaba la realización de la inversión a la concurrencia de una serie de acontecimientos futuros e inciertos¹⁹⁰. Asimismo, la Cláusula 4 de este Acuerdo establecía un conjunto de condiciones suspensivas, cuyo incumplimiento suponía la terminación del contrato sin derecho a indemnización para los accionistas. Adicionalmente, la Cláusula 5.6.2 de este contrato permitía su terminación sin derecho a indemnización si entre la fecha del contrato y el cumplimiento de la última condición ocurría cualquier evento del que resultara o resultase en el futuro una pérdida material en el valor del grupo de negocio¹⁹¹. La Demandada se refiere también a la fecha de la inversión ratificada en el Acuerdo de 24 de julio de 2013, por el que se modifica el Acuerdo de Inversión de 29 de junio de 2012¹⁹². Correlativamente a la pérdida de los activos por parte de ISOLUX, las Cuentas Anuales de la Demandante no reflejan la incorporación de esos activos hasta el 29 de octubre de 2012¹⁹³. De tal forma que la pretendida inversión de la Demandante ocurrió en esta fecha.

225. La Demandada considera por otra parte que la reforma emprendida era previsible y que la Demandante niega la realidad de los hechos recordados por ella en su Memorial de Contestación y que demuestran la previsibilidad de la reforma en el momento en que se realizó de forma efectiva la inversión, 29 de octubre de 2012, como también a la fecha en que se firmó el Acuerdo de Inversión, el 29 de julio de 2012. La Demandada se refirió en su Memorial de Contestación¹⁹⁴ en particular:

- el anuncio de reformas en el sector energético en el discurso de investidura ante el Congreso de los Diputados del entonces candidato a la Presidencia del Gobierno, D. Mariano Rajoy el 19 de diciembre de 2011¹⁹⁵;
- la referencia a la necesidad de una reforma energética urgente para controlar el déficit de tarifa, en la entrevista del Presidente del Gobierno en el servicio de

¹⁹⁰ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶41; Apartado H de la introducción del Acuerdo del 29 de junio de 2012: “*The Investors Equity Contribution shall only be carried out upon the Current Shareholders having implemented a restructuring process, pursuant to which, among other steps, (i) Isolux Infrastructure shall merge into GIC Concesiones, which, as a result thereof, shall become the sole owner of the entire stake currently held by Isolux Infrastructure in the Subsidiaries and (ii) subsequently, GIC Concesiones shall transfer to Target the ownership of such stake in the Subsidiaries (the “Restructuring”). Accordingly, as a result of the Restructuring, Isolux Infrastructure will cease to be the parent holding company of the Group and the Business, being replaced by Target. Prior to the Investor making the Investor’s Equity Contribution, the Current Shareholders shall implement the Restructuring on the terms set forth in Schedule (H).*”

¹⁹¹ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶42-43.

¹⁹² Modificación del Acuerdo de Inversión de 24 de julio de 2013. Exponendo IV, página 2.

¹⁹³ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶50.

¹⁹⁴ Memorial de Contestación, ¶¶503 y s.

¹⁹⁵ **Anexo R-63:** *Discurso de Mariano Rajoy en la sesión de investidura como presidente del Gobierno*, Congreso de los Diputados, lunes, 19 de diciembre de 2011, www.lamoncloa.gob.es.

- televisión de la Agencia EFE, el 10 de enero de 2012¹⁹⁶, y anteriormente en su discurso en el momento de la toma de sus cargos del Ministerio¹⁹⁷;
- aquellas reformas fueron también anunciadas en el Discurso en la inauguración del VI Foro de Liderazgo Turístico de EXCELTUR¹⁹⁸, en conferencias de prensa con autoridades extranjeras como el Presidente del Consejo Europeo¹⁹⁹, el Primer Ministro de Portugal²⁰⁰ o la Canciller de la República Federal de Alemania²⁰¹, o en comparecencias ante el Congreso de los Diputados²⁰²;
 - el publicado del 15 de febrero de 2012 de la agencia de noticias Europa Press bajo el titular “*El déficit de tarifa de 2011 supera los 3.700 millones y se sitúa un 23 % por encima del tope legal*” donde precisa que “*Soria ha aludido a cambios regulatorios en el “pool” y a una reforma energética.*”²⁰³;
 - el 27 de enero de 2012 la agencia Bloomberg señalaba en su página que España iba a reducir su déficit en varias etapas²⁰⁴.
 - la nota de prensa del Ministerio de Industria, Energía y Turismo del 27 de enero de 2012 tras la aprobación del Decreto-Ley 1/2012²⁰⁵ donde reconoce que “*mantener el actual sistema de retribución no es compatible con la situación actual de crisis económica y de descenso de la demanda por lo que, mientras se reforma el sistema y se avanza hacia un marco retributivo renovable que promueva una asignación eficiente de recursos, se procede a paralizar temporalmente el sistema retributivo.*”;
 - El diario El Mundo del 27 de enero de 2012, con ocasión de la aprobación del Real Decreto-Ley 1/2012, que publica: “*El Gobierno suspende las primas a nuevas instalaciones de energías renovables*” y señala que es “*Un primer paso*” mientras “*se pone marcha la reforma del sistema eléctrico.*”²⁰⁶;

¹⁹⁶ **Anexo R-110:** *Entrevista al presidente del Gobierno en el servicio de televisión de la Agencia EFE*, Madrid, martes, 10 de enero de 2012, www.lamoncloa.gob.es.

¹⁹⁷ **Anexo R-109:** José Manuel Soria preside la toma de posesión de los nuevos Altos Cargos del departamento, nota de prensa del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, 3 de enero de 2012.

¹⁹⁸ **Anexo R-11:** Discurso del presidente del Gobierno en la inauguración del VI Foro de Liderazgo Turístico de EXCELTUR, Madrid, martes 17 de enero de 2012, www.lamoncloa.gob.es.

¹⁹⁹ **Anexo R-112:** *Conferencia de prensa del presidente del Gobierno y del presidente del Consejo Europeo*, Madrid, martes, 17 de enero de 2012, www.lamoncloa.gob.es.

²⁰⁰ **Anexo R- 113:** *Conferencia de prensa del primer ministro de Portugal y del presidente del Gobierno*, Lisboa, martes, 24 de enero de 2012, www.lamoncloa.gob.es.

²⁰¹ **Anexo R-114:** *Conferencia de prensa de la canciller de la República Federal de Alemania y del presidente del Gobierno*, Berlín, jueves, 26 de enero de 2012, www.lamoncloa.gob.es.

²⁰² **Anexo R-115:** *Discurso del presidente del Gobierno en el Pleno del Congreso de los Diputados para informar sobre las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas*, Congreso de los Diputados, miércoles, 8 de febrero de 2012, www.lamoncloa.gob.es.

²⁰³ **Anexo R- 116:** *El déficit de tarifa de 2011 supera los 3.700 millones y se sitúa un 23 % por encima del tope legal*, Europa Press, www.europapress.es, 15 de febrero de 2012.

²⁰⁴ **Anexo R-117:** Spain halts renewable subsidies to curb \$31 billion of debts, Bloomberg, www.bloomberg.com, 27 de enero de 2012.

²⁰⁵ **Anexo R-66:** El Gobierno suspenderá de forma temporal las primas de nuevas instalaciones de régimen especial, nota de prensa del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, 27 de enero de 2012.

²⁰⁶ **Anexo R-118:** *El Gobierno suspende las primas a nuevas instalaciones de energías renovables*, El Mundo, www.elmundo.es, 27 de enero de 2012.

- el Informe 2/2012 de la CNE, tras un proceso de consultas públicas, “*Sobre el Sector Energético Español*”²⁰⁷ que se publicó el día 7 de marzo de 2012, y cuya parte primera se dedica a las “*Medidas para Garantizar la Sostenibilidad Económico-Financiera del Sistema Eléctrico*”²⁰⁸;
- la adopción en los primeros meses del año 2012 de varias medidas como el Real Decreto-Ley 1/2012²⁰⁹; el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo²¹⁰, y el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio²¹¹;
- el Programa Nacional de Reformas 2012 del 27 de abril de 2012, del Gobierno de España que incluye los compromisos del Reino de España ante la UE²¹²;
- el documento “*Seis meses de Gobierno: reformas para crecer*” publicado por el Gobierno de España el 9 de julio de 2012, en el que, entre las reformas estructurales previstas, se incluye la “*Reforma del sistema energético*”²¹³.
- el informe sobre el calendario del Programa Nacional de Reformas para el segundo semestre de 2012 aprobado por el Consejo de Ministros del 13 de julio de 2012 que contemplaba la aprobación de la Ley de Reforma Energética²¹⁴.
- en septiembre de 2012 se publica el documento “*Las reformas del Gobierno de España: La determinación frente a la crisis*” que prevé la aprobación de un proyecto de Ley de Reforma Energética²¹⁵; y el 27 de septiembre de 2012 se anuncia, junto a la aprobación del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013”²¹⁶, la “*Estrategia Española de la Política Económica: Balance y reformas estructurales para el próximo semestre*”;
- el 11 de julio de 2012, la agencia Reuters publica en su web la siguiente información sobre las citadas declaraciones del Ministro, en las que se refiere a las próximas medidas a adoptar anunciando la aprobación de un impuesto sobre la generación de energía eléctrica²¹⁷;

²⁰⁷ **Anexo R-69:** *Informe CNE sobre el sector energético español Parte I. Medidas para garantizar la sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico*, Comisión Nacional de Energía, 7 de marzo de 2012.

²⁰⁸ Memorial de Contestación, ¶¶522-524

²⁰⁹ **Anexo R-65:** Real Decreto-Ley 1/2012.

²¹⁰ **Anexo R-76:** Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

²¹¹ **Anexo R-81:** Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, con medidas sobre la retribución de las plantas de generación en régimen ordinario y sobre la retribución de la actividad de transporte de energía.

²¹² **Anexo R-72:** Programa Nacional de Reformas 2012, 27 de abril de 2012, Gobierno de España, páginas 16-17.

²¹³ **Anexo R-75:** *Seis meses de Gobierno: reformas para crecer*, Secretaría de Estado de Comunicación, Ministerio de la Presidencia, 9 de julio de 2012, página 30.

²¹⁴ **Anexo R-122:** Referencia del Consejo de Ministros de 13 de julio de 2012, www.lamoncloa.gob.es .

²¹⁵ **Anexo R-77:** *Las reformas del Gobierno de España: La determinación frente a la crisis*, Secretaría de Estado de Comunicación, Ministerio de la Presidencia, Septiembre 2012, página 18.

²¹⁶ **Anexo R-78:** Referencia del Consejo de Ministros de 27 de septiembre de 2012, www.lamoncloa.gob.es

²¹⁷ **Anexo R-124:** *Ministro Industria anuncia nuevo impuesto a generación eléctrica*, Reuters España. www.es.reuters.com., 11 de julio de 2012.

- El 12 de julio de 2012, en el diario El País, bajo el titular “*El Gobierno aplicará impuestos a la energía para obtener 6.800 millones*”²¹⁸;
- el 14 de septiembre de 2012 tuvo lugar la remisión a las Cortes Generales del proyecto de Ley de Medidas Fiscales para la Sostenibilidad Energética, objeto del presente arbitraje. Los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2012, se publicaron en la web institucional del Gobierno de España (www.lamoncloa.gob.es)²²⁰.

226. Además, la Demandada nota que el Presidente de ISOLUX, el 12 de julio de 2012²²¹, en una carta dirigida al Presidente del Gobierno manifestó su preocupación en relación con las propuestas del Gobierno y entre ellas la intención del Gobierno de crear un nuevo impuesto. Aquella carta demuestra que ISOLUX era perfectamente consciente de la adopción de una serie de medidas que iban a afectar a las plantas fotovoltaicas, entre ellas la creación del impuesto objeto del presente arbitraje.
227. En relación con el informe de la CNE, la Demandada precisa en su Memorial posterior a la Audiencia, en contestación a la pregunta del Tribunal Arbitral nº5, que este organismo público es un organismo regulador del funcionamiento del Sector de la Energía en España. La CNE interviene en particular como órgano consultivo de la administración en materia energética y participa, mediante propuesta o informe, en el proceso de elaboración de disposiciones generales en materia energética²²². La Demandada precisa que las propuestas de la CNE no incluyen un examen sobre la viabilidad macroeconómica o presupuestaria ni sobre su compatibilidad con los compromisos internacionales de España²²³.
228. En el informe del 7 de marzo de 2012 denominado “Medidas para garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema eléctrico”, la CNE describió con precisión la situación económica financiera del ámbito económico donde la Demandante realizó su inversión meses después y calificado por la CNE de “insostenible”²²⁴. La CNE pone de manifiesto la imposibilidad de superar la situación económico-financiera del SEE acudiendo exclusivamente a los consumidores domésticos e industriales. En principio pone de manifiesto el enorme esfuerzo realizado por los consumidores españoles en los últimos años para afrontar los desequilibrios del sistema energético español²²⁵. Añade que cualquier inversor que pretendiese invertir en el sistema eléctrico español durante el año

²¹⁸ **Anexo R-125:** *El Gobierno aplicará impuestos a la energía para obtener 6.800 millones*, El País, www.elpais.es, 12 de julio de 2012.

²¹⁹ **Anexo R-126:** Referencia del Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2012, www.lamoncloa.gob.es.

²²⁰ **Anexo R-126:** Referencia del Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2012, www.lamoncloa.gob.es.

²²¹ **Anexo R-136:** Carta del Presidente de Fotowatio, del Consejero Delegado de Renovables SAMCA, SA., del Presidente de Gestamp Renewable, del Presidente de Sener, del Presidente de Isolux, del Presidente de Torresol Energy y del Presidente de OHL Industrial al Presidente del Gobierno de 12 de julio de 2012.

²²² Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶144.

²²³ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶149-157.

²²⁴ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶159.

²²⁵ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶160.

2012 debía saber que el recurso a los consumidores era limitado y que serían implementadas medidas regulatorias que repercutiesen en una mejor eficiencia en los costes del sistema eléctrico español²²⁶.

229. La CNE propuso varias medidas que se integraron en leyes y reglamentos. En relación con la retribución al Régimen Especial, la CNE propuso una serie de medidas a corto y mediano plazo²²⁷, siempre que se respetara el principio de rentabilidad razonable garantizado por la Ley²²⁸. Entre estas medidas, la Demandada menciona el incremento de la x en el índice de actualización de las tarifas y primas (IPC-X)²²⁹; la armonización de la prima de la tecnología solar termoeléctrica con respecto a su tarifa regulada, medida introducida en el RDL 2/2013; el establecimiento de “mecanismos competitivos de subastas” para la determinación de los subsidios a percibir por los productores a los que se les asigne la nueva capacidad, medida introducida en la Ley 24/2013 y el RD 413/2014. Finalmente, la Demandada precisó que la CNE apuntó al posible establecimiento de un mecanismo de remuneración basado en un sistema de costes regulados que ligaría la actualización de las tarifas y primas a la obtención, mantenimiento y revisión de un sistema de información regulatoria de costes de carácter auditabile que permitiera realizar un seguimiento sistemático y regular aquellos costes afrontados por las empresas del sector²³⁰. El sistema de costes regulados es la base del actual sistema de remuneración introducido por el Real Decreto Ley 6/2013²³¹ y que es objeto del presente arbitraje²³².
230. La Demandada precisa también que la Demandante conocía la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las modificaciones del régimen de las energías renovables en España, puesto que dictó sentencias en dos asuntos que afectan a las 34 plantas objeto del presente arbitraje y que fueron interpuestos contra medidas adoptadas por España en su Real Decreto 1565/2010. En la primera sentencia del 24 de septiembre de 2012, es decir, un mes antes de la recolocación de activos por parte de ISOLUX en Isolux INBV, el Tribunal desestimó el recurso confirmando que los titulares de instalaciones fotovoltaicas carecen de un derecho adquirido a la inmodificabilidad de la tarifa²³³. En la sentencia del 15 de octubre de 2012, días antes de la alegada inversión de la Demandante, el Tribunal Supremo desestimó la demanda interpuesta por T-Solar y las 117 SPVs concluyendo también que no existía un derecho inmodificable a la percepción de una tarifa, ni existía

²²⁶ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶161.

²²⁷ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶170.

²²⁸ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶171.

²²⁹ **Anexo R-68:** Información sobre la consulta pública medidas de ajuste regulatorio en el sector energético de 2 de febrero de 2012, páginas 22 y 23.

²³⁰ **Anexo R-69:** Informe CNE sobre el sector energético español Parte I. Medidas para garantizar la sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico, CNE, 7 de marzo de 2012, páginas 79 y 80.

²³¹ **Anexo R-86:** Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, publicado en el Boletín oficial del Estado de 13 de julio de 2013. Artículo 1 (2).

²³² Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶176.

²³³ Memorial de Duplicata, ¶325; **Anexo R-139:** Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012 dictada en el Litigio Isolux Corsán, S.A. contra el RD 1565/2010.

un derecho a la congelación del régimen económico de los productores de energía renovable de fuente solar fotovoltaica²³⁴.

231. En relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Demandada contestó a la pregunta n°4 del Tribunal Arbitral precisando que las sentencias del Tribunal Supremo no son “precedentes” sino que tienen que considerarse como “hecho acreditado y relevante” junto con los demás hechos²³⁵. El Tribunal Arbitral no puede desconocer esta jurisprudencia que interpreta y complementa la normativa existente²³⁶. La importancia de esta jurisprudencia ha sido reconocida por tribunales arbitrales como en el caso Nuaman Soufraki c. United Arab Emirates²³⁷, o en el Caso Victor Pey Casado c. República de Chile²³⁸.
232. La Demandada luego insistió sobre el conocimiento por la Demandante de las decisiones relevantes del Tribunal Supremo, o que tenía que conocer si hubiera realizado una *Due Diligence* legal. Al interponer ISOLUX la demanda ante el Tribunal Supremo, en mayo de 2011, sostuvo su criterio sobre el marco regulatorio aplicable a la hoy Demandante²³⁹. En este momento, ISOLUX hizo referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de diciembre de 2005 en la cual el Tribunal Supremo trató de los parámetros normativos de la retribución y donde afirmó que no existía ningún obstáculo legal para que el Gobierno modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE²⁴⁰. Igualmente, en cuanto al modelo retributivo no vinculado a un FIT, ISOLUX invocó lo establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006²⁴¹. La Demandada notó que, sin embargo y de manera contradictoria, en el presente caso, Isolux INBV explicó que estas sentencias, eran irrelevantes en el momento de apreciar sus expectativas y el trato dado por el Reino de España a su supuesta inversión²⁴². La Demandada también subrayó que el accionista minoritario de la Demandante, PSP también tuvo en cuenta la jurisprudencia del TS. Este exigió antes de realizar su inversión, conocer la evolución de los pleitos promovidos ante el Tribunal Supremo por ISOLUX en relación con los activos relacionados con este Arbitraje contra el RD 1565/2010, como lo demuestra la *Disclosure Letter* de 29 de junio

²³⁴ Memorial de Dúplica, ¶329; **Anexo R-141**: Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2012 dictada en el Litigio T-Solar y 117 SPVs contra el RD 1565/2010. Esta sentencia fue notificada el 23 de octubre de 2012 a Grupo T-Solar.

²³⁵ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶109-108.

²³⁶ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶135.

²³⁷ Caso CIADI *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*, ARB/02/7, Decisión del comité ad-hoc sobre la solicitud de anulación promovida por el Sr. Soufraki, 5 June 2007, ¶97. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0800.pdf>

²³⁸ Caso *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile, 18 de diciembre de 2012, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf>

²³⁹ Demanda de Isolux Corsán de 27 de mayo de 2011. R-214

²⁴⁰ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶113.

²⁴¹ **Anexo R-214**: Demanda de Isolux Corsán de 27 mayo de 2011, página 49.

²⁴² Memorial de Réplica, ¶ 471.

de 2012²⁴³. También en el acuerdo de Accionistas de Isolux INBV de 29 de junio 2012, los accionistas tomaron en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino de España²⁴⁴. Finalmente, la sociedad T-Solar, junto con las sociedades tenedoras de las Plantas fotovoltaicas, invocaron la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las Sociedades tenedoras, de forma plenamente coincidente con ISOLUX, configuraron sus expectativas conforme a la interpretación que hace el Tribunal Supremo de la LSE del 1997, en su Sentencia de 9 de diciembre de 2009²⁴⁵, y que Isolux INBV consideró nuevamente “irrelevante” en su Memorial de Réplica²⁴⁶.

233. Desde el año 2005, el Tribunal Supremo estuvo aclarando los caracteres esenciales del Régimen Especial. La Demandada recordó los términos de las sentencias del 15 de diciembre de 2005²⁴⁷, y la del 3 de diciembre de 2009, donde el Tribunal Supremo en relación con el principio de rentabilidad razonable establecido en el Artículo 30.4 de la LSE de 1997, afirmó que “*el régimen retributivo que analizamos no garantiza [...] a los titulares de instalaciones en régimen especial la intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizadas para fijar las primas.*”²⁴⁸.
234. La Demandada subrayó nuevamente que todas estas características las conocía la Demandante porque esa doctrina se estableció, como cosa juzgada, para GIC mediante la STS de 24 septiembre de 2012 (notificada el 27 de septiembre de 2012); y para el Grupo T-Solar y las sociedades tenedoras de las Plantas mediante la STS de 15 de octubre de 2012 (notificada el 23 de octubre de 2012)²⁴⁹.

²⁴³ **Anexo R- 215:** Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶116; *Disclosure Letter* de 29 de junio de 2012, Apartado 11.1.4.a).

²⁴⁴ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶118; **Anexo R-180:** Cláusula 9.8 del Acuerdo de accionistas de 29 de junio de 2012: Responsabilidad frente al otro accionista.

²⁴⁵ **Anexo R- 222:** Demanda de T-Solar y las sociedades tenedoras de las 34 Plantas FV, página 124: “*Dicho más claramente, resulta palpable que la LSE exige a la Administración pública que determine las primas que tienen derecho a percibir los titulares de las instalaciones solares fotovoltaicas teniendo en cuenta los criterios establecidos en su Artículo 30.4, y no otros, de forma que la determinación de las primas (y, sin duda, sus modificaciones posteriores) se lleve a cabo considerando, exclusivamente, [entre otros] los costes de inversión en que se haya incurrido.*”

²⁴⁶ Memorial de réplica, ¶ 471.

²⁴⁷ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶126; **Anexo R-30:** Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005. Fundamento de Derecho 8. En el mismo sentido, **Anexo R- 31:** Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006. Fundamento de Derecho 3.

²⁴⁸ Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006, RCA 12/2005. R-31; posteriormente reiterada en una Sentencia de 3 de diciembre de 2009 (R-38), dos Sentencias de 9 de diciembre de 2009. (R-39 y R-40)

²⁴⁹ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶129-130.

- e. Objeción jurisdiccional E: la falta de jurisdicción “ratione voluntatis” del Tribunal por haberse denegado a IIN la aplicación de la Parte III del TCE por concurrir las circunstancias del Artículo 17 TCE.
235. El Artículo 17 TCE sobre la “No aplicación de la Parte III en determinadas circunstancias” dispone que:
- “Cada Parte Contratante se reserva el derecho de denegar los beneficios de la presente Parte a:*
- 1) cualquier entidad jurídica cuando ciudadanos o nacionales de un tercer país posean o controlen dicha entidad y cuando ésta no lleve a cabo actividades empresariales importantes en el territorio de la Parte Contratante en la que esté establecida, o*
- 2) a una inversión, cuando la Parte Contratante que decida dicha denegación establezca que se trata de la inversión de un inversor de un tercer Estado con el cual, la Parte Contratante que decide la denegación:*
- a) no mantenga relaciones diplomáticas, o*
- b) adopte o mantenga disposiciones que:*
- i) prohíban las transacciones con los inversores de dicho Estado, o*
- ii) puedan resultar infringidas o soslayadas de concederse las ventajas de la presente Parte a los inversores de dicho Estado o a sus inversiones.”*
236. La Demandada considera que la Cláusula de Denegación de Beneficios prevista en el Artículo 17 TCE antes citado no tiene un simple efecto prospectivo como lo alega la Demandante, sino que determina la falta de jurisdicción *ratione voluntatis* del Tribunal Arbitral para conocer de la presente disputa.
237. Efectivamente, el Artículo 17 TCE tiene su fundamento en la propia dicción literal del Artículo 26 TCE. De acuerdo con el Artículo 26(1) las Partes al TCE acordaron solucionar mediante arbitraje las controversias relacionadas “al supuesto incumplimiento por parte de aquella de una obligación derivada de la Parte III”. La Demandada considera que de acuerdo con la letra del Artículo 26(1), está exigiendo que la Parte III se aplique en su integridad. No basta que la obligación tenga su origen en lo señalado en los Artículos 10 a 15 TCE. Es necesario que dicha obligación siga existiendo tras la aplicación de la Parte III en su integridad, y en concreto, tras la aplicación del Artículo 17 TCE. La redacción del Artículo 17 TCE es plenamente coherente con las limitaciones al consentimiento establecidas en el Artículo 26 TCE, como lo señala su encabezado. Sí la Parte III del TCE

no se aplica como consecuencia de la concurrencia de las circunstancias previstas en el Artículo 17 TCE, resulta evidente que no podrá existir una “obligación derivada de la Parte III”. En consecuencia, si no existe una “obligación derivada de la Parte III”, las Partes Contratantes no han dado su consentimiento al arbitraje al amparo del Artículo 26(1) TCE y el Tribunal Arbitral carecerá de jurisdicción “ratione voluntatis”.²⁵⁰

238. De acuerdo con la posición desarrollada por la Demandada, la Demandante reconoció la existencia de las circunstancias objetivas que establece el Artículo 17 TCE para la aplicación de la cláusula de Denegación de Beneficios: Isolux INBV está controlada por una empresa canadiense, es una sociedad holding sin actividad en los Países Bajos²⁵¹. Además, en el Informe de Gestión Consolidado que se adjunta con las Cuentas Anuales Consolidadas de Isolux INBV de 2014, se señala que las cantidades pagadas por Isolux INBV en los Países-Bajos en concepto de impuesto sobre las ganancias en el ejercicio 2012 fue de cero dólares y que no se pagaron impuestos²⁵².
239. De tal forma que la Demandada decidió activar esta Cláusula y lo hizo a tiempo, en su Memorial de Contestación. Efectivamente, según la Demandada las circunstancias objetivas previstas en el Artículo 17(1) TCE tienen que concurrir a efectos de poder aplicar la Cláusula de Denegación de Beneficios en el momento en que se presenta la noticia de arbitraje, es decir cuando el inversor pretende hacer uso de sus derechos, y por lo tanto es que se le podrán denegar los mismos²⁵³. En el presente caso, la primera Noticia de arbitraje o “*Trigger Letter*” se recibió por el Reino de España el 13 de marzo de 2013 y la Demanda de arbitraje se sometió el 3 de octubre de 2013. La segunda Noticia de arbitraje fue enviada a la Demandada el 3 de octubre de 2013 y la Demanda de arbitraje correspondiente se presentó el 4 de junio de 2014²⁵⁴. Los eventos constitutivos de la disputa surgieron en el 2013. Sin embargo, a efectos de poder activar la Cláusula 17(1) TCE, el Reino de España tuvo que esperar hasta el 6 de junio de 2014, i.e. fecha en la que las cuentas anuales del primer ejercicio completo de Isolux INBV fueron depositadas en los Países Bajos, para conseguir información contable relevante sobre esta empresa²⁵⁵. En consecuencia, la Demandada hizo uso de la facultad que le confiere el Artículo 17 TCE en su Memorial de Contestación, de conformidad con los Artículos 5 y 24 del Reglamento SCC, que exigen que cualquier objeción a la jurisdicción del Tribunal Arbitral fuera presentada con el memorial de defensa o contestación²⁵⁶. La Demandada se refiere a casos arbitrales donde los tribunales reconocieron que la Cláusula de Denegación de Beneficios

²⁵⁰ Memorial de Dúplica, ¶¶354.

²⁵¹ Memorial de Dúplica, ¶¶341-342.

²⁵² Memorial de Dúplica, ¶362; **Anexo R-187**: Isolux Infrastructure Netherlands, B.V Financial Report 2014. Página 144.

²⁵³ Memorial de Dúplica, p. 370-372; **Anexo RL-82**: Ulysseas, Inc. v. Ecuador, Interim Award, UNCITRAL Case, Interin Award de 28 September 2010. Párrafo 174; **Anexo RL-88**: Guaracachi America Inc. & Rurelec, Plc. c. Bolivia, PCA Caso N°. 2011-17. Laudo de 31 de enero de 2014. ¶379.

²⁵⁴ Memorial de Dúplica, ¶¶373-374.

²⁵⁵ Memorial de Dúplica, ¶¶375-381.

²⁵⁶ Memorial de Dúplica, ¶¶

podía ser articulada con la contestación a la demanda, como el caso Ulysseas, Inc²⁵⁷, Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc²⁵⁸, Guaracachi & Rurelec c. Bolivia²⁵⁹.

240. En consecuencia, la Demandada considera que los términos en que están redactados los Artículos 17 y 26 TCE atribuyen jurisdicción a un Tribunal Arbitral para revisar si concurren en un concreto caso las circunstancias que posibilitan la aplicación del Artículo 17. Sin embargo, si el Tribunal Arbitral llegase a la conclusión que concurren las circunstancias del Artículo 17 TCE deberá determinar su falta de jurisdicción para conocer del asunto “ratione voluntatis”²⁶⁰. Aquella cláusula no puede tener un simple efecto prospectivo como lo señala la Demandante²⁶¹.

f. Objeción jurisdiccional F: la falta de jurisdicción del Tribunal para conocer de una supuesta vulneración por el Reino de España de obligaciones derivadas del Artículo 10(1) TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012

241. El Artículo 21 TCE excluye las medidas impositivas del ámbito del TCE, es decir “*i) Las disposiciones sobre impuestos de la legislación nacional de la Parte Contratante (...)*”, de tal forma que el apartado (1) del Artículo 10 TCE invocado por la Demandante no es aplicable a medidas impositivas adoptadas por las partes contratantes²⁶². La Demandada considera que, en consecuencia, no ha prestado consentimiento para someter a arbitraje una controversia derivada de una medida impositiva como el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica de la Ley 15/2012 (“IVPEE”)²⁶³.

242. La Demandada considera que el IVPEE de la Ley 15/2012 es una “medida impositiva” en el sentido del Artículo 21(7) TCE, puesto que la Ley 15/2012 es parte de la legislación nacional del Reino de España y no cabe duda de que las disposiciones sobre el IVPEE contenidas en la Ley 15/2012 son disposiciones sobre impuestos, tanto desde el punto de vista del Derecho interno del Reino de España como del Derecho internacional²⁶⁴.

243. De acuerdo con el Derecho interno del Reino de España, la Ley 15/2012 deja clara la naturaleza impositiva del IVPEE, ya que, éste tributo que grava la renta obtenida por los productores de energía eléctrica por la producción e incorporación al sistema eléctrico español de energía eléctrica proveniente de instalaciones de generación tanto renovables

²⁵⁷ **Anexo RLA-82:** Ulysseas, Inc. v. Ecuador, Interim Award, UNCITRAL Case Interim Award de 28 September 2010, ¶ 172.

²⁵⁸ **Anexo RLA-89:** Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/05/9, Award, 2 June 2009, ¶ 71.

²⁵⁹ **Anexo RLA-88:** Guaracachi America Inc. & Rurelec, Plc. c. Bolivia, PCA Caso N°. 2011-17. Laudo de 31 de enero de 2014, ¶ 378.

²⁶⁰ Memorial de Duplicata, ¶393.

²⁶¹ Memorial de Duplicata, ¶398.

²⁶² Memorial de Duplicata, ¶401.

²⁶³ Memorial de Duplicata, ¶404.

²⁶⁴ Memorial de Duplicata, ¶417.

como convencionales²⁶⁵. El IVPEE tiene la naturaleza de impuesto directo sobre la renta, porque grava una renta que es una manifestación inmediata y directa de la capacidad económica de los productores²⁶⁶. Grava la renta bruta, lo que no es un obstáculo para la aplicación del TCE puesto que en su apartado (7)(b) del Artículo 21 TCE, no limita el concepto de impuesto sobre la renta a los impuestos sobre la renta neta²⁶⁷.

244. Además, como prueba de su carácter impositivo, el IVPEE se registra contablemente como un gasto contable²⁶⁸. Lo confirmó también el Tribunal Constitucional español en su sentencia del 6 de noviembre de 2014, declarándolo además conforme a la Constitución española²⁶⁹.
245. Si la Demandada considera que la naturaleza del IVPEE debería determinarse en función del derecho nacional²⁷⁰, subraya que en caso de que fuera el derecho internacional aplicable, éste también confirmaría el carácter impositivo de esta medida. En particular los tribunales arbitrales internacionales suelen acudir a distintos criterios para determinar si una medida es impositiva: (1) el impuesto se establece mediante ley, (2) esta ley impone una obligación sobre una clase de personas y (3) esta obligación supone el pago de dinero al Estado para fines públicos²⁷¹. La Ley 15/2012 cumple con cada uno de estos requisitos. En relación con el tercer requisito, la Demandada precisa que el IVPEE es un ingreso que se incluye en los Presupuestos Generales del Estado español²⁷².
246. La Demandada también explica que el IVPEE es un impuesto de aplicación general, es decir, aplicable a todas las instalaciones de producción de energía eléctrica, tanto renovables como convencionales. La aplicación general del IVPEE es una opción legítima del Estado legislador, como ha reconocido el Tribunal Constitucional español, y guarda conexión con el carácter medioambiental del IVPEE²⁷³.
247. La Demandada añade que la UE ha ratificado la naturaleza impositiva del IVPEE y su conformidad con el derecho de la UE, en el año 2013 cuando la Comisión Europea inició un procedimiento de solicitud de información al Reino de España a fin de verificar la adecuación del IVPEE al Derecho de la UE (procedimiento EU Pilot 5526/13/TAXU).

²⁶⁵ Memorial de Duplicata, ¶424, Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶6.

²⁶⁶ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶4.

²⁶⁷ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶9-10.

²⁶⁸ Memorial de Duplicata, ¶428-428.

²⁶⁹ Memorial de Duplicata, ¶430-433.

²⁷⁰ Memorial de Duplicata, ¶408.

²⁷¹ Memorial de Duplicata, ¶440-443; en particular: **Anexo RL-68**: EnCana Corporation c. Republica de Ecuador, LCIA Caso No. UN 3481, Laudo de 3 febrero 2006, ¶ 142; **Anexo RLA-93**: Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo de 18 de agosto de 2008, ¶ 174.; Anexo RLA-94: *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión de Jurisdicción de 2 junio 2010, ¶¶ 164 y 165.

²⁷² Memorial de Duplicata, ¶449.

²⁷³ Memorial de Duplicata, páginas 107-109

La Comisión Europea ha cerrado dicho procedimiento al considerar que el IVPEE es conforme con el Derecho de la UE²⁷⁴.

248. La Demandada concluye precisando que, en consecuencia, de acuerdo con el citado Artículo 21(7)(a)(i) TCE, el IVPEE es una medida impositiva a los efectos del Artículo 21 TCE y queda excluido del ámbito de aplicación del TCE (*taxation carve-out*). La Demandada precisa que los motivos de la exclusión del impuesto del ámbito del TCE, tiene que buscarse en consideraciones básicamente de índole económica²⁷⁵. La potestad para establecer impuestos es una de las principales prerrogativas de los Estados soberanos, lo que implica la voluntad de los Estados de no renunciar a su soberanía en materia impositiva salvo en instrumentos particulares. Además, de que esta materia ya está regulada por tratados bilaterales elaborados con el fin de evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el capital. Este tratado bilateral existe entre España y los Países-Bajos²⁷⁶.
249. La Demandada responde directamente a los argumentos de la Demandante: quien considera que para determinar si una medida es impositiva hay que examinar su carácter *bona fide* y que en el presente caso el IVPEE no lo es puesto que i) el IVPEE se aplica a todos los productores de energía eléctrica, sin distinción entre tecnologías, ii) el IVPEE es supuestamente discriminatorio para los productores fotovoltaicos, los cuales no pueden repercutir el IVPEE a los consumidores y iii) el IVPEE supuestamente no se establece con la finalidad de recaudar ingresos para el Estado español sino con la finalidad de privar a los inversores en el sector fotovoltaico de parte de sus ingresos²⁷⁷.
250. La Demandada primero destaca que el IVPEE es un impuesto de aplicación general que se aplica a todos los productores de energía eléctrica sin distinción de tecnología, lo cual resulta de una potestad legislativa y de la facultad que tiene el Estado, de conformidad con la Constitución española, de establecer tributos aplicando el principio de generalidad²⁷⁸. La Demandada recuerda que, en su sentencia del 6 de noviembre de 2014, el Tribunal Constitucional declaró constitucional el IVPEE²⁷⁹. Además, el hecho de que el IVPEE se aplique a todas las instalaciones de producción de energía eléctrica, cualquiera que sea la tecnología empleada, guarda conexión con el carácter medioambiental del impuesto²⁸⁰.
251. Además, la Demandada precisa que el IVPEE no discrimina a los productores fotovoltaicos en materia de repercusión jurídica. No establece un tratamiento diferenciado

²⁷⁴ Memorial de Dúplica, ¶460.

²⁷⁵ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶16.

²⁷⁶ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶18-19.

²⁷⁷ Memorial de Dúplica, ¶477.

²⁷⁸ Memorial de Dúplica, ¶480-485.

²⁷⁹ Memorial de Dúplica, ¶487-488.

²⁸⁰ Memorial de Dúplica, ¶489-491.

según los productores y la Ley 15/2012 no permite la repercusión sobre los consumidores del IVPEE a ninguno de ellos. Desde el punto de vista económico tampoco es discriminatorio, ya que, el IVPEE es un coste que se retribuye a los productores renovables a través del régimen retributivo específico regulado aplicable a éstos, por lo que se neutraliza el efecto del IVPEE sobre tales productores renovables²⁸¹.

252. Finalmente, la Demandada demuestra que no tiene ningún fundamento considerar que dicho impuesto persigue una finalidad ajena a la finalidad de obtener ingresos para el Estado²⁸². Esta finalidad se sugiere en el preámbulo de la Ley 15/2012, y este tributo tiene como cualquier tributo “*el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos*”²⁸³.

g. Objeción jurisdiccional G: la inadmisibilidad de la reclamación sobre una supuesta vulneración por la Demandada de sus obligaciones derivadas del Artículo 13 TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012, debido a la falta de sometimiento de la cuestión a las autoridades fiscales nacionales competentes como exige el Artículo 21(5)(b) TCE

253. La Demandada considera que, si el Artículo 13 TCE es aplicable a los impuestos, contrariamente al Artículo 10(1) TCE, la reclamación relativa al supuesto carácter expropiatorio del IVPEE según el Artículo 13 TCE es inadmisible debido a que el sometimiento a las autoridades fiscales nacionales competentes de la cuestión relativa a si el IVPEE es expropiatorio por la Demandante, es obligatorio de acuerdo con el Artículo 21(5)(b) TCE²⁸⁴, contrariamente a lo que pretende la Demandante. La Demandada explica que el Derecho español prevé el procedimiento de sometimiento de la cuestión relativa a si el IVPEE es expropiatorio a las autoridades fiscales competentes, de acuerdo con el Artículo 96 de la Constitución española. El TCE es parte del ordenamiento jurídico español y puede ser invocado como tal ante las autoridades fiscales competentes²⁸⁵. Durante la Audiencia del mes de octubre de 2015, la Demandada señaló que la autoridad competente para conocer de éste recurso era la Dirección General de Tributos (“DGT”)²⁸⁶.

254. Sin embargo, en respuesta a dicha objeción jurisdiccional, la Demandante informó el Tribunal Arbitral, mediante carta del 16 de marzo de 2016, que había efectivamente presentado un escrito ante la DGT el 3 febrero de 2016 solicitando que se pronunciara sobre el carácter expropiatorio y discriminatorio del IVPEE. Lo anterior, de conformidad con el procedimiento al que alude el Artículo 21(5)(b) TCE y en los términos formulados

²⁸¹ Memorial de Dúplica, ¶500-501.

²⁸² Memorial de Dúplica, ¶510.

²⁸³ Memorial de Dúplica, ¶514; **Anexo R-150**: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, Artículo 2.

²⁸⁴ Memorial de Dúplica, páginas 118-119, 528.

²⁸⁵ Memorial de Dúplica, ¶536.

²⁸⁶ Transcripción de la Audiencia, día 1, pág. 101, líneas 4-19.

en el mismo (6 meses), a la luz de las invocaciones e indicaciones presentadas por el Reino de España durante la Audiencia del mes de octubre 2016. La DGT emitió su informe el 29 de marzo de 2016.

2. La posición de la Demandante: el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción

255. La Demandante desarrolló su argumentación demostrando primero que el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción de conformidad con el Artículo 26(1) TCE (a), y luego que no existe ningún obstáculo a la admisibilidad de la demanda de Isolux INBV (b).
 - a. El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción de conformidad con el Artículo 26(1) TCE
256. La Demandante considera que el Artículo 26(1) establece tres requisitos para que un Tribunal Arbitral sea competente: (i) la diversidad de territorio, (ii) la diversidad de nacionalidad y (iii) la existencia de una inversión.
 - i. La diversidad de territorio entre el inversor y el territorio en el que se hizo la inversión
257. La Demandante explica que el Artículo 26(1) exige una diversidad entre el territorio en el que se encuentra la inversión y aquel del que es nacional el inversor. En el presente caso aquellos dos territorios son España y los Países Bajos, que son ambos contratantes del TCE²⁸⁷.
258. La Unión Europea es también parte contratante del TCE y como sujeto del TCE puede ser demandada en un arbitraje internacional. Sin embargo, no es parte del presente arbitraje, ya que, es el Reino de España quien ha vulnerado las protecciones acordadas por el TCE a Isolux INBV²⁸⁸.
259. La Demandante insiste en que aquella disputa no tiene ninguna relación con el derecho de la UE puesto que los derechos invocados por la Demandante no tienen que ver con la libre circulación y de establecimiento designado como el mercado interior, sino que la Demandante pide reparación por violaciones de la Parte III del TCE²⁸⁹. La Demandada ha vulnerado los estándares protegidos en el Artículo 10 (Trato Justo y Equitativo) y el Artículo 13 (Expropiación) del TCE, el cual es un instrumento de Derecho internacional y no de derecho de la UE²⁹⁰. La Demandante se refiere a la sentencia Electrabel c. Hungría, donde al momento de rechazar la objeción 'intra UE' del Estado demandado, el

²⁸⁷ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶23-24.

²⁸⁸ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶26-27.

²⁸⁹ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶33.

²⁹⁰ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶38

tribunal precisó: “*the Claimant here makes no complaint against the European Union or the European Commission; [...] and its claims are not made under EU law*”.²⁹¹

260. Sobre la protección “específica y preferente” concedida por el derecho de la UE a cualquiera concedida por el TCE y los TBIs, la Demandante constata que la Demandada no demuestra el carácter preferente del derecho de la UE sobre el TCE lo cual es una ficción²⁹². Además, los derechos de la UE no solamente son compatibles, sino que deben presumirse compatibles, como se desprende del prefacio del TCE²⁹³. Más allá de ser compatibles, las disposiciones del TCE confieren, según la posición de la Demandante, una protección reforzada que el Derecho de la UE no brinda²⁹⁴.
261. En particular la Demandante nota que los Artículos 1(2), 1(3) y 1(10) TCE no sugieren momento que el derecho de la UE se aplique de forma “preferente” respecto del TCE. El Artículo 36(7) TCE carece de cualquier relación con el presente arbitraje al tratar los derechos de voto de las partes contratantes. La Demandada hizo una interpretación errónea del Artículo 16 TCE que regula la relación entre el TCE y otros acuerdos de inversión, el cual no consagra la supuesta primacía del Derecho de la UE sino un principio de favorabilidad del TCE respecto a tratados internacionales anteriores o posteriores que celebren entre si las partes contratantes del TCE²⁹⁵, sobre todo cuando las disposiciones del TCE son más favorables para los inversores o la inversión²⁹⁶. La Demandada parece admitirlo de forma tácita al centrarse sobre la aplicación del mecanismo de favorabilidad, alegando que la aplicación del derecho de la UE sería más favorable que el TCE. La Demandante considera esta posición irrelevante en la medida en que el TCE otorga a inversores privados derechos directos en aspectos sustantivos y procedimentales no cubiertos por el Derecho de la UE y que son violaciones de estándares propios del derecho internacional las que alega esta Parte y no de la UE²⁹⁷, i.e. (i) condiciones estables y transparentes para la realización de su inversión; (ii) trato justo y equitativo; (iii) protección y seguridad completa de su inversión; (iv) protección frente a medidas exorbitantes; y (v) protección frente a medidas expropiatorias.
262. La protección de aquellos derechos se ve reforzada por el mecanismo de resolución de controversias del Artículo 26 TCE. Al respecto la Demandante considera sin fundamento la alegación de la Demandada según la cual las disposiciones del Artículo 26 TCE impiden el arbitraje entre un inversor intra-UE y un Estado miembro de la UE²⁹⁸. El

²⁹¹ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶39; **Anexo RLA-3: Electrabel S.A. c. la República de Hungría**, Caso ICSID No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de noviembre de 2012, ¶ 4.171

²⁹² Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶34-36.

²⁹³ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶41; Prefacio del TCE, por Charles Rutten (Presidente de la Conferencia) y Peter Schütterle (Secretario General).

²⁹⁴ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶42.

²⁹⁵ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶49-52.

²⁹⁶ Memorial de Réplica, ¶53.

²⁹⁷ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶55-56.

²⁹⁸ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶60.

Artículo 344 del TFUE invocado por la Demandada es también irrelevante a efectos del presente arbitraje porque únicamente aplica a controversias entre Estados y no a controversias inversor-Estado, y solo concierne la interpretación de Tratados de la UE, y no de otros tratados de derecho internacional como el TCE²⁹⁹. El Dictamen 1/91 del TJUE al que la Demandada se refiere tampoco guarda relación con el presente arbitraje³⁰⁰. Finalmente, tampoco del contexto y finalidad del TCE se desprende, contrariamente a lo alegado por la Demandada, alguna primacía del sistema UE sobre el TCE o la imposibilidad de resolver mediante arbitraje controversias entre inversor intra-UE y un Estado miembro de la UE³⁰¹.

263. La Demandante alega que no existe una cláusula de desconexión en el TCE lo que supone que un conflicto derivado de una controversia intra- UE ha de resolverse a través del arbitraje y no a través de los mecanismos judiciales establecidos por el derecho de la UE, contrariamente a lo defendido por la Demandada y la Comisión Europea³⁰².
264. La Demandante afirma primero que el Artículo 25 TCE no constituye una cláusula de desconexión expresa. La Demandante no comparte la afirmación de la Demandada según la cual el TCE reconoce a través de este Artículo un sistema “integral” de promoción y protección de las inversiones intra-UE mientras éste se limita a circunscribir la extensión del efecto del trato de nación más favorecida entre partes contratantes que son partes de “Acuerdos de Integración Económica” y aquellas que no lo son. Tampoco se puede hablar de un sistema integral cuando el TCE otorga a inversores privados derechos directos en aspectos sustantivos y procedimientos, no cubiertos por el Derecho de la UE³⁰³.
265. En segundo lugar, el TCE no contiene, según lo alega la Demandante, una cláusula de desconexión implícita puesto que dicha excepción no puede quedar sino expresamente consagrada, al constituir una excepción al principio *pacta sunt servanda*. La Demandada no puede referirse al laudo Mox Plant³⁰⁴ ni al Artículo 344 del TFUE, ya que, tanto el uno como el otro se refieren a controversias entre Estados y no a controversias inversor-Estado y no pueden justificar el argumento de excepción intra UE presentado por España. Este análisis está confirmado por el caso EURAM c. La República de Eslovaquia³⁰⁵ en el cual el tribunal concluyó que “*Concerning arbitration between one Member State and nationals of another Member State – which is the situation encountered in the present*

²⁹⁹ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶61.

³⁰⁰ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶62.

³⁰¹ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶64.

³⁰² Memorial de Réplica, ¶54.

³⁰³ Memorial de Réplica, ¶¶55-58.

³⁰⁴ Memorial de Réplica, ¶61-62; Escrito de *Amicus Curiae* de la Comisión Europea, 20 de enero de 2015, ¶43

³⁰⁵ *European American Investment Bank AG c. La República de Eslovaquia*, Caso PCA No. 2010-17, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de octubre de 2012, ¶¶ 254 y siguientes.

case – it is the view of the Tribunal that it does not come under Article 292 of the EC Treaty (now Article 344 TFEU) and is therefore perfectly compatible with EU law.”³⁰⁶

266. En tercer lugar, la Demandante argumenta que las propias Partes Contratantes del TCE fueron conscientes de la posibilidad de establecer excepciones a la aplicación del TCE y utilizaron esta posibilidad, pero no respecto de los Tratados de la Unión Europea³⁰⁷. Los argumentos contrarios de la Demandada y de la Comisión Europea quedan desacreditados por el Anexo 2 del Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía³⁰⁸ donde se pone en evidencia que las Partes Contratantes del TCE sí llegaron a pactar mecanismos explícitos de desconexión con respecto de ciertos instrumentos de Derecho internacional tales como el Tratado relativo a Sptisbergen de 9 de febrero de 1920³⁰⁹.
267. La Demandante considera que la posición de la Demandada contradice la jurisprudencia arbitral, particularmente al apoyarse en el caso Electrabel S.A c. La República de Hungría,³¹⁰ para argumentar que el “*Artículo 26 del TCE impide el arbitraje entre un inversor intra UE y un Estado miembro de la UE*”.³¹¹ La Demandante constata que ésta conclusión del tribunal se halla en una sección del laudo en el que el Tribunal Arbitral, tras haber constatado en realidad la compatibilidad entre el derecho de la UE y el TCE estudió “*as a courtesy*” la hipótesis de que no lo fueran³¹². También está sacada de contexto la frase en la que se apoya la Demandante para afirmar que el único arbitraje posible es entre un Estado miembro de la UE y un inversor proveniente de un Estado no-miembro de la UE, en la medida en que el tribunal solamente reconoció que la Comisión Europea al firmar el TCE “*accepted the possibility of international arbitration under ECT*” en el referido caso sin afirmar que un arbitraje entre Estado miembro e inversor no proveniente de la UE fuera el único posible³¹³. Finalmente, la Demandante no acepta la afirmación de la Demandada según la cual los casos presentados por la Demandante relativos a TBIs no son relevantes al involucrar tratados de inversión firmados antes de la accesión de aquellos Estados a la UE³¹⁴. La Demandante se había referido a los casos

³⁰⁶ Memorial de Réplica, ¶63.

³⁰⁷ Memorial de Réplica, ¶65.

³⁰⁸ Decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía (Anexo 2, Decisión No. 1), Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (BOE de 17 de mayo de 1995).

³⁰⁹ Decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía (Anexo 2, Decisión No. 1), Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (BOE de 17 de mayo de 1995).

³¹⁰ **Anexo RLA-3: Electrabel S.A c. Hungría**, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre jurisdicción, Derecho aplicable y responsabilidad, 30 de noviembre de 2012.

³¹¹ Memorial de Dúplica, título de la **Sección III.A(3)(1)** (según la numeración del índice) y ¶¶ 62 y siguientes.

³¹² Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶70-71.

³¹³ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶72-76.

³¹⁴ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶77; Memorial de Réplica ¶¶71 y siguientes.

Eureko,³¹⁵ Electrabel,³¹⁶ Jan Oostergetel³¹⁷ y Eastern Sugar,³¹⁸ donde surgió la pregunta de si el mecanismo arbitral estipulado en un tratado de inversión debía ceder ante mecanismos de resolución de disputa europeos. En todos ellos se confirmó la aplicabilidad del mecanismo previsto en el tratado de inversión. La circunstancia de que aquellos tratados fueron firmados antes de la entrada de los Estados involucrados antes de su entrada en la UE carece de trascendencia, ya que, el Art. 26 TCE es el mismo para todas las Partes Contratantes de éste instrumento, como lo recalcó uno de los autores citados por España³¹⁹:

[...] the ECT does not contain any limitations regarding its applicability among the 'old' EU Member States. This 'original intra-EU' element has not yet come into play.

268. Tampoco es aceptable, según la Demandante, la petición de suspensión del procedimiento de la Comisión Europea porque el presente arbitraje no concierne una ayuda de Estado ni una vulneración del Derecho comunitario. Esta solicitud solamente se justifica por la actitud adversa de la Comisión Europea frente a la posibilidad de que el TCE genere controversias intra UE, y ni siquiera ha sido objeto de una petición formulada expresamente por la Demandada³²⁰. La Comisión Europea interviene solamente como *amicus curiae*. La decisión adoptada por el TJUE en el asunto Elcogas, a la que se refiere la Demandada, tiene un contexto fáctico que dista del presente caso y de acuerdo con la Demandante no se puede hacer ninguna analogía con este caso. En este caso la empresa Elcogas fue la única empresa a disfrutar de un régimen de financiación particular en virtud de un mecanismo de compensación de sobrecostos del sistema. Este régimen de financiación individual no tiene ninguna relación con el Régimen Especial de FIT a largo plazo, como en el presente caso. Tampoco las decisiones de la Comisión Europea tomadas en el asunto Micula c. Rumania pueden justificar alguna suspensión del procedimiento al tener un contexto fáctico muy distinto³²¹.

ii. Se cumple el criterio de diversidad de nacionalidad (Artículo 1(7) del TCE)

269. La Demandante considera que de acuerdo con el Artículo 1(7) del TCE, el criterio de constitución de una sociedad con arreglo a la legislación aplicable es el único criterio que

³¹⁵ *Eureko B.V. c la República de Eslovaquia*, Caso PCA No. 2008-13, UNCITRAL, Decisión sobre Jurisdicción, Arbitrabilidad y Suspensión, de 26 de octubre de 2010.

³¹⁶ **Anexo RLA-3:** *Electrabel S.A. c La República de Hungría*, Caso CIADI, No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012.

³¹⁷ *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. Eslovaquia*, CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción, 30 de abril de 2012.

³¹⁸ *Eastern Sugar B. V. c la República Checa*, Caso SCC No. 088/2004, Laudo Parcial, 27 de marzo de 2007.

³¹⁹ Memorial de Réplica, ¶72; **Anexo RLA-8:** J. Kleinheisterkamp, “Investment Protection and EU Law: the Intra and Extra EU Dimension of the Energy Charter Treaty”, *Journal of International Economic Law* 1, Oxford University Press, 2012.

³²⁰ Memorial de Duplicata sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶79-82.

³²¹ Memorial de Duplicata sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶84-86.

permite calificar de inversor a una persona jurídica. Cuando la Demandada alega que el TCE exige la existencia de una empresa u otra organización “*como conjunto organizado de medios materiales y humanos dirigidos a un fin económico*” añade un requisito que no existe. No aporta ninguna referencia jurisprudencial o doctrinal para justificar su posición en relación con el TCE³²².

270. Si el Tribunal considerase que la tesis de la Demandada fuera válida, Isolux INBV aparecería como una verdadera “empresa” y “organización”. Lo confirman los anexos producidos por la Demandada, como el Anexo R-173 sobre la definición de “empresa” y de “organización” por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³²³.
271. El Reino de España solicita el levantamiento del velo societario, pero no justifica su solicitud. Al contrario, la jurisprudencia arbitral ha contemplada que cuando se aplica el TCE, se contempla como criterio el de la constitución con arreglo a la legislación aplicable y que no procede llevar a cabo el levantamiento del velo societario. En los casos Saluka c. República Checa, y en Tokios Tokeles c. Ucrania, los tribunales rechazaron el levantamiento del velo. En particular, en el caso Saluka c. República Checa, el tribunal consideró que “*The Tribunal cannot in effect impose upon the parties a definition of “investor” other than that which they themselves agreed. That agreed definition required only that the claimant-investor should be constituted under the laws of (in the present case) The Netherlands, and it is not open to the Tribunal to add other requirements which the parties could themselves have added but which they omitted to add.*”³²⁴ El velo societario puede levantarse en circunstancias especiales que no existen en el presente caso, como por ejemplo la existencia de fraude o la necesidad de proteger a terceros. Así lo explicó el tribunal en Tokios Tokelés apoyándose en el asunto Barcelona Traction³²⁵. La Demandante también se refiere al caso Tokios Tokelés y procede a una aplicación inapropiada del laudo Venoklim c. Venezuela. Contrariamente a lo que pretende la Demandada, en el caso Tokios Tokelés, el tribunal tomó en consideración la fecha de la inversión y la fecha de inicio de la disputa solamente para efectos de concluir que no hubo *forum shopping*. En relación con el caso Venoklim c. Venezuela, la Demandante pone de relieve que el extracto citado por España únicamente subraya la importancia de la diversidad de nacionalidad, como también lo hace el voto particular en Tokios Tokeles, lo cual no está en tela de juicio. Además, en el caso Venoklim se aplica la Ley de Inversiones de Venezuela que requiere en su Artículo 3 que se examine más allá de la incorporación o constitución de la sociedad, la naturaleza e identidad de quien controla la inversión, lo que no es el caso en absoluto en el presente arbitraje³²⁶.

³²² Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶90-92.

³²³ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶93-96.

³²⁴ Memorial de Réplica, ¶107; **Anexo CLA-22: Saluka Investments BV c. República Checa**, Caso PCA, No. ARB/02/18, UNCITRAL Laudo parcial, de 17 de marzo de 2006, ¶ 241.

³²⁵ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶100.

³²⁶ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶110-113.

iii. *La Demandante hizo una inversión de acuerdo con el Artículo 1(6) TCE*

272. Según lo alegado por la Demandante, la inversión de Isolux INBV está conformada por su participación indirecta en la sociedad Grupo T Solar Global S.A. y los rendimientos indirectos que percibe a través de Grupo T-Solar Global, S.A.. Esta situación responde a las condiciones del Artículo 1(6) TCE requeridas para que se pueda caracterizar una inversión.
273. Sin embargo, la Demandante estima que la Demandada intenta otra vez añadir condiciones al texto del Artículo 1(6) TCE al exigir que exista una inversión “*en sentido objetivo u ordinario*” acudiendo al concepto de inversión del Artículo 25 del CIADI³²⁷. Esta definición objetiva de la noción de inversión es la definición desarrollada por la jurisprudencia arbitral para solucionar la ausencia de definición del Artículo 25 del CIADI. La Demandada no puede referirse a esta definición ya que el Artículo 1(6) TCE, contrariamente al Artículo 25 del CIADI, define el concepto de inversión de manera autosuficiente y debe interpretarse subjetivamente³²⁸. Esta posición ha sido confirmada por tribunales arbitrales. La Demandante considera que el Artículo de la Sra. Baltag³²⁹ en el que se refiere el Reino de España para reforzar su interpretación del Artículo 1(6) TCE es totalmente marginal³³⁰.
274. La Demandante explicó en su Memorial de Réplica que los casos Saba Flakes, Alpha Projektholding, Toto Construzioni, KT Asia y Pantechniiki giraban en torno al Artículo 25 del Convenio CIADI y que por consiguiente la Demandada no podía transponerlos al Art. 1(6) TCE.³³¹ En relación con el caso Romak c. Uzbekistan donde el TBI se limitaba a listar “assets”, la Demandante pone de relieve que tampoco se puede comparar este texto con el del Artículo 1(6) TCE³³².
275. La Demandante considera que la Demandada intentó distorsionar la jurisprudencia que ella aportó, en particular en el caso Anatolie Stati c. la República de Kazajistán, al pretender que el criterio de aportación económica fue aplicado por el Tribunal Arbitral como “*elemento fundamental*” de la inversión.³³³ Sin embargo, la Demandante pone de relieve que el Tribunal Arbitral rechazó explícitamente la aplicación de cualquier definición de inversión elaborada en el contexto del Convenio CIADI.³³⁴ Igualmente, en

³²⁷ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶116-119 y 123.

³²⁸ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶123-125.

³²⁹ **Anexo RLA-15:** C. Baltag, *The Energy Charter Treaty: the Notion of Investor*, Kluwer Law International 2012, páginas 172-174.

³³⁰ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶135.

³³¹ Memorial de Réplica, ¶ 134. La Demandante aplicó el mismo razonamiento a la referencia de la Demandada a Zachary Douglas.

³³² Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶139.

³³³ Memorial de Dúplica, ¶ 206.

³³⁴ **Anexo RLA-28:** *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd c. República de Kazajistán*, SCC, Laudo de 19 de diciembre de 2013, ¶ 806.

los casos Yukos, el Tribunal Arbitral decidió expresamente que el Art. 1(6) TCE engloba “*nominal or record ownership*” de acciones, por lo que no estimó necesario que hubiese aportación de capital.³³⁵

276. Finalmente, la Demandante considera que la interpretación de la Demandada del propósito y contexto del TCE no apoyan su tesis. Primero, la Demandante considera que ninguna de estas interpretaciones es necesaria debido a la claridad de los términos del Artículo 1(6) TCE³³⁶.
277. La Demandante nota que la primera interpretación del Artículo 1(6) TCE hecha por el Reino de España, a la luz del propósito y la finalidad del TCE, se limita a constatar, que el objeto del TCE es “*fomentar el flujo internacional de inversiones*”³³⁷ lo que supone necesariamente la existencia de una contribución económica. La Demandada considera que esta conclusión carece de lógica.
278. La Demandada considera que la Demandante no puede ilustrar esta primera interpretación con el caso Caratube c. Uzbekistán³³⁸ puesto que el TBI en este caso, que tenía como simple objetivo fomentar flujos de capital, no tiene el mismo objetivo que el TCE. Además, el Tribunal Arbitral en Caratube no exigió la aplicación de una definición objetiva de inversión, sino la existencia de una *contribución*. Así, los árbitros en Caratube únicamente requirieron la aplicación de uno de los componentes de la definición objetiva de la inversión —no todos ellos.
279. La segunda interpretación del Art. 1(6) TCE por el Reino de España concierne al contexto del TCE, lo cual justificaría un supuesto requisito de “contribución económica”, en particular con (i) los Artículos 8 y 9 TCE³³⁹ y (ii) la Parte III del TCE.³⁴⁰ Sin embargo, de acuerdo con la Demandante, los Artículos 8 y 9 no se encuentran en la parte relativa a la inversión. En cuanto a la Parte III, el Reino de España se conforma con subrayar que los Artículos 10, 11, 13 y 14 mencionan la “realización de inversiones”.³⁴¹ No se entiende el supuesto nexo lógico entre ésta constatación y la teoría de que se deba aplicar (*quod non*) una definición objetiva del concepto de inversión³⁴².

³³⁵ **Anexo CLA-75:** *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA/227, Laudo parcial sobre jurisdicción y admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, ¶¶ 432 y 435; **Anexo CLA-76:** *Veteran Petroleum Trust Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA/228, Laudo parcial sobre jurisdicción y admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, ¶¶ 413 y 491; **Anexo CLA-74:** *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA/226, Laudo parcial sobre jurisdicción y admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, ¶¶ 488-491.

³³⁶ Memorial de Duplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶145-146.

³³⁷ Memorial de Duplica, ¶ 193.

³³⁸ **Anexo RL-86:** *Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/08/12, Laudo de 5 de junio de 2012.

³³⁹ Memorial de Duplica, ¶¶ 197-200.

³⁴⁰ Memorial de Duplica, ¶ 201.

³⁴¹ Memorial de Duplica, ¶ 201.

³⁴² Memorial de Duplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶145 a 155.

280. La Demandante sostiene que la inversión de Isolux INBV reúne las condiciones de la definición “objetiva”, en caso de que el Tribunal Arbitral considerase que esta definición fuera aplicable. La definición propuesta por la Demandante es más flexible que la definición utilizada por la Demandada que considera que es necesario que el inversor transfiera capital o propiedad, o que inyecte capital extranjero³⁴³. La Demandante se refiere en su Memorial de Réplica al caso Petrobart c. Kirguistán en el que el tribunal confirmó que el contrato de compraventa en cuestión constituía una inversión independientemente de que no involucraba “*any transfer of money or property as capital in the business in the Kyrgyz Republic*”.³⁴⁴ En el caso OI European Group B.V. c. Venezuela también el tribunal tomó en cuenta las aportaciones dinerarias realizadas por sociedades del grupo o estimó que la gestión de las sociedades locales en las que la demandante ostentaba una participación constituían un aporte en industria³⁴⁵.
281. La Demandante describió la estructura corporativa de Isolux INBV y la naturaleza de su inversión, demostrando que había realizado una contribución, en particular en los párrafos 174 a 187 de su Memorial de Réplica³⁴⁶. Resulta de aquellos párrafos que la Demandada hizo una presentación simplista del Acuerdo de Inversión. El objeto de Éste Acuerdo consiste en estructurar la actividad de Isolux INBV y diseñar las modalidades de participación de varias sociedades en Isolux INBV. La Demandante precisa que el propósito del Acuerdo de Inversión en relación con esta sociedad era encargarle la gestión y el desarrollo del negocio, es decir de T-Solar. Para ello, se preveía la entrada en el capital de Isolux INBV de PSP, el inversor canadiense. El Acuerdo de Inversión condicionaba la participación de PSP a la transmisión de la participación en el sector fotovoltaico español a IIN, y a la restructuración de su estructura corporativa.³⁴⁷ A raíz de la restructuración, PSP entró en el capital de Isolux INBV con una participación del 19.23% (mientras que GIC controlaba el 80.77%).³⁴⁸ En segundo lugar, respecto de GIC, el Acuerdo de Inversión también preveía que esta sociedad efectuase un aporte dinerario a Isolux INBV, por un valor de EUR 100 millones.³⁴⁹ No es cierta la afirmación de la Demandada de que GIC no efectuó más que una “desinversión”. Para la Demandante, queda claro que Isolux INBV ostenta una participación indirecta en T-Solar, que a su vez ejerce una actividad económica en el sector de la energía fotovoltaica; gestiona y promueve dicha actividad y no ha vaciado de sus beneficios las sociedades en las que ostenta participaciones. Con base en lo anterior, IIN ha hecho una contribución y, además, dicha contribución tiene un componente de riesgo ya que contempla una

³⁴³ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶157; Memorial de Réplica, ¶ 165.

³⁴⁴ Memorial de Réplica, ¶¶166-167; **Anexo CLA-18:** *Petrobart Limited c. Repùblica de Kirguistán*, Caso SCC No. 126/2003, Laudo, 29 de marzo de 2005, ¶¶ 49-51.

³⁴⁵ Memorial de Réplica, ¶¶168 a 172; *OI European Group B.V. c. Repùblica Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015.

³⁴⁶ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶157.

³⁴⁷ **Anexo R-180:** Acuerdo de Inversión, pág. 21.

³⁴⁸ **Anexo R-180:** Acuerdo de Inversión, pág. 4.

³⁴⁹ **Anexo R-180:** Acuerdo de Inversión, pág. 4.

permanencia y duración que *per se* implican un riesgo mayor que el de, por ejemplo, un simple contrato de compraventa.

282. En la medida en que el Reino de España no ha contestado (i) ni a la mencionada explicación de la noción de contribución (ii) ni a la correspondiente caracterización de la Inversión de IIN como contribución, la Demandante considera que la Demandada las acepta³⁵⁰.
283. Además, Isolux INBV asume el riesgo vinculado a su contribución y demostró en su Memorial de Réplica que su contribución contiene componentes de permanencia y duración, y por lo tanto, *per se*, implica riesgo³⁵¹. La Demandante considera que el hecho de que los accionistas estén implicados en decisiones corporativas es algo muy normal y no conlleva que sean los accionistas quienes asuman el riesgo intrínseco al negocio de la empresa, de tal forma que las afirmaciones de la Demandada, si fueran ciertas, no afectarían la constatación de que la Demandante asume el riesgo de su Inversión³⁵².
284. La Demandante no comparte la posición de la Demandada que afirma que el concepto de posesión indirecta se refiere al último poseedor de la cadena societaria. Los precedentes que utiliza la Demandada no establecen que sea necesario acudir al último eslabón de la cadena, puesto que, en los casos utilizados por la Demandada, la demandante en el arbitraje era el poseedor último, y los tribunales arbitrales no hicieron más que reconocer que efectivamente ostentaban una inversión³⁵³. En relación con la referencia de la Demandada a los Trabajos Preparatorios del TCE, el Anexo R-186 se presentó incompleto y no permite a la Demandante debatir sobre su contenido. Sin embargo, demostraría según la Demandante, quelos extractos no revelan que el Sub-Grupo Legal se hubiese planteado la definición de posesión indirecta como “la posesión del último eslabón de la cadena corporativa”³⁵⁴ sino que al revés se extendería a la “*ownership through shares or other interests in a company or Enterprise which directly or indirectly owns [...]*” (énfasis añadido).³⁵⁵

iv. No hubo forum shopping

285. La Demandante también demostró que, en el momento en que realizó su inversión en el Reino de España, la presente disputa no solamente no había surgido, sino que tampoco era previsible. Consecuentemente, la acusación del Reino de España es improcedente.³⁵⁶

³⁵⁰ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶158.

³⁵¹ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶161

³⁵² Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶161-165.

³⁵³ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶166, 168, 172.

³⁵⁴ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶176.

³⁵⁵ Memorial de Dúplica, ¶ 254.

³⁵⁶ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶182; Memorial de Réplica, ¶¶ 235 y siguientes.

286. La Demandante precisa que la inversión de IIN se realizó el 29 de octubre de 2012 cuando adquirió 65.434.220 acciones nominativas (equivalentes al 58,8632% del capital social) de T-Solar.³⁵⁷ El 24 de julio de 2013 IIN adquirió otras 32.813.861 acciones nominativas (equivalentes al 28,5051% del capital social) de T-Solar. Sin embargo, la decisión de efectuar la inversión fue tomada el 29 de junio de 2012, con la firma del Acuerdo de Inversión que dio forma a la futura adquisición por parte de Isolux INBV de su participación en T-Solar.³⁵⁸
287. La Demandante argumenta que la fecha en la que el inversor planificó hacer su inversión es la fecha relevante para determinar la previsibilidad de una medida o controversia. Para justificar dicha afirmación, la Demandante se apoya en el asunto Aguas del Tunari c. Bolivia, donde los árbitros determinaron que era preciso tomar en consideración no solo cuándo la inversión tuvo lugar, sino, en qué momento el inversor planificó llevar a cabo su operación.³⁵⁹ El tribunal en Tidewater c. Venezuela llegó a la misma conclusión.³⁶⁰ Según la Demandante, la Demandada nunca ha controvertido ésta jurisprudencia y se trata entonces de un asunto pacífico entre las Partes³⁶¹.
288. El Tribunal tienen que considerar dicha fecha para apreciar la previsibilidad de la medida y la existencia de un abuso de proceso, y en particular, la Demandada tiene la carga de demostrar que la transacción era fraudulenta por carecer de contenido mercantil³⁶². El caso de abuso de conflicto tiene que demostrarse respecto del conflicto al momento de la inversión y en las circunstancias en las que se encontraba el inversionista. Tiene que existir una muy alta probabilidad de conflicto y no simplemente un posible conflicto³⁶³. Respecto a las medidas, la jurisprudencia arbitral impone un requisito de razonabilidad, es decir, que las medidas deben de ser razonablemente previsibles en el momento en que se realice la inversión³⁶⁴.

³⁵⁷ Ver **Anexo C-42**: Certificado emitido por el Secretario del Consejo de Administración de T-Solar Global, S.A., de 22 de noviembre de 2013, así como **Anexo C-40**: copia del Libro-registro de Acciones Nominativas de T-Solar, pág. 35.

³⁵⁸ Acuerdo de Inversión de 29 de junio de 2012.

³⁵⁹ *Aguas del Tunari, S.A., c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las objeciones jurisdiccionales de la demandada, 21 de octubre de 2005, ¶¶ 328 y 329.

³⁶⁰ *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, et. al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, ¶ 197.

³⁶¹ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶33.

³⁶² Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶¶36-40.

³⁶³ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶42; *Pac Rim Cayman LLC c. la República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre objeciones jurisdiccionales del demandante de 1 de junio de 2012, ¶ 2.99, **Anexo RLA-31**; Memorial de Réplica, ¶¶ 250-252.

³⁶⁴ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶43; *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, et. al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, ¶¶ 195 y 197, **Anexo CLA-84**: “el Tribunal no considera que las actuaciones de la Demandada hayan dado lugar a que una expropiación de las operaciones de las Demandantes fuera razonablemente previsible. Aunque en enero de 2009 se expropió una plataforma petrolífera perteneciente a una compañía que no estaba vinculada a ellas, ello ocurrió después de la decisión de las Demandantes de reestructurar sus activos. [...] el Tribunal concluye que los actos de expropiación que dan lugar a la presente diferencia no eran razonablemente previsibles por las Demandantes ni en diciembre de 2008,

289. La Demandante también alega que los elementos invocados por el Reino de España no superan el umbral de previsibilidad fijado por la jurisprudencia. Fue la decisión del tribunal en el caso Tidewater c. Venezuela³⁶⁵ y de los árbitros en Pacific Rim c. El Salvador donde confirmaron su jurisdicción y afirmaron, como lo cita la Demandada, que:³⁶⁶

In the Tribunal's view, the dividing-line occurs when the relevant party can see an actual dispute or can foresee a specific future dispute as a very high probability and not merely as a possible controversy. In the Tribunal's view, before that dividing-line is reached, there will be ordinarily no abuse of process; but after that dividing-line is passed, there ordinarily will be. (Énfasis añadido por la Demandante)

290. En el asunto Lao Holding c. Laos, igualmente citado por la Demandada,³⁶⁷ el Tribunal se refirió a la noción de “*highly probable*”, en referencia al grado de previsibilidad del conflicto.³⁶⁸ Resultó que las medidas eran imprevisibles.
291. La Demandante precisa en los párrafos 241 y siguientes de su Memorial de Réplica que no existía el conflicto y ni era previsible cuando Isolux INBV realizó su inversión. Tanto la fecha en que se planificó y tomó la decisión de llevar a cabo la inversión (29 de junio de 2012) como la fecha en que efectivamente tuvo lugar la inversión (29 de octubre de 2012) son anteriores al 27 de diciembre de 2012, cuando se adoptó la Ley 15/2012. Pretende que en el momento de su inversión ni el Reino de España había dictado las medidas que han dado origen al presente arbitraje ni, mucho menos, podía existir el conflicto que ellas generaron. Los elementos presentados por la Demandada como anunciantes de la reforma del sector energético son además puramente generales, incluso extraídos de discursos de campañas electorales, y simplemente anuncian que se necesitarán reformas debido al déficit tarifario o que existen dificultades en el sector de la energía.³⁶⁹ Ninguno de estos elementos cumple con los tests de “muy alta probabilidad” y de “previsibilidad razonable”³⁷⁰.
292. El Informe 2/2012 de la CNE incorporaba una lista de posibles reformas del sector energético y todo apuntaba, según la Demandante, a que dicha reforma no afectaría de manera significativa el sector de la energía solar fotovoltaica, y el Informe no incluía las

³⁶⁵ cuando iniciaron la reestructuración, ni en marzo de 2009, cuando se hizo efectiva la reestructuración”; Transcripción de la Audiencia, día 1, página 84, líneas 10-21.

³⁶⁶ *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, et. al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2013, ¶¶ 195 y 197.

³⁶⁷ **Anexo RLA-31:** *Pac Rim Cayman LLC c. la República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las objeciones jurisdiccionales de la demandada, 1 de junio de 2012, ¶ 299.

³⁶⁸ Memorial de Contestación, ¶ 500.

³⁶⁹ Memorial de Réplica, ¶251; **Anexo RLA-37:** *Lao Holdings N.V. c. República Democrática Popular de Laos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/6, Decisión sobre jurisdicción, 21 de febrero de 2014, ¶ 76.

³⁷⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 506 y siguientes.

³⁷⁰ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶47.

medidas objeto de este arbitraje³⁷¹. En conclusión, el propio regulador de España, tres meses antes del 29 de junio de 2016, no había anunciado medidas en este sentido y adoptó una serie de medidas para tratar de conseguir los objetivos del déficit de forma inmediata a partir del 2013, totalmente alejadas a las propuestas de la CNE³⁷².

293. Tampoco en el Discurso de Investidura del Presidente del Gobierno de 19 de diciembre de 2011 existen palabras que permitan deducir que el desmantelamiento del Régimen Especial por la Demandante era “*razonablemente previsibles*” y de la “*muy alta probabilidad*” de que surgiera una controversia entre la Demandante y el Reino de España³⁷³.
294. En relación con el RDL 1/2012 de 27 de enero de 2012, la Demandante no considera que dicho Decreto contiene una advertencia de la posterior revocación del FIT, ya que, a través de este Decreto el Reino de España decidió no admitir nuevas instalaciones PV al Régimen Especial y no afectaba las instalaciones existentes³⁷⁴.
295. Tampoco el texto del Programa Nacional de Reformas 2012, aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012, puede interpretarse como una derogación del FIT “*razonablemente previsible*” o que ocurriría con “*muy alta probabilidad*”³⁷⁵.
296. La Demandante finalmente concluye afirmando que antes del 29 de junio de 2012, ninguna en las afirmaciones del Reino de España permite alegar la previsibilidad de las medidas objetos del presente arbitraje.
297. La Demandante reconoce que con posterioridad al 29 de junio de 2012 (pero antes del 29 de octubre de 2012) comenzó la tramitación del proyecto de ley de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, que se convertiría en la Ley 15/2012 de 27 de diciembre, y que consagraría el Impuesto.³⁷⁶ También reconoce que el sector PV hizo eco del proyecto de ley y transmitió su preocupación al ejecutivo español.³⁷⁷ Sin embargo estas circunstancias son irrelevantes, porque son posteriores al 29 de junio de 2012, y porque solo ataña al Impuesto. Es decir, en ningún caso puede considerarse un “aviso” de las demás medidas: (i) la desnaturalización del sistema de revisión del FIT y, posteriormente, (ii) la supresión del FIT y (iii) la supresión del Régimen Especial³⁷⁸.

³⁷¹ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶¶49-50 y 52.

³⁷² Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶112.

³⁷³ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶54.

³⁷⁴ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶49.

³⁷⁵ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶60.

³⁷⁶ Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, **Anexo C-30**; Memorial de Contestación, ¶¶ 536-542; Memorial de Dúplica, ¶ 336; Transcripción de la Audiencia, día 1, página 40, líneas 24-27.

³⁷⁷ Copia de la carta del Presidente de la UNEF al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas de 5 de julio de 2012, **Anexo R-135**; Memorial de Contestación, ¶ 554; Transcripción de la Audiencia, día 1, página 41, líneas 9-14.

³⁷⁸ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶63.

298. Posteriormente al 29 de julio de 2012, la Demandante se refiere a la carta enviada en julio de 2012 por el Presidente de Isolux³⁷⁹ en que se hace mención a “filtraciones” de medios de comunicación según las cuales el Gobierno “está considerando” adoptar medidas impositivas “de un 10% o incluso más”.³⁸⁰ La Demandante precisa que ésta carta no permite sustentar que existía previsibilidad alguna por cuanto se refiere al tipo de medidas que serían adoptadas, su extensión y el momento en que se adoptaron. Además, el Gobierno nunca contestó a esta carta.
299. En relación con la alegación de la Demandada según la cual es necesario analizar el contenido y el fundamento de la transacción que da origen a la inversión para poder detectar si ha habido *forum shopping*, criterio que fue identificado por los tribunales arbitrales de Phoenix y de Lao Holdings. La Demandante, en su Memorial de Duplica, demostró la irrelevancia de estos casos³⁸¹. En relación con la gran mayoría de las sentencias en las que se apoya la Demandada³⁸² (entre las que se encuentran la sentencia de 12 de abril de 2012, así como la del 24 de septiembre y la del 15 de octubre), la Demandante recuerda que el Tribunal Supremo desestimó los recursos y afirmó que “*El Gobierno que fija inicialmente los estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad (pues son en definitiva los consumidores quienes los satisfacen) puede posteriormente, ante las nuevas circunstancias, establecer ajustes o correcciones de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones “finales”*”³⁸³. Las modificaciones anteriores no alteraban los principios básicos de retribución. Sin embargo, las medidas objeto de éste arbitraje no constituyen “ajustes” sino que eliminan por completo el sistema de tarifas³⁸⁴. Finalmente, la Demandante precisa que tampoco se

³⁷⁹ Memorial de Contestación, ¶ 562.

³⁸⁰ Memorial de Contestación, ¶ 562.

³⁸¹ Memorial de Duplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶191.

³⁸² **Anexo R-48:** Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012, rec. 35, 50 y 112/11; de 19 de abril de 2012, rec. 39 y 97/11, de 23 de abril de 2012, rec. 47/2011; de 3 de mayo de 2012, rec. 51 y 55/2011; de 10 de mayo de 2012, rec. 61 y 114/2011; de 14 de mayo de 2012, rec. 58/2011; de 16 de mayo de 2012, rec. 46/11; de 18 de mayo, rec. 70 y 74/11; de 22 de mayo de 2012, rec. 45 y 49/11; de 30 de mayo de 2012, rec. 59/2011; de 18 de junio de 2012, rec. 54, 56, 57 y 63/11; de 25 de junio de 2012, rec. 109 y 121/11; de 26 de junio de 2012, rec. 566/10; de 9 de julio de 2012, rec. 67, 94 y 101/11; de 12 de julio de 2012, rec. 52/11; de 16 de julio de 2012, rec. 53, 75 y 119/11; de 17 de julio de 2012, rec. 19 y 37/11; de 19 de julio de 2012, rec. 44/2011; de 25 de julio de 2012, rec. 38/2011; de 26 de julio de 2012, rec. 36/11; de 13 de septiembre de 2012, rec. 48/11; de 17 de septiembre de 2012, rec. 43, 87, 88, 106 y 120/11; de 18 de septiembre de 2012, rec. 41/11; de 25 de septiembre de 2012, rec. 71/11; de 27 de septiembre de 2012, rec. 72/2011; de 28 de septiembre de 2012, rec. 68/2011; de 8 de octubre de 2012, rec. 78, 79, 100 y 104/11; de 10 de octubre de 2012, rec. 76/2011; de 11 de octubre de 2012, rec. 95 y 117/11; de 15 de octubre de 2012, rec. 64, 73, 91, 105 y 124/11; de 17 de octubre de 2012, rec. 102/2011; de 23 de octubre de 2012, rec. 92/2011; de 30 de octubre de 2012, rec. 96/2011; de 31 de octubre de 2012, rec. 77 y 126/11; de 5 de noviembre de 2012, rec. 103/2011; de 9 de noviembre de 2012, rec. 89/2011; de 12 de noviembre de 2012, rec. 98 y 110/11; de 16 de noviembre de 2012, rec. 116/11; de 21 de noviembre de 2012, rec. 34/2011 y 26 de noviembre de 2012, rec. 125/2011.

³⁸³ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶86-88; **Anexo R-48:** Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012, rec. 35, 50 y 112/11, página 8.

³⁸⁴ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶81.

podía prever a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el cambio regulatorio iba a tener efectos retroactivos³⁸⁵.

300. En todo caso, respecto a las sentencias del Tribunal Supremo, la Demandante recuerda que el TCE no requiere a este Tribunal Arbitral tener en cuenta el Derecho interno del país receptor de la inversión para la resolución de la disputa. La Demandada no ha aportado doctrina, jurisprudencia arbitral, ni argumento contrario³⁸⁶. Las Sentencias del Tribunal Supremo pueden tener relevancia como cuestión de hecho, pero no como cuestión de derecho³⁸⁷.
301. La Demandada también fundamenta su argumento sobre el laudo en el caso Mobil Corporation c. Venezuela de manera errónea, ya que, según la Demandante, en el caso Mobil Corporation no se exige que se tomen en cuenta el contenido y el fundamento de la transacción, sino que se aboga por no aplicar discrecionalmente los criterios utilizados en otros casos. Es decir, Mobil Corporation aboga por lo contrario de lo que sostiene el Reino de España en el presente arbitraje³⁸⁸.
302. Los argumentos relacionados con el caso Phoenix tampoco pueden ser relevantes porque no era de aplicación el TCE³⁸⁹.

b. No existe obstáculo a la admisibilidad de la Demanda

i. La Demandada no puede aplicar el Artículo 17 TCE retroactivamente

303. La Demandante considera que la Demandada no puede acudir a la Cláusula de Denegación de Beneficios del Artículo 17 TCE porque no ha cumplido con las condiciones de notificación básicas de su intención de denegar los beneficios del TCE a la Demandante. La Demandada no podía invocar esta cláusula en el momento de presentar su Memorial de Contestación, ya que, en el TCE, ésta cláusula no entra en el ámbito de las objeciones a la jurisdicción del Tribunal, sino que tiene que ver con la admisibilidad de la Demanda. De tal forma que la Demandante no ha activado a tiempo ésta cláusula.
304. La Demandante precisa que en el caso del TCE, la denegación de beneficios está limitada a la Parte III del TCE. La Parte III no incluye el Artículo. 26 TCE relativo a jurisdicción. Por consiguiente, el Artículo 17 TCE no puede afectar la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

³⁸⁵ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶¶93 y s.

³⁸⁶ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶74.

³⁸⁷ Memorial de Réplica, ¶434; Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶75.

³⁸⁸ Memorial de Duplicata sobre objeciones jurisdiccionales, ¶194.

³⁸⁹ Memorial de Duplicata sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶196-198-199

305. El Reino de España alega que el Artículo 17 TCE incide en la jurisdicción *ratione voluntatis* del Tribunal Arbitral porque el Artículo 26 TCE, relativo a jurisdicción, establece que la controversia ha de ser “*respecto al supuesto incumplimiento [...] de una obligación de la Parte III*” del TCE.³⁹⁰ Según la Demandante, el argumento del Reino de España no es serio y resulta obvio que esta condición se refiere a la competencia *ratione materiae* del Tribunal Arbitral que tiene que ver con el fondo, y no a su jurisdicción *ratione voluntatis*. En realidad, el Reino de España incurre en una doble confusión: (i) entre jurisdicción y admisibilidad y (ii) entre jurisdicción *ratione materiae* y *ratione voluntatis*³⁹¹.
306. La Demandante no procedió a la notificación de su intención de activar el Artículo 17 del TCE, misma que debe ser anterior al inicio del arbitraje. La Demandante considera que el Artículo 5 del Reglamento SCC, invocado por la Demandada, no impide la presentación de alegaciones o notificaciones por parte de la Demandada antes del Memorial de Contestación, y que, en el presente caso, no es aplicable, ya que, se aplica el TCE y el Artículo 17 TCE no constituye una objeción a la jurisdicción. La Demandante no se refiere a casos arbitrales donde se aplicó el TCE. Se refiere a los casos Ulysseas, Inc. c. Ecuador y EMELEC c. Ecuador y Guaracachi³⁹², los tribunales arbitrales en ambos casos aplicaron el modelo de TBI de los Estados Unidos donde la activación de la cláusula de denegación de beneficios era una cuestión jurisdiccional, y no de fondo.³⁹³ Los tribunales en dichos casos concluyeron que la notificación de la denegación de beneficios podía intervenir conjuntamente con las demás objeciones jurisdiccionales.
307. Sin embargo, en casos arbitrales donde se aplicó el TCE, ningún tribunal consagró la solución alegada por la Demandada. La Demandante subraya que en Liman Caspian Oil, el Tribunal Arbitral constató que la notificación de la denegación de beneficios por parte del Estado receptor se produjo un año después de la presentación de la solicitud de arbitraje, y concluyó que la notificación había sido tardía.³⁹⁴ El Tribunal Arbitral en Ascom c. Kazajistán también consideró que, para activar la denegación de beneficios del Art. 17 TCE, la notificación de dicha denegación debía ser anterior al inicio de la controversia³⁹⁵.
308. En el presente caso, la Demandante considera que la Demandada disponía de toda la información necesaria para activar a tiempo el Artículo 17 TCE, es decir, de las cuentas

³⁹⁰ Memorial de Dúplica, ¶ 347.

³⁹¹ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶217-219.

³⁹² Memorial de Dúplica, ¶¶ 386-387.

³⁹³ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶236-237.

³⁹⁴ **Anexo CLA-78:** *Liman Caspian Oil B.V. c. la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Laudo, 22 de junio de 2010.

³⁹⁵ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶239-242; **Anexo RLA-28:** *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd c. República de Kazajistán*, Caso SCC No. 116/2010, Laudo, 19 de diciembre de 2013, ¶ 745.

anuales de Isolux IIN en el momento de la introducción de “Trigger Letters” en el 2013 y en el momento de la introducción el 10 de junio de 2014 de la Demanda de Arbitraje³⁹⁶.

309. Por último, la Demandante argumenta que la activación del Artículo 17 del TCE no puede ser retroactiva de acuerdo con los tribunales arbitrales, como en el caso de Plama³⁹⁷, por ejemplo, o en el de Limán Caspian Oil³⁹⁸.

ii. Las objeciones relativas al Artículo 21 del TCE son infundadas

310. Según la Demandante, el Artículo 21(1) del TCE es una cláusula de “carve-out”, que tiene como objeto excluir medidas impositivas del ámbito del TCE, mientras el Artículo 21(5) del TCE es una cláusula llamada “claw-back” que reintegra dentro del ámbito de protección del TCE medidas impositivas, como el IVPEE, con efecto expropiatorio. La Demandante precisa que, para el Reino de España, el impuesto ha sido “carved-out” y no ha habido “claw-back” en relación con el efecto expropiatorio del impuesto³⁹⁹.
311. La posición de la Demandante es que los Estados no tienen una discreción absoluta en materia impositiva debido a la existencia de una cláusula de “carve-out” y que la aplicación del “carve-out” exige, por lo tanto, un control de la intención de la medida impositiva bajo examen. La medida impositiva debe haberse promulgado de buena fe⁴⁰⁰. En el presente caso el IVPEE fue adoptado de mala fe, y a consecuencia el “carve-out” no es aplicable.
312. La Demandada intentó demostrar, para contradecir los argumentos de la Demandante, que esta medida es legal y de buena fe ya que es conforme al derecho español y al derecho de la UE. La Demandante señala que la posición de la Demandada ignora que la eventual conformidad del impuesto con la Constitución Española o con el Derecho de la UE no implica que el impuesto pueda definirse automáticamente como Medida Impositiva a efectos del TCE. La sentencia del Tribunal Constitucional 183/2014 del 6 de noviembre de 2014, a la que acude la Demandada, no se pronunció sobre la naturaleza impositiva del Impuesto, es decir si el Impuesto es o no un impuesto bajo Derecho español⁴⁰¹.
313. En relación con el procedimiento UE Pilot 5526/13/TAXU, la Demandante constata que el Reino de España omite proporcionar al Tribunal Arbitral cualquier tipo de información sobre el objeto y el motivo que dio lugar a la solicitud de información. En consecuencia,

³⁹⁶ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶232-234.

³⁹⁷ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶248-250; **Anexo RLA-24:** *Plama Consortium Limited C. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, ¶ 161.

³⁹⁸ **Anexo CLA-78:** *Limán Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Excerpts of Award, 22 de junio de 2010, ¶ 225.

³⁹⁹ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶254-255.

⁴⁰⁰ Memorial de Réplica, ¶¶ 288-294; Memorial de Dúplica sobre Jurisdicción, ¶¶ 283-284; Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶11.

⁴⁰¹ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶264-265.

la Demandante no está en medida de pronunciarse respecto de las afirmaciones del Reino de España. Aun así, existen serias dudas acerca de la relevancia del argumento del Reino de España⁴⁰² y nota que el Reino de España no demuestra que la Comisión Europea ratificara o confirmara la naturaleza impositiva del impuesto⁴⁰³.

314. Además, la Demandante sostiene que el impuesto no ha sido objeto del “*carve-out*” al no ser una medida impositiva de buena fe.
315. De acuerdo con la Demandante, la cláusula de “*carve-out*” del Artículo 21(1) TCE no se aplica de manera automática a todas las normas creadoras de tributos, ya que, su activación presupone que las medidas impositivas hayan sido promulgadas de buena fe.⁴⁰⁴ Tanto en los casos Yukos⁴⁰⁵ como en RosInvestCo⁴⁰⁶ y Renta4,⁴⁰⁷ los tribunales arbitrales condicionaron el “*carve-out*” a la buena fe del Estado receptor a la hora de emitir medidas impositivas. Los mencionados tribunales arbitrales también subrayaron que el criterio de *bona fides* requiere que se analice la intención de la medida impositiva, y en particular, que se compruebe que ésta está destinada a recaudar ingresos generales del Estado.⁴⁰⁸ Por el contrario, una medida impositiva cuya motivación sea ajena a la recaudación de ingresos tendrá que considerarse de mala fe⁴⁰⁹.
316. El Reino de España se basa en varios laudos arbitrales para destacar la existencia de cuatro criterios destinados a caracterizar una medida impositiva. El cuarto criterio, i.e. que el pago se realice para fines públicos supone, según la Demandante (i) examinar el propósito de la medida tributaria y (ii) comprobar que dicho propósito es la recaudación de ingresos generales del Estado. Este criterio es idéntico al requisito de buena fe⁴¹⁰.
317. Ahora bien, aparece que el impuesto no fue adoptado de buena fe, y por lo tanto, no pudo haber sido excluido del ámbito del TCE. Para caracterizar esta mala fe tiene que (i) existir una grave contradicción entre el presunto objeto de la Ley 15/2012 y sus efectos; y (ii) afectar discriminatoriamente al sector regulado fotovoltaico⁴¹¹.

⁴⁰² Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶270-271.

⁴⁰³ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶277.

⁴⁰⁴ Memorial de Réplica, ¶288.

⁴⁰⁵ **Anexo CLA-75:** *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA/227, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, ¶443,

⁴⁰⁶ **Anexo CLA-79:** *RosinvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso SCC No. V079/2005, Laudo, 12 de septiembre de 2010, ¶628.

⁴⁰⁷ **Anexo CLA-82:** *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. Federación Rusa*, Caso SCC No. 24/2007, Laudo, 20 de julio de 2012, ¶179.

⁴⁰⁸ Ver, p. ej., **Anexo CLA-88:** *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA/227, Laudo, 18 de julio de 2014, ¶ 1407. Original: “*bona fide taxation actions [are] actions that are motivated by the purpose of raising general revenue for the State*”.

⁴⁰⁹ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶277.

⁴¹⁰ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶286-287.

⁴¹¹ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶19.

318. La Demandante expone al respecto los siguientes argumentos⁴¹²:

- el Impuesto se aplica de idéntica manera a todo tipo de niveles de contaminación. Al contrario de lo que preconiza cualquier “impuesto verde”, el Impuesto se aplica a energías fósiles y renovables por igual.⁴¹³
- el Impuesto se aplica a todos los productores de energía eléctrica, sin tener en cuenta las diferencias en los niveles de amortización entre tecnologías tradicionales, altamente amortizadas —como las energías nuclear o hidroeléctrica— y tecnologías más recientes. Debido a las altas inversiones iniciales que requieren estas últimas, su plazo de amortización es mucho mayor.⁴¹⁴
- el Impuesto no hace ninguna distinción entre la forma de remuneración de la energía producida: precio de mercado o tarifa regulada. Esta diferencia es crucial, puesto que los productores de energía eléctrica que perciben una tarifa regulada no pueden repercutir ningún coste adicional sobre el precio de la energía.⁴¹⁵ El Reino de España así lo admite: “*es propio de los impuestos directos que no son objeto de repercusión [pero] el efecto económico o el impacto de este impuesto se retribuye a los productores renovables*”.⁴¹⁶

319. Además, el Reino de España disponía de muchas opciones para reducir el déficit tarifario con el que ahora justifica la adopción del Impuesto y, que no hubiesen afectado la inversión de IIN⁴¹⁷. En el informe de KPMG⁴¹⁸, se ponía de manifiesto que el Reino de España podía haber implantado otras medidas preferibles para alcanzar los mismos objetivos de reducción del déficit, siendo más adecuadas en cuanto al cumplimiento de los principios regulatorios de la normativa nacional y europea y a los principios de la buena práctica regulatoria y garantizando una mayor estabilidad del marco regulatorio⁴¹⁹.

320. En relación con el argumento de la Demandada de que el impuesto es de aplicación general, la Demandante recuerda que ella no está exigiendo ningún trato preferencial. Al contrario, como ya han demostrado la Demandante y sus peritos, es precisamente el carácter general del Impuesto, ignorando las especificidades de cada sector productor de electricidad, el que genera un efecto discriminatorio.⁴²⁰

⁴¹² Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶¶21-23.

⁴¹³ Ley 15/2012, Arts. 4 y 6(1), **Anexo C-30**.

⁴¹⁴ Memorial de Dúplica sobre Jurisdicción, ¶ 295.

⁴¹⁵ Memorial de Dúplica sobre Jurisdicción, ¶ 297.

⁴¹⁶ Transcripción de la Audiencia, día 1, pág. 62, líneas 1-4.

⁴¹⁷ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶287.

⁴¹⁸ Informe KPMG, Sección 6.

⁴¹⁹ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶119.

⁴²⁰ Memorial de Réplica, ¶ 512.

321. Tampoco puede el Reino de España justificar el Impuesto con base en su supuesto propósito medioambiental,⁴²¹ puesto que los peritos han demostrado que el Impuesto no respeta ninguno de los requisitos de una medida tributaria destinada a la protección del medioambiente.⁴²²
322. En relación con el argumento de la Demandada según el cual el Impuesto se neutraliza gracias al régimen retributivo establecido por la Demandada⁴²³, la Demandante recuerda que el Reino de España admite explícitamente que el Impuesto disminuye la retribución de los productores fotovoltaicos, lo cual en última instancia afecta la rentabilidad de las plantas fotovoltaicas⁴²⁴. La Demandante también demuestra que los parámetros retributivos del Impuesto solamente se perciben en la medida en que el delta entre los ingresos y los costes de operación sea negativo. En consecuencia, toda instalación cuya rentabilidad se considere “razonable” bajo el nuevo régimen retributivo —que, como ya se ha demostrado, impone un techo al concepto de “rentabilidad razonable”⁴²⁵— no percibe el Ro (complemento a la retribución para el caso que esta sea insuficiente para cubrir costes de operación) y, sin embargo, será contribuyente del Impuesto. No es por tanto cierto que se compense de manera alguna el impacto del Impuesto, el cual solo se “elimina” cuando la instalación no sea rentable⁴²⁶.
323. Por último, la Demandante nota que el tercer argumento del Reino de España consiste en afirmar que los montos recaudados a través del Impuesto se integran en los Presupuestos Generales del Estado.⁴²⁷ Obviamente, esta afirmación no aporta ninguna justificación ni esclarecimiento acerca del carácter de buena fe del Impuesto⁴²⁸.
324. La Demandante concluye afirmando que el Reino de España no ha logrado contrarrestar la demostración de la Demandante respecto de la mala fe del Impuesto, y por lo tanto, no puede justificar que el Impuesto sea objeto del “*carve-out*” del Artículo 21(1) TCE.

iii. *La Demandada no proporcionó un mecanismo de recurso ante las autoridades fiscales competentes*

325. La Demandante nota que otra objeción del Reino de España fundamentada en el Artículo del TCE concierne la admisibilidad del argumento de Isolux INBV según el cual el impuesto tuvo un efecto expropiatorio.⁴²⁹ Aun admitiendo (*quod non*) que el Impuesto

⁴²¹ Memorial de Dúplica, ¶ 486.

⁴²² Memorial de Réplica, ¶ 512; Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶295.

⁴²³ Memorial de Dúplica, ¶¶ 501-505.

⁴²⁴ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶295.

⁴²⁵ Memorial de Demanda, **Sección IV.D.2 (iv)**; Memorial de Réplica, **Sección III.B.2 (ii)**.

⁴²⁶ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶24.

⁴²⁷ Memorial de Dúplica, ¶¶ 510-514.

⁴²⁸ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶300.

⁴²⁹ Memorial de Dúplica, ¶¶523-524

hubiese sido excluido (o “*carved-out*”), la objeción del Reino de España no podría prosperar.

326. La Demandada alegó que la Demandante no había sometido previamente la cuestión del carácter expropiatorio del impuesto a las autoridades fiscales competentes. Sin embargo, la Demandada precisa que el TCE no requiere recurrir a las autoridades fiscales competentes antes del inicio del arbitraje. La Demandante nota que toda la argumentación del Reino de España reposa en una lectura simplista del Artículo 21(5) TCE, que dispone que la cuestión del carácter expropiatorio de una medida impositiva se someterá a las autoridades fiscales competentes. Según el Reino de España, el empleo del tiempo futuro es suficiente para concluir que dicho recurso es obligatorio y que constituye un obstáculo a la admisibilidad.⁴³⁰ Contrariamente, la Demandante considera que lo determinante es el carácter vinculante (o no) de la decisión de las autoridades fiscales competentes.
327. A título de ilustración, la Demandante procede a una comparación del texto del Artículo 2103(6) del ALCAN donde el carácter obligatorio del recurso previo a las autoridades competentes bajo el ALCAN se justifica por la obligación de recurrir a las autoridades competentes “*at the time that it gives notice under Article 1119*” y por el carácter definitivo de la decisión de las autoridades competentes⁴³¹. Sin embargo, en el caso del Artículo 21(5) TCE el mecanismo de recurso ante las autoridades fiscales competentes es distinto. El Artículo 21(5)(b)(i) prevé que, (i) en caso de que el Inversor no recurra a las autoridades fiscales competentes, el Tribunal Arbitral iniciará dicho recurso; (ii) el TCE establece un plazo máximo de seis meses durante el cual las autoridades fiscales competentes procurarán dar su opinión.⁴³² Una vez cumplido el plazo, el arbitraje proseguirá aunque no haya mediado decisión alguna por parte de las autoridades fiscales competentes; el Tribunal Arbitral “podrá” tomar en cuenta la decisión de las autoridades fiscales competentes.⁴³³ En conclusión, la Demandante afirma que el mecanismo de “*claw-back*” del TCE ni es obligatorio, ni puede afectar la admisibilidad de la demanda⁴³⁴.
328. Por último, la Demandante había alegado que no podía recurrir a las autoridades fiscales competentes, al no existir, en Derecho español, ningún mecanismo que lo permita.⁴³⁵
329. Sin embargo, durante la Audiencia del mes de octubre de 2015, la Demandada indicó que la autoridad competente para conocer de este recurso era la DGT⁴³⁶, de tal forma que la Demandante informó al Tribunal Arbitral mediante carta del 16 de marzo de 2016 de que había presentado un escrito ante la DGT el 3 febrero de 2016 solicitando que se

⁴³⁰ Memorial de Contestación, ¶ 731-732; Memorial de Dúplica, ¶ 528.

⁴³¹ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶ 313-314.

⁴³² **Anexo C-1:** Art. 21(5)(b)(ii).

⁴³³ **Anexo C-1:** Art. 21(5)(b)(iii).

⁴³⁴ Memorial de Dúplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶ 315-318.

⁴³⁵ Memorial de Réplica, ¶ 309-314.

⁴³⁶ Transcripción de la Audiencia, día 1, página 101, líneas 4-19.

pronunciara sobre el carácter expropiatorio del IVPEE de conformidad con el procedimiento al que alude el Artículo 21(5)(b) TCE en los términos formulados en el mismo (6 meses), a la luz de las invocaciones e indicaciones presentadas por el Reino de España durante la Audiencia del mes de octubre 2016. La DGT emitió su informe el 29 de marzo de 2016 en el cual se declaró la autoridad fiscal competente para la emisión del mencionado informe, y declaró que le IVPEE no era expropiatorio ni discriminatorio.

B. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA

1. Posición de la Parte Demandante

1.1. El Reino de España atrajo inversión con la promesa de un Régimen Especial estable y predecible

330. La Demandante recordó, que la oferta del Reino de España se plasmó para las Plantas fotovoltaicas en los RRDD 661/2007 y 1578/2008, los cuales consagran un FIT fijo para una categoría determinada de inversores, i.e. los que hubieran reunido determinados requisitos estrictos en cuanto a sus características y el momento en el que se registrarán⁴³⁷.

331. Las Plantas objeto de este arbitraje reunieron dichos requisitos y están debidamente acogidas a el Régimen Especial de los RRDD 661/2007 y 1578/2008.⁴³⁸

332. Con la adopción del RDL 9/2013, en vigor a partir del 14 de julio de 2013, y el nuevo régimen de Retribución Específica, se aplicaron parámetros que los inversores no tuvieron en cuenta al momento de tomar la decisión de invertir. El Reino de España, nunca se comprometió a un marco legal inmutable, pero sí tenía la obligación de asegurar un ámbito jurídico y económico estable, transparente y predecible⁴³⁹.

a. El Reino de España garantizó un marco económico estable y predecible para las plantas

333. La Demandante explica que sus expectativas legítimas cuando realizó su inversión se derivan no solamente de las promesas del Reino de España de un FIT a largo plazo, sino también de las promesas de un marco transparente, estable y predecible patrocinadas además por las declaraciones de la Demandada.⁴⁴⁰

⁴³⁷ Memorial de Réplica, ¶¶319-320.

⁴³⁸ Memorial de Demanda, ¶ 134.

⁴³⁹ Memorial de Réplica, ¶327.

⁴⁴⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 77, 78, 83, 84, 87.

334. La Demandante se refiere a los planes y programas del Gobierno español como el PER 2005-2010⁴⁴¹, y el Plan de Energías Renovables 2011-20⁴⁴², aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 donde se aclaraba que: “*El apoyo a la generación de electricidad a partir de energías renovables, en instalaciones conectadas al sistema eléctrico, está basado en un marco jurídico que permite priorizar el aprovechamiento de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, y en un marco económico estable y predecible que incentiva la generación a partir de tales recursos, al tiempo que permite que las inversiones asociadas obtengan unas tasas razonables de rentabilidad.*”⁴⁴³ El Gobierno español, además, anunciaría que dado que este “*sistema ha demostrado un alto grado de eficacia en el desarrollo de la generación de electricidad con renovables*”, era conveniente mantener el sistema que tuviera como base los anteriores principios⁴⁴⁴.
335. En la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia para el horizonte 2007-2012-2020,⁴⁴⁵ el Gobierno español expuso objetivos como los de dotar a las inversiones en energías renovables y cogeneración de un marco de mayor seguridad económica, precisando que unos de los nuevos elementos instrumentales para materializarlo era el nuevo RD 661/2007⁴⁴⁶. La Demandante precisa que, contrariamente a lo alegado por la otra Parte, nunca “*aludió*” en relación con este texto a una “*promesa de inmutabilidad*”. La Demandante sí aludió a un compromiso de “*seguridad económica*”,⁴⁴⁷ y se deduce del texto de dicha Estrategia⁴⁴⁸.
336. El IDAE ha publicado también numerosos folletos y documentos publicitarios enfocados al fomento del sector fotovoltaico y a la captación de la inversión, como el prospecto del IDAE “*Renovables Made in Spain*” del 2010 donde se recuerda la importancia del marco de apoyo normativo que ha dado confianza a los inversores y estabilidad⁴⁴⁹ al desarrollo de las energías renovables⁴⁵⁰.
337. La CNE también ha emitido informes en los que subrayó de manera reiterada el compromiso del Reino de España de mantener un marco transparente, estable y predecible

⁴⁴¹ **Anexo C-14:** Plan de Energías Renovables 2005-2010 aprobado por el Gobierno español mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 26 de agosto de 2005.

⁴⁴² Plan de Energías Renovables 2011-2020 aprobado por el Gobierno español mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 11 de noviembre de 2011.

⁴⁴³ Plan de Energías Renovables 2011-2020 aprobado por el Gobierno español mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 11 de noviembre de 2011, pág. XXXVIII.

⁴⁴⁴ Plan de Energías Renovables 2011-2020 aprobado por el Gobierno español mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 11 de noviembre de 2011, pág. 690.

⁴⁴⁵ Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia para el horizonte 2007-2012-2020, aprobada por el Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007, **Anexo C-21**.

⁴⁴⁶ **Anexo C-21:** Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia para el horizonte 2007-2012-2020, aprobada por el Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007.

⁴⁴⁷ Memorial de Demanda, ¶ 86.

⁴⁴⁸ Memorial de Réplica, ¶312.

⁴⁴⁹ **Anexo C-26:** “*Renovables made in Spain*”, marzo de 2010, IDAE, pág. 6.

⁴⁵⁰ Memorial de Réplica, ¶¶350-351.

en torno al Régimen Especial. La Demandante sostiene que, la CNE en su Informe 3/2007,⁴⁵¹ enviaba un mensaje claro, indicando que las instalaciones PV “*son intensivas en capital y tienen plazos de recuperación largos*”, por lo cual es necesario que “[l]a regulación [ofrece] garantías suficientes para conseguir que los incentivos económicos sean estables y predecibles durante toda la vida de la instalación”, siendo que “*la transparencia y la predictibilidad en el futuro de los incentivos económicos reducen la incertidumbre regulatoria, lo que incentiva las inversiones en nueva capacidad*”⁴⁵². También en su Informe 30/2008, la CNE se expresó en este sentido⁴⁵³. La Demandante nota que la CNE da un lugar preponderante a la seguridad jurídica, la confianza legítima, y la estabilidad y predictibilidad de los incentivos económicos. Y si bien considera que estos principios “[no] pueden [...] ser utilizados como instrumentos petrificadores del marco jurídico”, tampoco este puede modificarse sin más, sino que todo cambio debe ser “*en lo posible*” respetuoso con las “*eventuales expectativas generadas por la normativa anterior*”. La CNE reconoce que cualquier cambio al marco regulatorio debe respetar las legítimas expectativas generadas por el mismo⁴⁵⁴.

338. La Demandante insiste en que, en su Memoria de la Propuesta de Real Decreto de acceso y conexión a la Red Eléctrica de instalaciones de producción de energía eléctrica de régimen especial del 22 de abril de 2009,⁴⁵⁵ la CNE volvió a insistir en la importancia de la estabilidad regulatoria, la cual llega a calificar de “*criterio básico*” y parte de su “*Metodología*”. Finalmente, la Demandante se refiere a la Exposición de Motivos del RD 436/2004, en la cual el Reino de España prometía estabilidad⁴⁵⁶.

b. La Demandada garantizo un FIT a largo plazo para las Plantas

339. La Demandante demostró en su Memorial de Demanda que el Reino de España se comprometió, en el marco del Régimen Especial, al abono del FIT a largo plazo consagrado en los RRDD 661/2007 y 1578/2008⁴⁵⁷. Primero a través de la LSE vigente en la fecha de la inversión de IIN en T-Solar, luego a través de los sucesivos reglamentos adoptados por el Reino de España, mencionados en la Sección IV del presente laudo. Esta evolución culminó con la adopción del RD 661/2007 que consagró el FIT a largo plazo

⁴⁵¹ **Anexo C-17:** Informe 3/2007 de la CNE relativo a la propuesta de real decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, de 14 de febrero de 2007, págs. 16 y 23. Memorial de Réplica, ¶¶354-355.

⁴⁵² **Anexo C-22:** Informe 30/2008 de la CNE en relación con la propuesta de Real Decreto de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología, de 29 de julio de 2008, pág. 9 y 20. Memorial de Réplica, ¶¶357-360.

⁴⁵³ Memoria de la Propuesta de Real Decreto de acceso y conexión a la Red Eléctrica de instalaciones de producción de energía eléctrica de régimen especial de 22 de abril de 2009.

⁴⁵⁴ **Anexo C-11:** Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, pág. 1. Memorial de Demanda, Sección IV.B.

de tal forma que el que invertiera en instalaciones fotovoltaicas y las inscribiera en el RAIPRE antes de una determinada fecha tendría derecho a: (i) vender toda su producción neta de energía eléctrica en la red (es decir, a que se le comprara la totalidad de la energía producida); (ii) percibir un FIT fijo (actualizable únicamente con base en el IPC) como precio por la energía eléctrica vertida en la red; (iii) y percibir dicho FIT a perpetuidad (es decir, durante toda la vida útil de la instalación)⁴⁵⁸.

340. El RD 1578/2008 confirmó el FIT como sistema de apoyo, introdujo modificaciones en el sistema, limitando la vida útil de las instalaciones a 25 años⁴⁵⁹. Al respecto, la Demandante reconoce que dichas medidas, generaron (y siguen generando) amplia crítica y controversia, y han dado pie a numerosos arbitrajes internacionales contra el Reino de España, también bajo el TCE. Aunque afectaron y limitaron el Régimen Especial, ese régimen mantenía plena vigencia y aplicación como incentivo a la inversión. En efecto, las instalaciones acogidas a los RRDD 661/2007 y 1578/2008 continuaban gozando del Régimen Especial, y en particular del derecho a la percepción de un FIT fijo y a largo plazo⁴⁶⁰. Cuando IIN realizó su inversión en España con la legítima expectativa de que aplicaría el Régimen Especial a las Plantas.
341. La Demandante toma nota que la única defensa del Reino de España al respecto es que su único compromiso fue el de asegurar a cualquier inversor la “rentabilidad razonable” a la que se refiere el Artículo 30.4 de la LSE.⁴⁶¹ Según la Demandante, el Reino de España sostiene, que cualquier inversor mínimamente informado, que como las Demandantes, hubiera invertido en el sector fotovoltaico en el año 2012, habría llegado a esta conclusión, y por lo tanto hubiera estado sobre aviso de que los RRDD 661/2007 y 1578/2008 no contenían verdaderos compromisos por parte del Estado español. Según la Demandante, este argumento, *primero*, es devastador para la postura adoptada por la propia Demandada en este arbitraje y, *segundo*, está despegado de la realidad⁴⁶².
342. Primero, la Demandante toma nota de que, a través de dicha afirmación, la Demandada reconoce que un precepto legislativo es capaz de generar legítimas expectativas⁴⁶³.
343. El argumento de la Demandada según el cual en derecho internacional un texto legislativo no es capaz de generar expectativas legítimas o comprometer al Estado receptor de la inversión “sobre la inmutabilidad del marco legal”, pudiendo tener este efecto únicamente un compromiso en este sentido, debe rechazarse. Efectivamente, este argumento contradice las afirmaciones de la Demandada que admite que una norma legislativa

⁴⁵⁸ Memorial de Demanda, páginas 27 a 35.

⁴⁵⁹ Memorial de Demanda, ¶121; RD 1578/2008, Art. 12.

⁴⁶⁰ Memorial de Demanda, ¶125-126.

⁴⁶¹ Memorial de Contestación, ¶ 120.

⁴⁶² Memorial de Réplica, ¶¶367-370.

⁴⁶³ Memorial de Réplica, ¶374.

general pueda proteger expectativas legítimas de inversores en cuanto a las expectativas de “rentabilidad razonable”⁴⁶⁴.

344. En segundo lugar, la Demandante afirma que ningún inversor hubiera concluido que la oferta del Reino de España para atraer inversores se limitaba a garantizar la llamada “rentabilidad razonable” del Artículo 30.4 de la LSE. La Demandante afirma que no solamente la postura de la Demandada es incoherente con su interpretación del derecho internacional en materia de Trato Justo y Equitativo, sino que también es infundada⁴⁶⁵.
345. La Demandante también subraya la vaguedad e indeterminación de la referencia a “rentabilidad razonable” en el Artículo 30.4 de la LSE y añade que, si esta Ley con términos generales es capaz de crear expectativas y comprometer el Estado frente a inversores internacionales, son todavía más capaces de hacerlo los textos exhaustivos, claros y explícitos de los RRDD 661/2007 y 1579/2008⁴⁶⁶.
346. Según la Demandante la única interpretación objetiva que cabe de ésta norma es que marca un mínimo o “suelo” para la retribución de instalaciones fotovoltaicas, contrariamente al RDL 9/2013 que impone un techo a ésta rentabilidad razonable⁴⁶⁷. De hecho, el cálculo de las rentabilidades podía variar de unas tecnologías a otras, como puso de manifiesto la propia CNE en su Informe 3/2007⁴⁶⁸.
347. Según la Demandante, la realidad es que hasta la reforma del Artículo 30.4 de la LSE, llevada a cabo por la Demandada mediante el reciente RDL 9/2013, el concepto de “rentabilidad razonable” nunca ha tenido contenido concreto alguno. Como ya se ha indicado no fue sino *a posteriori*, en el RDL 9/2013 que el legislador español dotó al término de sustancia y lo designó como un techo a la remuneración⁴⁶⁹. De tal forma que, si la Demandante hubiera realizado su inversión después de la aprobación del RDL 9/2013, hubiera estado advertida de un límite máximo al rendimiento de su inversión⁴⁷⁰.

c. El Reino de España paulatinamente ha vaciado y finalmente abolió el Régimen Especial

348. IIN realizó su inversión en T-Solar el 29 de octubre de 2012. La mayoría de las Plantas de T-Solar estaban acogidas al Régimen Especial previsto en el RD 661/2007. Las demás Plantas estaban acogidas al Régimen Especial al amparo del RD 1578/2008. Así, todas

⁴⁶⁴ Memorial de Réplica, ¶379; Memorial de Contestación, ¶ 786.

⁴⁶⁵ Memorial de Réplica, ¶380.

⁴⁶⁶ Memorial de Réplica, ¶376.

⁴⁶⁷ Memorial de Réplica, ¶388, 390.

⁴⁶⁸ **Anexo C-17:** Informe 3/2007 de la Comisión Nacional de Energía relativo a la propuesta de real decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, de 14 de febrero de 2007, página 16.

⁴⁶⁹ **Anexo C-34:** Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, Artículo 1(2).

⁴⁷⁰ Memorial de Réplica, ¶394.

las Plantes tenían derecho a un FIT fijo a largo plazo. Cuando IIN realizó su inversión en octubre de 2012, lo hizo basándose en este marco regulatorio con la expectativa de obtener la rentabilidad correspondiente a la percepción de este FIT.

349. En primer lugar, la Demandante considera que la Ley 15/2012 de medidas fiscales para la sostenibilidad energética del 27 de diciembre de 2012 introdujo medidas que vaciaron el Régimen Especial de su contenido, al imponer un “*impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica*”⁴⁷¹. El Impuesto aplica a “*la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica*”,⁴⁷² siendo su base imponible “*el importe total que corresponda a percibir al contribuyente por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica*”,⁴⁷³ inclusive bajo el FIT del Régimen Especial.⁴⁷⁴ La Demandante recuerda que el tipo de gravamen es el 7%,⁴⁷⁵ con un periodo impositivo que coincide con el año natural.⁴⁷⁶ Concluye explicando que el Impuesto tiene un carácter confiscatorio, dado que deduce un 7% del importe total de los montos recaudados por la producción de energía eléctrica⁴⁷⁷.
350. La Demandante no acepta los motivos expuestos por la propia Ley para explicar la creación de este impuesto. Considera que el Reino de España no puede privar de su inversión a Isolux INBV debido a un desequilibrio tarifario cuando éste problema le es totalmente ajeno y es imputables al Reino de España. Además, cuando la Demandada instauró el Régimen Especial, debió conocer el alcance de las inversiones necesarias para el mantenimiento y la operación de las redes españolas de transporte y distribución de electricidad⁴⁷⁸.
351. En conclusión, ésta medida menoscaba la expectativa legítima de IIN de recibir los FITs en vigor y aplicables a las Plantas en el momento en que realizó su inversión, y es de carácter confiscatorio⁴⁷⁹.
352. En segundo lugar, el 1 de febrero de 2013 fue publicado el RDL 2/2013 de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero modificando el mecanismo de revisión del FIT previsto en los RRDD 661/2007 y 1578/2008 (que, en el caso de las Plantas, no permitía una revisión del FIT sino de conformidad con el IPC). En esta fecha, el legislador decidió, “*exclusivamente para instalaciones en Régimen Especial*”, sustituir el IPC general por un IPC *sui generis* y específico para el sector eléctrico: el “*Índice de*

⁴⁷¹ Ver Exposición de Motivos de la Ley 15/2012.

⁴⁷² Ley 15/2012, Art. 4.

⁴⁷³ Ley 15/2012, Art. 6(1).

⁴⁷⁴ Aplica a “*las retribuciones previstas en todos los regímenes económicos que se deriven de lo establecido en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*”.

⁴⁷⁵ Ley 15/2012, Art. 8.

⁴⁷⁶ Ley 15/2012, Art. 7.

⁴⁷⁷ Memorial de Demanda, ¶¶146-147.

⁴⁷⁸ Memorial de Demanda, ¶¶150-151.

⁴⁷⁹ Memorial de Demanda, ¶153.

Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos”. Este nuevo IPC ad hoc resulta en un menor incremento anual en las FITs aplicables a las Plantas.⁴⁸⁰

353. Tampoco convencen a la Demandante los motivos expuestos por la Demandada para justificar esta medida, toda vez que el déficit tarifario y demás problemas presupuestarios son causados y de la responsabilidad de la propia Demandada. Además, si el Reino de España ha preferido no trasladar estos problemas al consumidor son motivos meramente políticos⁴⁸¹.
354. La Demandante concluye afirmando que el RDL 2/2013 violenta las legítimas expectativas de Isolux INBV y tiene efecto confiscatorio sobre los FITs que T-Solar tenía que percibir a futuro, en violación de los Artículos 10 y 13 TCE.
 - d. El Reino de España ha abolido el Régimen Especial al sustituirlo por la Retribución Específica.
355. La Demandante precisa que la eliminación del Régimen Especial y su sustitución por la Retribución Específica fue anunciada por el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio de 2013⁴⁸². Aunque teóricamente la nueva “retribución específica” comenzó a desplegar sus efectos desde la misma fecha de entrada en vigor del RDL 9/2013⁴⁸³ —el 14 de julio de 2013—, el mismo difirió la determinación de las distintas fórmulas de pago y los parámetros económicos a un futuro real decreto y a una orden de desarrollo.⁴⁸⁴ Dichas normas de desarrollo no fueron aprobadas hasta casi un año más tarde, en junio de 2014, (Real Decreto 413/2014, de 6 de junio⁴⁸⁵ y Orden IET/1045/2014, de 16 de junio⁴⁸⁶). Durante este periodo de cerca de un año, IIN y los demás inversores afectados por el RDL

⁴⁸⁰ Memorial de Demanda, ¶¶157-158; Ver Orden Ministerial IET/221/2013, de 14 de febrero, que establece los peajes de acceso a partir del 1 de enero de 2013 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

⁴⁸¹ Memorial de Demanda, ¶161.

⁴⁸² Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

⁴⁸³ RDL 9/2013, Disposición Final Segunda: “[e]ste nuevo modelo... será de aplicación desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley”.

⁴⁸⁴ RDL 9/2013, Disposición Final Segunda: “El Gobierno, a propuesta del Ministro de Industria, Energía y Turismo, aprobará un real decreto de regulación del régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con retribución primada que modificará el modelo retributivo de las instalaciones existentes. Este nuevo modelo se ajustará a los criterios previstos en el Artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, introducidos por el presente real decreto-ley y será de aplicación desde la entrada en vigor del presente real decreto ley”.

⁴⁸⁵ Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

⁴⁸⁶ Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

9/2013, no pudieron cuantificar con precisión los efectos de la medida del Estado español, aunque si eran conscientes de la destrucción del Régimen Especial y su FIT⁴⁸⁷.

356. Ahora bien, el RDL 9/2013 derogó los RRDD 661/2007 y 1578/2008, modificando el Artículo 30(4) de la LSE. La Ley 24/2013 del 26 de diciembre del Sector Eléctrico confirmó en su Disposición Final Tercera que las instalaciones sujetas al antiguo (y ahora extinto) Régimen Especial estarían plenamente sujetas al RDL 9/2013 y, por lo tanto, al régimen de Retribución Específica consagrado por éste.⁴⁸⁸
357. La Demandante presenta aquellas características del nuevo régimen para subrayar la violación por el Reino de España de sus compromisos anteriores y de las expectativas legítimas de Isolux INBV:
 - i. *El Reino de España ha impuesto un “techo” arbitrario a la rentabilidad razonable*
358. La Demandante explica que la LSE de 1997 disponía que la tarifa regulada se determinaría “al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables” (Artículo 30(4)). Esta Ley no ponía límite alguno, o ‘techo’, al concepto de “rentabilidad razonable”. Tampoco lo hacían los RRDD 661/2007 y 1578/2008. El concepto de “rentabilidad razonable” se configuraba como un ‘suelo’ de rentabilidad, para promover las instalaciones renovables⁴⁸⁹.
359. Así, el nuevo Artículo 30(4) de la Ley del Sector Eléctrico (según modificada por el RDL 9/2013) establece que la nueva Retribución Específica no sobrepasará, en ningún caso, “el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que posibiliten obtener una rentabilidad razonable”, y que dicha rentabilidad razonable “girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado”⁴⁹⁰.
360. Resulta de esta nueva reglamentación que el nuevo y arbitrario ‘techo’ impuesto por el Reino de España supondría una tasa sensiblemente inferior a la que resultaba de aplicar los FITs de los RRDD 661/2007 y 1578/2008, alterando substancialmente las premisas que tuvo en cuenta IIN cuando realizó su inversión en España.

⁴⁸⁷ Memorial de Demanda, ¶¶166-167.

⁴⁸⁸ Ley 24/2013. La Ley 24/2013 incorpora en su articulado las bases de la “retribución específica” en los mismos términos del RDL 9/2013.

⁴⁸⁹ Memorial de Demanda, ¶¶173-178.

⁴⁹⁰ Memorial de Demanda ¶185.

ii. Los nuevos parámetros de cálculo de la Retribución Específica

361. La Demandante explica luego que, cuando IIN realizó su inversión, el Régimen Especial que aplicaba a las Plantas era simplemente el pago del FIT fijo a largo plazo. La nueva Retribución Específica introduce parámetros de cálculos nuevos con referencia a los “*costes de inversión*” para una “*instalación tipo*”, y de acuerdo con “*el valor estándar de la inversión inicial*”⁴⁹¹.
362. En la Orden 1045/2014 se detallan las 111 categorías de instalaciones tipo y los valores estándar que fueron calculados por la Demandada desde la perspectiva de los costes en que hubiera incurrido una empresa eficiente y bien gestionada, es decir a partir de unos análisis teóricos sin tener en cuenta la realidad de los costes incurridos por los inversores en la fecha de las inversiones⁴⁹².
363. En relación con la atribución de la Retribución Específica, la Demandante pone de relieve que solamente cubre “*la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo*”. En consecuencia, se aplica a aquellas instalaciones cuyos costes de explotación estimados por unidad de energía resulten superiores al precio medio de mercado. Por lo tanto, en la práctica, no aplica a las instalaciones fotovoltaicas cuyos costes de explotación siempre serán inferiores al precio medio del mercado, debido al uso de una energía sin coste-el sol⁴⁹³.
364. Otro elemento clave según la Demandante tiene que ver con el criterio “*actividad realizada por una empresa eficiente y bien gestionada*” que se emplea como criterio global a la hora de valorar los costes de explotación y el valor estándar de la inversión⁴⁹⁴, mientras el FIT fijo al que tenían derecho las Plantas se entendía independientemente del modelo o estilo de gestión por el que optaron sus propietarios⁴⁹⁵.
365. La Retribución Específica también se calcula con base en criterios de producción y explotación inéditos que añaden incertidumbre e inseguridad: los “*ingresos estándar por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción*” y “*costes estándar de explotación*”. La Demandante precisa que aquellos criterios tampoco fueron tomados en cuenta en el momento de la inversión en T-Solar o en las Plantas.
366. Finalmente, la Demandante recuerda que la consideración de aquellos elementos que suponen estimaciones de ingresos que se proyectan *hasta el final de la vida útil*

⁴⁹¹ Memorial de Demanda, ¶191.

⁴⁹² Memorial de Demanda, ¶193.

⁴⁹³ Memorial de Demanda, ¶195

⁴⁹⁴ De acuerdo con la Exposición de Motivos del RDL 9/2013, “*conforme a la jurisprudencia comunitaria se entenderá por empresa eficiente y bien gestionada aquella empresa dotada de los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, cuyos costes son los de una empresa eficiente en dicha actividad y considerando los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la realización de sus funciones. El objetivo es garantizar que no se tomen como referencia los elevados costes de una empresa ineficiente.*”

⁴⁹⁵ Memorial de Demanda, ¶196.

regulatoria de una instalación tienen como consecuencia un alto grado de incertidumbre en el cálculo de la Retribución Específica⁴⁹⁶ y consiguientemente una incertidumbre financiera y jurídica para el inversor.

iii. *El nuevo régimen de Retribución Específica se aplica retroactivamente*

367. El RDL 9/2013 dispone que el nuevo régimen de Retribución Específica será calculado y aplicable “durante la vida útil de [la instalación]”: desde el acta de puesta en marcha de la instalación hasta el final del periodo con retribución reconocida. Por lo tanto, la Demandante precisa que la nueva Retribución Específica no sólo proyecta sus efectos hacia el futuro, sino que también lo hace hacia el pasado.
368. Además, el nuevo régimen retributivo permite al Reino de España reducir la rentabilidad futura de las instalaciones reduciendo o incluso anulando la retribución para compensar cualquier exceso de la retribución recibida que ya no se considera “razonable”, con base en que en el pasado percibió una tasa que, a posteriori, con base en el nuevo régimen, considera excesiva⁴⁹⁷. Resulta que la nueva Retribución Específica integra los ingresos pasados, provocando una reducción del número de años con derecho a percibir la nueva retribución y en los casos más extremos, puede suponer que una determinada instalación ya no tenga derecho a percibir retribución específica alguna⁴⁹⁸.
369. Dicho de otra manera, la Demandante insiste en el efecto del RDL 9/2013 que supone determinar ahora, para instalaciones construidas hace años, a qué coste debería haberse hecho la inversión, cuál debería haber sido el coste de operación y mantenimiento en el que deberían haber ocurrido y, por ende, cuál es la rentabilidad razonable calculada hoy que debería haberse aplicado desde el acta de puesta en servicio de la instalación, todo ello con independencia del régimen económico que resultara de aplicación a cada instalación conforme al extinto Régimen Especial⁴⁹⁹.
370. La Demandante hace referencia a la reacción del Sr. Mariano Bacigalupo, Secretario del Consejo de la CNE entre 2006 y 2012 quien afirmó que un cambio retroactivo “*de esta envergadura no era razonablemente previsible, ni por tanto admisible sin cautelas que al menos amortiguaran su extraordinario impacto lesivo para los afectados*”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Memorial de Demanda, ¶199.

⁴⁹⁷ Aunque la Disposición Final Tercera del RDL 9/2013 dispone que “*en ningún caso podrá resultar de dicho nuevo modelo retributivo la reclamación de las retribuciones percibidas por la energía producida con anterioridad al 14 de julio de 2013, incluso si se constata que en dicha fecha pudiera haberse superado dicha rentabilidad*”.

⁴⁹⁸ Memorial de Demanda, ¶202.

⁴⁹⁹ Memorial de Demanda, ¶203.

⁵⁰⁰ Mariano Bacigalupo, “Energías renovables y regulación retroactiva”, tribuna publicada en *Energía del Economista*, 26 de septiembre de 2013.

iv. *La Retribución Específica está sujeta a revisión al arbitrio del Reino de España*

371. La Demandante afirma que el Reino de España se ha dotado de los mecanismos para, poder revisar la Retribución Específica a su libre arbitrio. Respecto del ‘techo’ de “rentabilidad razonable”, el Artículo 19 del RD 1413/2014 establece que el valor sobre el que gira la rentabilidad razonable puede ser objeto de revisión (por Ley) al final de cada periodo regulatorio (esto es, cada seis años). Respecto al resto de los parámetros de la Retribución Específica, serán objeto de revisión por Orden Ministerial de conformidad con el Artículo 20 del RD 413/2014⁵⁰¹.

e. *Las medidas adoptadas por el Reino de España no eran previsibles*

372. la Demandante desarrolló detalladamente argumentos relativos a la imprevisibilidad de las medidas adoptadas por el Reino de España, en respuesta a las objeciones a la jurisdicción del Tribunal Arbitral, mismos que fueron presentados en la Sección V.A anterior, se recordarán en adelante los principales argumentos planteados por la Demandante los cuales tienen también que ver con el fondo del asunto.

i. *El Reino de España no anuncio la adopción de las medidas ni la abolición del Régimen Especial*

373. La Demandante considera que aquellas medidas no fueron previsibles y que el argumento de la Demandada según lo cual a partir de finales de 2011 el gobierno había anunciado la necesidad de reformar el sector eléctrico debe rechazarse.

374. La Demandante admite que, en octubre de 2012, el Gobierno había anunciado la reforma del sector eléctrico cuando IIN hizo su inversión. Sin embargo, nada presagiaba que la reforma iba a abolir el Régimen Especial⁵⁰².

375. La Demandante considera que el conjunto de declaraciones o medidas anteriores eran anuncios “vagos de reforma”. No se desprende ningún aviso del discurso de investidura de 19 de diciembre de 2011 del Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy⁵⁰³, ni de la Nota de Prensa de la CNE de 28 de diciembre de 2011⁵⁰⁴. Al contrario, la CNE proponía medidas alternativas que no hubieran afectado dicha retribución ni las expectativas

⁵⁰¹ Memorial de Demanda, ¶ 209-210.

⁵⁰² Memorial de Réplica, ¶ 400.

⁵⁰³ Memorial de Réplica, ¶ 405; Memorial de Contestación, ¶ 846; **Anexo R-63:** Transcripción del *Discurso de Mariano Rajoy en la sesión de investidura como presidente del Gobierno*, Congreso de los Diputados, lunes, 19 de diciembre de 2011.

⁵⁰⁴ Memorial de Contestación, ¶ 846; **Anexo R-64:** Nota de prensa *La CNE analiza la revisión de los peajes de acceso y determinadas tarifas y primas de las instalaciones de régimen especial*, Comisión Nacional de la Energía, 28 de diciembre de 2011.

legítimas de las plantas PV, hasta entonces acogidas al Régimen Especial⁵⁰⁵. Tampoco el Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero lo anunciaba. Como lo subrayó el propio Ministerio de Industria, “[l]a norma no tiene carácter retroactivo, es decir, no afectará a las instalaciones ya en marcha, a las primas ya autorizadas ni tampoco a las instalaciones ya inscritas en los registros de preasignación.”⁵⁰⁶

376. En cuanto al informe de la CNE, de 7 de marzo de 2012⁵⁰⁷, la Demandante coincide en que es “trascendente”, pero por motivo distintos. El informe propone muchas medidas para paliar el déficit tarifario, pero no contienen ninguna de las medidas objeto de este arbitraje⁵⁰⁸. La Demandante afirma que el informe de la CNE no contiene ni una línea que sugiera que para combatir el déficit tarifario sea necesaria, aconsejable o previsible la destrucción del Régimen Especial.⁵⁰⁹
377. Por otro lado, el “Programa Nacional de Reformas 2012” de 27 de abril de 2012⁵¹⁰ únicamente anuncia la voluntad de reformar el sector eléctrico y reducir los costes de las actividades reguladas⁵¹¹.

⁵⁰⁵ Memorial de Réplica, ¶407; Memorial de Contestación, ¶ 846; **Anexo R-64:** Nota de prensa *La CNE analiza la revisión de los peajes de acceso y determinadas tarifas y primas de las instalaciones de régimen especial*, Comisión Nacional de la Energía, 28 de diciembre de 2011, pág. 1.

⁵⁰⁶ Memorial de Réplica, ¶409; **Anexo R-66:** Nota de prensa *El Gobierno suspenderá de forma temporal las primas de nuevas instalaciones de régimen especial*, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de 27 de enero de 2012, pág. 3: “[l]a norma no tiene carácter retroactivo, es decir, no afectará a las instalaciones ya en marcha, a las primas ya autorizadas ni tampoco a las instalaciones ya inscritas en los registros de preasignación”.

⁵⁰⁷ Memorial de Contestación, ¶ 846; **Anexo R-69:** *Informe sobre el sector energético español Parte I. Medidas para garantizar la sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico*, Comisión Nacional de Energía, 7 de marzo de 2012.

⁵⁰⁸ Memorial de Réplica, ¶413; **Anexo R-69:** *Informe sobre el sector energético español Parte I. Medidas para garantizar la sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico*, Comisión Nacional de Energía, 7 de marzo de 2012, pág. 43.

⁵⁰⁹ Memorial de Réplica, ¶415. Ver, **Anexo R-109:** *José Manuel Soria preside la toma de posesión de los nuevos Altos Cargos del departamento*, nota de prensa del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, 3 de enero de 2012; **Anexo R-110:** *Entrevista al presidente del Gobierno en el servicio de televisión de la Agencia EFE*, Madrid, martes 10 de enero de 2012; **Anexo R-111:** Discurso del presidente del Gobierno en la inauguración del VI Foro de Liderazgo Turístico de EXCELTUR, Madrid, martes 17 de enero de 2012; **Anexo R-112:** *Conferencia de prensa del presidente del Gobierno y del presidente del Consejo Europeo*, Madrid, martes 17 de enero de 2012; **Anexo R-113:** *Conferencia de prensa del primer ministro de Portugal y del presidente del Gobierno*, Lisboa, martes 24 de enero de 2012; **Anexo R-114:** *Conferencia de prensa de la canciller de la República Federal de Alemania y del presidente del Gobierno*, Berlín, jueves 26 de enero de 2012; **Anexo R-115:** *Discurso del presidente del Gobierno en el Pleno del Congreso de los Diputados para informar sobre las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas*, Congreso de los Diputados, miércoles 8 de febrero de 2012; **Anexo R-116:** *El déficit de tarifa de 2011 supera los 3.700 millones y se sitúa un 23% por encima del tope legal*, Europa Press, 15 de febrero de 2012; **Anexo R-117:** *Spain halts renewable subsidies to curb \$ 31 billion of debts*, Bloomberg, 27 de enero de 2012.

⁵¹⁰ **Anexo R-72:** Memorial de Contestación, ¶ 846; Programa Nacional de Reformas, Gobierno de España, 2012.

⁵¹¹ Memorial de Réplica, ¶¶417-418.

378. Lo mismo puede decirse de los demás documentos a los que la Demandada alude en su Memorial de Contestación⁵¹².
379. *Finalmente*, en relación con la alegación de la Demandada según la cual el Ministro de Industria anunció en julio de 2012 (después de que IIN tomó la decisión de invertir, el 29 de junio de 2012) la posibilidad de la imposición de un impuesto sobre el valor de la producción eléctrica (eventualmente, el Impuesto consagrado en la Ley 15/2012),⁵¹³ y que el sector fotovoltaico español hizo eco de esta posibilidad⁵¹⁴, la Demandante contesta afirmado que la instauración del Impuesto era una mera posibilidad y que no fue sino hasta el 14 de septiembre de 2012 que el Gobierno español tomó medidas concretas al respecto, al remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de lo que eventualmente se convertiría en la Ley 15/2012⁵¹⁵, un mes antes de que Isolux INBV hiciera su inversión en España. En relación con la imposición del IPC ad hoc y la abolición del Régimen Especial, el Reino de España no había hecho ningún anuncio al respecto⁵¹⁶.
380. La Demandante tampoco admite el argumento de la Demandada sobre la crisis de la zona Euro y la situación socioeconómica española que tenían que haber alertado a la Demandante de la necesidad de emprender reformas. La Demandante afirma que el Reino de España tenía numerosas medidas posibles a su disposición y que la Demandada no escogió ninguna de estas medidas⁵¹⁷.

ii. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo español es irrelevante a efectos de las expectativas legítimas de la Demandante*

381. Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los efectos de sus sentencias en el presente arbitraje, la Demandante precisó, en su Memorial de Réplica y en respuesta a la cuarta pregunta del Tribunal Arbitral, que ésta jurisprudencia no es vinculante y que la Demandante no tenía obligación de conocerla.
382. El TCE no requiere a este Tribunal tener en cuenta el Derecho interno del país receptor de la inversión para la resolución de la disputa. La Demandada no ha aportado doctrina, jurisprudencia arbitral, ni argumento contrario⁵¹⁸.
383. Además, la Demandante argumentó que no existe ninguna obligación para el inversor de realizar una investigación tan exhaustiva de la jurisprudencia antes de tomar la decisión de invertir⁵¹⁹. El inversor debe “*tener un conocimiento general sobre el entorno*

⁵¹² Memorial de Réplica, ¶420.

⁵¹³ Memorial de Contestación, ¶¶ 535y 537; **Anexo R-124:** Nota de prensa *Ministro Industria anuncia nuevo impuesto a generación eléctrica*, Reuters España, 11 de julio de 2012.

⁵¹⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 548 y 557.

⁵¹⁵ Memorial de Contestación, ¶ 850.

⁵¹⁶ Memorial de Réplica, ¶¶424-425.

⁵¹⁷ Memorial de Réplica, ¶¶429-431.

⁵¹⁸ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶74.

⁵¹⁹ Memorial de Réplica, ¶¶437-439.

regulatorio en el que opera” y, en este sentido, la Demandante confió legítimamente en los compromisos específicos establecidos con claridad en los RRDD 661/2007 y 1578/2008, así como en los informes de expertos de los que se desprendía que existían legítimas expectativas en relación con la estabilidad regulatoria y la tarifa aplicable a las Plantas.⁵²⁰

384. Según la Demandante, tampoco hay que olvidar que las sentencias a las que se refiere la Demandada son del 24 de septiembre de 2012 y del 15 de octubre de 2012, es decir que fueron notificadas mucho tiempo después de que la Demandante tomara la decisión de invertir, es decir el 29 de junio de 2012⁵²¹.

⁵²⁰ Memorial de Réplica, ¶¶ 438-439; **Anexo C-197:** Informe técnico de una planta de 8,6 MW en Almodóvar del Río de 27 de noviembre de 2008; **Anexo C-198:** Informe técnico de una planta de 700 kW denominada “Las Trencades” en Onda (Castellón) de 27 de noviembre de 2008; **Anexo C-199:** Informe técnico de una planta de 600 kW denominada “Tarifilla” en los Morales (Sevilla) de 27 de noviembre de 2008; **Anexo C-193:** Informe técnico de una planta de 8,5 MW denominada “El Carpio” en El Carpio (Córdoba) de 14 de octubre de 2008; **Anexo C-176:** Informe técnico de una planta de 10 MW denominada “Elduayen” en Valverde de Mérida (Badajoz) de 17 de abril de 2008; **Anexo C-177:** Informe técnico de una planta de 1 MW en La Seca de 17 de abril de 2008; **Anexo C-185:** Informe técnico de una planta de 1,525 MW en Arico (Tenerife) de 20 de junio de 2008; **Anexo C-186:** Informe técnico de una planta de 4 MW en Pozal de Gallinas (Valladolid) de 20 de junio de 2008; **Anexo C-178:** Informe técnico de una planta de 2,9 MW denominada Pozo Cañada en Chinchilla de Montearagón (Albacete) de 17 de abril de 2008; **Anexo C-179:** Informe técnico de una planta de 3,5 MW denominada Pozohondo en Pozohondo (Albacete) de 17 de abril de 2008; **Anexo C-184:** Informe técnico de una planta de 4 MW denominada “Fuentes de Valdepero” en Fuentes de Valdepero (Palencia) de 20 de junio de 2008; **Anexo C-182:** Informe de ensayo de aceptación provisional de una instalación fotovoltaica de 845 kW en la universidad autónoma de Madrid de 24 de mayo de 2010; **Anexo C-194:** Adenda a los informes de evaluación técnica de las plantas fotovoltaicas promovidas por Tuin Zonne de 14 de octubre de 2008; **Anexo C-187:** Informe de evaluación técnica de una planta fotovoltaica promovida por Tuin Zonne en Arnedo (La Rioja) de 3 de julio de 2008; **Anexo C-180:** Informe técnico de una planta de 440 kW denominada “Madrigal” en Madrigal de las Altas Torres (Ávila) de 17 de abril de 2008; **Anexo C-181:** Informe de evaluación técnica de una planta fotovoltaica promovida por Tuin Zonne en Espejo (Córdoba) de 13 de mayo de 2008; **Anexo C-196:** BBVA Proyecto 2 MW Fotovoltaicos en Medina de las Torres, Badajoz; Due Diligence Técnica del Proyecto de 22 de noviembre de 2008; **Anexo C-173:** BBVA Proyecto 3 MW Fotovoltaicos en Sigüenza, Provincia de Guadalajara, Due Diligence Técnica para las Entidades Financieras de 16 de abril de 2008; BBVA Proyecto 2,2 MW Fotovoltaicas en Marratxi, Provincia de Palma de Mallorca, Due Diligence Técnica para Entidades Financieras de 16 de abril de 2008, **Anexo C-174:** BBVA Proyecto 0,9 MW Fotovoltaicos en Talayuela, Cáceres, Due Diligence Técnica del Proyecto de 16 de abril de 2008, **Anexo C-175;** **Anexo C-195:** CENER Due Diligence de una instalación fotovoltaica de 1,76 MW en La Choza (Albacete) de 20 de octubre de 2008; **Anexo C-200:** CENER Due Diligence de la instalación fotovoltaica de 3 MW “La Puente de Piedra Fase II” en Frechilla de Almazán (Soria) de 4 de diciembre de 2008; **Anexo C-201:** Informe de evaluación técnica de la planta solar fotovoltaica promovida por T-Solar en Saelices (Cuenca) de 14 de diciembre de 2010; **Anexo C-188:** Informe de evaluación técnica de una planta fotovoltaica promovida por Tuin Zonne en Alcolea (Córdoba) de 2 de octubre de 2008; **Anexo C-202:** Informe de supervisión de la recepción provisional de tres plantas solares fotovoltaicas promovidas por T-Solar en los municipios de el Carpio, Almodóvar del Río y Villa del Río (Córdoba) de 28 de diciembre de 2010; **Anexo C-189:** Informe de evaluación técnica de una planta fotovoltaica promovida por Tuin Zonne en Archidona (Málaga) de 2 de octubre de 2008; **Anexo C-190:** Informe de evaluación técnica de una planta fotovoltaica promovida por Tuin Zonne en Aguilar de la Frontera (Córdoba) de 2 de octubre de 2008; **Anexo C-191:** Informe de evaluación técnica de una planta fotovoltaica promovida por Tuin Zonne en Fuente Obejuna (Córdoba) de 2 de octubre de 2008; **Anexo C-192:** Informe de evaluación técnica de una planta fotovoltaica promovida por Tuin Zonne en Chiclana de Segura (Jaén) de 2 de octubre de 2008; **Anexo C-201:** Informe de evaluación técnica de la planta solar fotovoltaica promovida por T-Solar en Saelices (Cuenca) de 14 de diciembre de 2010.

⁵²¹ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶78.

385. En todo caso, la Demandante precisa que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no presagiaba la suspensión del Régimen Especial ni su sustitución por un régimen completamente diferente y con efectos retroactivos. La Demandante explica que el Tribunal Supremo no excluía la posibilidad de introducir cambios en el marco regulatorio pero que *“las inversiones en esta tecnología siguen estando protegidas y fomentadas en España por un marco normativo sin duda favorable en su globalidad”*⁵²².
386. La Demandante recuerda que, si la petrificación del derecho no puede suceder, tampoco se pueden emprender reformas que contradicen el principio de estabilidad como las medidas introducidas por el RDL 9/2013 que cambiaron el régimen retributivo, que antes giraba en torno a un concepto de producción (tarifa por kilovatio producido), por un régimen que ahora responde a términos de eficiencia (costes de inversión, costes de explotación, ingresos). El Consejo de Estado del Reino de España se pronunció afirmando que *“sin llegar a una petrificación del régimen vigente - (...) - es lo cierto que dotar al sistema de estabilidad y convertir en excepcional cualquier revisión del régimen retributivo aplicable a una instalación ya autorizada son exigencias ineludibles para garantizar un marco jurídico adecuado y atractivo a la inversión y al desarrollo”*⁵²³.
387. El Tribunal Supremo, pronunciándose precisamente sobre el TCE, distingue entre la *“absoluta petrificación del régimen”* y el concepto de *“estabilidad”* del *“marco regulatorio en su conjunto”*, indicando que se puede modificar el marco regulatorio implicando disminuciones de beneficios de índole *“muy limitada”*, pero sí postulaba la existencia de *“un marco normativo sin duda favorable”* que protegiera y fomentara la inversión así como la *“estabilidad”* [...] referida al marco regulatorio en su conjunto⁵²⁴.
388. La Demandante se refiere al conjunto de sentencias adoptadas por el Tribunal Supremo e invocadas por la Demandada para demostrar la previsibilidad de las medidas. La gran mayoría de estas sentencias se refieren a los recursos contencioso-administrativos interpuestos por diversas compañías contra el RD 1565/2010 (el cual, entre otras cosas, limitó el periodo de percepción de la tarifa regulada a 25 años⁵²⁵). En todas estas sentencias, el Tribunal rechazó los recursos contencioso-administrativos interpuestos, admitiendo que, ante determinadas circunstancias, el Gobierno puede establecer “ajustes”

⁵²² Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶¶81-82; **Anexo R-48:** Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012, rec. 35/2011, referencia El Derecho EDJ 2012/69822.

⁵²³ Memorial de Réplica, ¶443; **Anexo C-22:** Informe 30/2008 de la CNE en relación con la propuesta de Real Decreto de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología, de 29 de julio de 2008, pág. 9.

⁵²⁴ Memorial de Réplica, ¶444-445; **Anexo R-48:** Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012, rec. 35/2011, referencia El Derecho EDJ 2012/69822.

⁵²⁵ Memorial de Demanda, ¶ 124 y nota de pie de página 93; **Anexo C-27:** Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

o “correcciones” de la tarifa regulada, siempre y cuando se respeten unos mínimos de rentabilidad razonable⁵²⁶.

389. Sin embargo, la Demandante añade que las conclusiones del Tribunal Supremo en estos casos no pueden extrapolarse al presente caso puesto que el RDL 9/2013 no impone “ajustes” sino que deroga por completo el régimen de primas y tarifas del Régimen Especial. Ningún inversor a la vista de esta jurisprudencia podía esperar que el Gobierno eliminara por completo el Régimen Especial⁵²⁷.
390. Además, en las sentencias del Tribunal Supremo citadas por la Demandada, el Tribunal insistió sobre el hecho de que el RD 1565/2010 era una norma que desplegaba su eficacia hacia el futuro. En el presente caso, una norma como el RD 1565/2010 entraría dentro del ámbito de retroactividad prohibida⁵²⁸. La fórmula de cálculo introducida por el RDL 9/2013 y desarrollada en el RD 413/2014 extiende sus efectos hacia el pasado al tener en cuenta los ingresos percibidos por las instalaciones y, por tanto, afecta a hechos pretéritos. Aparece que una norma de esta magnitud con efectos retroactivos no podía ser prevista por los inversores.
391. La Demandante recuerda también el periodo de incertidumbre jurídica en la que se encontraron los inversores entre la adopción del RDL 9/2013 y el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, situación anómala que no fue estudiada por el Tribunal Supremo⁵²⁹.
392. La Demandante constata también que las sentencias citadas por la Demandada se relacionaban con modificaciones puntuales, de tal forma que el Tribunal Supremo hasta esta fecha no se ha pronunciado sobre la conformidad o disconformidad al Derecho de la derogación por completo del Régimen Especial⁵³⁰.
393. La Demandante acaba su demostración afirmando que las sentencias del Tribunal Supremo son irrelevantes⁵³¹:

⁵²⁶ Memorial de Réplica, ¶452; Ver, p.ej., **Anexo R-48**: Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012, rec. 35, 50 y 112/11, pág. 8, “(...) El Gobierno que fija inicialmente los estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad (pues son en definitiva los consumidores quienes los satisfacen) puede posteriormente, ante las nuevas circunstancias, establecer ajustes o correcciones de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niéveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones “finales”.

⁵²⁷ Memorial de Réplica ¶¶454 y 456.

⁵²⁸ Memorial de Demanda ¶458

⁵²⁹ Memorial de Réplica, ¶467.

⁵³⁰ Memorial de Réplica, ¶467.

⁵³¹ Memorial de Réplica, ¶¶469-481.

- las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012, de 31 de octubre de 2012, de 15 de marzo de 2013 y 25 de junio de 2013⁵³² son de fecha posterior a la fecha de la inversión de IIN;
- la sentencia de 15 de diciembre de 2005⁵³³ no se refiere a la supuesta modificación de primas y tarifas sino al régimen aplicable a los costes por desvíos y, por lo tanto, no se tenía por qué haber tenido en cuenta por IIN;
- las sentencias de 25 de octubre de 2006, 20 de marzo de 2007, 9 de octubre de 2007 y 9 de diciembre de 2009,⁵³⁴ aluden a otras tecnologías que no tienen la consideración de “renovables”;
- respecto de la sentencia de 3 de diciembre de 2009,⁵³⁵ la única conclusión que podía extraer IIN de su contenido es la decidida apuesta del Gobierno por promocionar la tecnología solar fotovoltaica.
- las sentencias de 11 de octubre de 2011 y 14 de noviembre de 2011⁵³⁶ tampoco son relevantes, porque se relacionan con el RDL 6/2009 que no resulta de aplicación a la tecnología fotovoltaica.

iii. *Los cambios legislativos anteriores a las medidas objeto de este arbitraje no presagiaban la abolición del Régimen Especial*

394. En relación con el RD 661/2007, la Demandante precisa que este decreto operó una mejora en la retribución de las instalaciones fotovoltaicas en España, fue una reforma *in melius* para estas instalaciones que jamás repercutió negativamente en el sector fotovoltaico. A consecuencia, la Demandante afirma que los inversores en el sector fotovoltaico no podían haber deducido de la transición del RD 436/2004 al 661/2007 que

⁵³² Memorial de Contestación, ¶¶ 110 y 193; **Anexo R-34:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012, rca 96/2011, referencia El Derecho EDJ 2012/246354; **Anexo R-35:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012 rca 126/2011, referencia El Derecho EDJ 2012/239604; **Anexo R-36:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013, rca 4146/2011, referencia El Derecho EDJ 2013/32757; y **Anexo R-60:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013, rec. 252/2012, referencia El Derecho EDJ 2013/120927.

⁵³³ **Anexo R-30:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005, rec. 73/04, referencia El Derecho EDJ 2005/237434.

⁵³⁴ **Anexo R-31:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006, rca 12/2005, referencia El Derecho EDJ 2006/282164; **Anexo R-32:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007, rca 11/2004, referencia El Derecho EDJ 2007/18059; **Anexo R-33:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2007, rca 13/2006, referencia de El Derecho EDJ 2007/175313; **Anexo R-39:** Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 2009, rec. 149/07, referencia El Derecho 2009/300085; y **Anexo R-40:** Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 2009, rec. 152/07, referencia El Derecho 2009/307357.

⁵³⁵ Memorial de Contestación, ¶ 136; **Anexo R-38:** Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2009, rca 151/07, referencia El Derecho EDJ 2009/307349.

⁵³⁶ **Anexo R-55:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2011, rec. 187/2010, referencia El Derecho EDJ 2011/240112; y **Anexo R-56:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2011, rec. 165/2010, referencia El Derecho EDJ 2011/270646.

era previsible el salto del Régimen Especial al régimen de Retribución Específica, o ni siquiera un empeoramiento en el trato regulatorio de instalaciones fotovoltaicas⁵³⁷.

395. Añade que la Demandada admite expresamente que el cambio al RD 661/2007 únicamente afectó negativamente a inversores en el sector eólico afectando su remuneración mediante “la opción de mercado” cuando el productor opta por vender su electricidad en el mercado y no a un FIT fijo. Además, es una energía que poco tiene que ver el fotovoltaico. Precisa también que el RD 661/2007 supuso un importante impulso para las energías renovables en España y su impacto para éstas fue positivo⁵³⁸.
396. En relación con el RD 1578/2008, la Demandante admite que este Decreto consagra un FIT menor para plantas que no hubieran acogido el RD 661/2007, al haberse agotado el cupo de potencia reservado para el RD 661/2007. Se bajó en dicho momento el FIT para tomar en cuenta la reducción de los costes de producción y mantenimiento de las plantas fotovoltaicas. Esta bajada racional no podía presumir el cambio normativo que sucedió luego. Además, lo cierto es que el RD 1578/2008 siguió la misma línea que el RD 661/2007, es decir, garantiza un FIT a largo plazo para las plantas PV. No abolió ni tan siquiera afectó negativamente el régimen acordado a las plantas acogidas al RD 661/2007. Al contrario, garantizó *a futuro*, para las plantas que se acogieran al régimen del RD 1578/2008, un FIT⁵³⁹.

f. Las medidas adoptadas por el Reino de España no son razonables

397. Para hacer frente al déficit tarifario, desde el 2009, los sucesivos gobiernos adoptaron una serie de medidas. Sin embargo, frente a la imposibilidad de cumplir con los objetivos fijados para 2012, la CNE emitió su Informe de marzo de 2012. La Demandante subraya nuevamente que éste informe no contempla entre las medidas propuestas la posibilidad de derogar por completo el Régimen Especial aplicable a las instalaciones existentes y sustituirlo por un nuevo régimen retributivo con alcance retroactivo como el que se aprobó posteriormente.
398. El Informe de KPMG⁵⁴⁰ precisó que en el momento de la inversión de Isolux INBV, un inversor diligente no podía anticipar recortes económicos de ésta magnitud, puesto que las previsiones de cierre de año más actualizados a las que tenía acceso un inversor como Isolux INBV cuando realizó su inversión en junio de 2012, pronosticaban el cumplimiento con objetivo de déficit para ese año. KPMG nota también que las medidas adoptadas no se habían previsto en el informe de la CNE de marzo de 2012 y que no

⁵³⁷ Memorial de Réplica ¶¶489-491.

⁵³⁸ Memorial de Réplica, ¶¶492-495.

⁵³⁹ Memorial de Réplica, ¶¶497-501.

⁵⁴⁰ Informe KPMG, págs. 11 y 12.

existían precedentes similares en la evolución de la legislación española del sector energético⁵⁴¹.

399. En el ámbito europeo existen directrices para evitar medidas retroactivas o que provocan una inseguridad jurídica. Para el caso concreto del marco regulatorio de renovables, la Directiva 2009/28/CE de 23 de abril de 2009, en el Artículo 3.2 y 3, establecía la posibilidad de que los Estados miembros pudiesen aplicar sistemas de apoyo a las renovables para alcanzar los objetivos comunitarios. Respecto a éstos sistemas de apoyo el documento de trabajo “*European Commission guidance for the design of renewables support schemes*”, incluye como una de las principales sugerencias que se eviten cambios retroactivos. La Demandante precisa que más concretamente se indica que entre las mejores prácticas a la hora de reformar estos sistemas de apoyo se encuentran medidas como garantizar los compromisos jurídicos a largo plazo en relación al momento y eliminación del mecanismo de apoyo o evitar cambios que afecten a la rentabilidad de las inversiones ya realizadas.
400. Sin embargo, las medidas adoptadas por el Reino de España van en contra de aquellos principios. Precisa que el Impuesto (IVPEE) es un impuesto de naturaleza meramente recaudatoria que, pese a ser formulado como un impuesto medioambiental, (i) incumple los principios básicos que deben guiar este tipo de impuestos; (ii) obstaculiza el desarrollo del mercado interior; y (iii) afecta retroactivamente a la retribución de determinadas tecnologías, generando discriminación entre tecnologías. En relación con la modificación en la metodología de actualización de tarifas introducida por el RDL 2/2013, la Demandante explica que supone una modificación retroactiva del régimen con impacto en la rentabilidad de los proyectos y vulnera el principio de objetividad al considerar un IPC escasamente correlacionado con la evolución de los costes de generación de las plantas fotovoltaicas. Finalmente, el nuevo marco retributivo del régimen especial de acuerdo al RDL 9/2013, Ley 24/2013, RD 413/2014 y Orden IET/104572014 ha sido aplicado en forma retroactiva, en perjuicio de los principios de previsibilidad, estabilidad, eficacia y eficiencia y además denota una falta de coherencia y, por lo tanto, objetividad en la aplicación del concepto de rentabilidad razonable. Asimismo, en su fase de elaboración parlamentaria ha adolecido de una falta de transparencia, al no contar con los agentes perjudicados y no proporcionar justificación de la metodología de cálculo utilizada⁵⁴².
401. Como se analiza en el Informe de KPMG,⁵⁴³ la Demandante recuerda que el Gobierno hubiera podido optar por la implementación de diferentes medidas alternativas que hubieran evitado ésta situación. El apartado 6 del Informe de KPMG contiene una descripción detallada de las diferentes medidas entre las que el Gobierno podría haber

⁵⁴¹ Memorial de Réplica, ¶506.

⁵⁴² Memorial de Réplica, ¶512.

⁵⁴³ Informe KPMG, apartado 6.

optado⁵⁴⁴. La Demandante precisa que como apunta el Informe de KPMG,⁵⁴⁵ el impacto de las medidas del Gobierno para el conjunto del sector se ha estimado en 2.513 y 4.327 millones de euros en 2013 y 2014, cuando las medidas alternativas que propone el Informe hubieran supuesto un impacto de 13.112 y 11.976 millones de euros, excediendo en mucho las aprobadas por el Gobierno⁵⁴⁶.

1.2. La violación por la Demandada de sus obligaciones bajo el TCE

402. La Demandante pretende que la Demandada ha violado en primer lugar sus obligaciones bajo el Artículo 10 TCE (a), y el Artículo 13 TCE sobre expropiación (b), por lo cual tiene un derecho a compensación (c).
- a. La Demandada ha violado sus obligaciones bajo el Artículo 10 TCE
403. El Artículo 10 TCE relativo a la promoción, protección y trato de las inversiones, dispone en su Artículo 10(1) lo siguiente: “*De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán asimismo de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. En ningún caso podrá concederse a éstas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.*”
- i. El Reino de España ha violado su obligación de promover y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para la realización de inversiones
404. La Demandante considera en primer lugar que el Reino de España ha violado su obligación de crear “*condiciones estables, equitativas, favorables*” para la realización de inversiones.
405. La Demandante considera que éste estándar, incluido en la parte dispositiva del Tratado tiene un verdadero valor obligatorio para las partes contratantes del TCE⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Memorial de Réplica, ¶514.

⁵⁴⁵ Informe KPMG, Tabla 39. Resumen del impacto de las medidas alternativas propuestas.

⁵⁴⁶ Memorial de Réplica, ¶515-516.

⁵⁴⁷ Memorial de Réplica, ¶525.

406. La Demandante también aclara que éste estándar no implica la petrificación del marco regulatorio como lo sugiere la Demandada, sino de un estándar que prohíbe que una Parte Contratante instituya un marco regulatorio con el fin de atraer la inversión para luego abolirlo⁵⁴⁸.
407. En el presente caso es lo que ocurrió: el Reino de España atrajo la inversión de IIN con la promesa de un FIT a largo plazo, dentro del Régimen Especial y con las modalidades previstas en los RRDD 611/20017 y 1578/2008 y luego abolió este Régimen Especial⁵⁴⁹.
408. La Demandante añade que éste estándar se configura no solo como un estándar independiente, sino como un estándar “paraguas”, del que surgen otras obligaciones como la de garantizar a las inversiones un trato justo y equitativo (“**TJE**”)⁵⁵⁰.
- ii. *El Reino de España ha violado su obligación de conceder un trato justo y equitativo a las inversiones de la Demandante*
409. La conducta de la Demandante generó expectativas legítimas protegidas por el estándar del TJE, y contrariamente a lo que alega la Demandada el estándar del TJE protege expectativas legítimas derivadas del marco regulatorio. La Demandada ha violado éstas expectativas legítimas.
410. Efectivamente, la Demandante explica que el Reino de España introdujo el Impuesto con el ánimo de privar a la inversión de IIN de la rentabilidad esperada, y además tuvo un efecto discriminatorio y desproporcionado sobre productores fotovoltaicos como T-Solar, puesto que fueron los únicos afectados por la medida por no poder mitigar su impacto económico repercutiendo el Impuesto sobre el consumidor final (como pudieron hacer los demás productores de energía eléctrica)⁵⁵¹. La modificación, mediante el RDL 2/2013, del régimen de actualización del FIT mediante un IPC ad hoc únicamente aplicable a las actualizaciones de los incentivos del Régimen Especial, también atenta manifiestamente contra las legítimas expectativas de IIN y su inversión en España y constituye una violación del estándar de TJE⁵⁵².
411. La medida que constituye la violación más flagrante de este estándar de TJE es la abolición del Régimen Especial y por lo tanto del FIT. La abolición del Régimen Especial ha sido además brutal. La medida adoptada por el Reino de España sustituye el Régimen Especial por el régimen de Retribución Específica “*como si aquél nunca hubiera existido, y con efectos claramente retroactivos*”⁵⁵³. Concretamente, considera que el régimen de Retribución Específica aplica a las Plantas desde el principio de su vida útil. Ello incluye

⁵⁴⁸ Memorial de Réplica, ¶¶529-530.

⁵⁴⁹ Memorial de Réplica, ¶527.

⁵⁵⁰ Memorial de Réplica, ¶531.

⁵⁵¹ Memorial de Demanda, ¶231.

⁵⁵² Memorial de Demanda, ¶¶ 232-234.

⁵⁵³ Memorial de Demanda, ¶243.

el periodo anterior a la entrada en vigor del RDL 9/2013, de 12 de julio, durante el cual las Plantas estuvieron ingresando el FIT. Si bien el nuevo régimen no contempla la devolución del FIT, sí tendrá en cuenta su monto a efectos de determinar la Retribución Específica.

412. Además, la determinación y percepción de la nueva Retribución Específica depende de unos parámetros hasta entonces inexistentes, todos ellos definidos por las normas de desarrollo del RDL 9/2013⁵⁵⁴. Igualmente, en el caso de instalaciones fotovoltaicas (como las Plantas), la Retribución Específica está, bajo el nuevo régimen, circunscrita a la percepción del llamado ‘término a la inversión’ que varía en cada caso y se determina en función de criterios que incluyen, por ejemplo, “*instalaciones tipo*” fijadas reglamentariamente o “*el valor estándar de la inversión inicial*” (también fijado reglamentariamente). En otras palabras, la Retribución Específica se calcula con base en las características de la inversión inicial realizada en el momento de instalar las Plantas⁵⁵⁵, mientras esto no era un factor relevante bajo el Régimen Especial.
413. Adicionalmente, el nuevo régimen del RDL 9/2013 pone techo a la Retribución Específica, al garantizar únicamente una “retribución razonable” equivalente al rendimiento medio en el mercado secundario de las obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos.⁵⁵⁶
414. Por último, bajo el nuevo régimen de Retribución Específica, el Reino de España se reserva el derecho expreso de modificar todos los parámetros aplicables al mismo, y de revisar la cuantía de la “retribución razonable”. Compárese con el Régimen Especial, bajo el cual el FIT era *fijo* y subsistía a largo plazo (un mínimo de 25 años)⁵⁵⁷.
415. Aquellas medidas constituyen para la Demandante una violación del estándar TJE.
- *Las expectativas de la Demandante generadas por la conducta de la Demandada:*
416. La Demandante alega que las expectativas del inversor entran dentro del ámbito de protección del TJE, como lo reconoció el Tribunal en el caso El Paso c. Argentina⁵⁵⁸ o en el caso Perenco c. Ecuador⁵⁵⁹.
417. Además, el marco regulatorio puede generar expectativas legítimas. Este punto fue desarrollado por la UNCTAD y confirmado por tribunales arbitrales y en particular el

⁵⁵⁴ Memorial de Demanda, ¶244.

⁵⁵⁵ Memorial de Demanda, ¶245.

⁵⁵⁶ Ver *supra* ¶¶ 359 a 360.

⁵⁵⁷ Memorial de Demanda, ¶247.

⁵⁵⁸ **Anexo RLA-55:** *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo de 31 de octubre de 2011, ¶ 348.

⁵⁵⁹ *Perenco Ecuador Limited c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad de 12 de septiembre de 2014, ¶ 560.

tribunal en el caso Total c. Argentina⁵⁶⁰ cuya aplicación al presente caso está reconocida por la Demandada. La Demandada acude a los requisitos planteados por el tribunal en el caso Total para caracterizar la existencia de expectativas legítimas de acuerdo con el estándar de TJE y porque en dicho caso el tribunal subrayó que un instrumento legislativo o reglamentario podía dar lugar a expectativas legítimas protegidas por el estándar TJE cuando éstas se basan en la naturaleza intrínsecamente prospectiva “*of the regulation at issue aimed at providing a defined framework for future operations [...] applicable to long-term investments and operations*”⁵⁶¹. Ademas, el tribunal en Perenco c. Ecuador, señala que el examen de las expectativas legítimas del inversor requiere “*una determinación objetiva de dichas expectativas, considerando todas las circunstancias pertinentes*”⁵⁶²

418. Primero la Demandante recuerda la naturaleza especial del régimen consagrado por los RRDD 661/2007 y 1578/2008 que se destina a un número reducido de instalaciones: las que hubieran reunido determinados requisitos en un espacio limitado de tiempo. La Demandada ofrecía estas condiciones particulares para promover la inversión en energía fotovoltaica y poder cumplir a tiempo con sus objetivos programáticos y compromisos internacionales⁵⁶³. Además, aquellos Decretos instauraron un sistema de FIT fijo a largo plazo a través de un régimen claro. La Demandada manifestó en numerosas ocasiones que el régimen aplicable estaría patrocinado por un marco transparente, estable y predecible⁵⁶⁴.
419. La Demandante alega que la conducta del Reino de España y los compromisos adquiridos fueron capaces de generar legítimas expectativas de acuerdo con el test y los criterios expuestos en el caso Total: (1) los Decretos son asimilables a “*conduct*” o “*declarations*” por parte del Estado; (ii) el Reino de España manifestó la intención “*to pursue a certain conduct in the future*”, es decir, retribuir a ciertas instalaciones fotovoltaicas; (iii) los Decretos estaban diseñados para atraer inversores extranjeros, (iv) la Demandante actuó “*in reliance on said conduct*” al invertir en las plantas; (v) el régimen establecido es muy específico y detallado; (vi) los Decretos estaban destinados a crear “*a defined framework for future operations [...] applicable to long-term investments and operations*”⁵⁶⁵.
420. La Demandante concluye precisando que el compromiso del Reino de España a través del régimen de retribución establecido por los RRDD 611/2017 y 1578/2008 fue capaz

⁵⁶⁰ Memorial de Contestación, nota de pie de página No. 373.

⁵⁶¹ Memorial de Réplica, ¶544; **Anexo RLA-57:** *Total S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad de 27 de diciembre de 2010, ¶¶ 121.

⁵⁶² Memorial de Réplica, ¶546; *Perenco Ecuador Limited c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad de 12 de septiembre de 2014, ¶ 560.

⁵⁶³ Memorial de Réplica, ¶¶549-550.

⁵⁶⁴ Memorial de Réplica, ¶553.

⁵⁶⁵ Memorial de Réplica, ¶¶555-561.

de generar y generó expectativas legítimas en la Demandante que invirtió en las Plantas para tener derecho al FIT durante muchos años⁵⁶⁶.

- *El Estándar del TJE protege expectativas legítimas derivadas del Marco Regulatorio*

421. Contrariamente a lo pretendido por la Demandada, la Demandante nunca ha pretendido tener derecho a un marco regulatorio inmutable, sino a la percepción del FIT a largo plazo en un marco regulatorio estable. El derecho a un marco regulatorio estable lo garantiza el Derecho internacional y el TCE. La jurisprudencia y doctrina arbitral dejan claro que la estabilidad y predictibilidad del marco es de fundamental importancia para el estándar de TJE⁵⁶⁷. Además, el Artículo 10 (1) TCE contiene una obligación expresa para el Reino de España de fomentar y crear condiciones estables y transparentes para las inversiones⁵⁶⁸.
422. La Demandante considera que el argumento de la Demandada según el cual las expectativas legítimas de un inversor solamente pueden surgir cuando exista un compromiso específico en favor del inversor, y nunca de un marco regulatorio, es erróneo, por las siguientes razones: (i) la Demandada reconoció expresamente que el Artículo 30.4 de la LSE es capaz de generar legítimas expectativas; (ii) la Demandada adoptó un sistema regulatorio altamente detallado y destinado a inversores específicos; (iii) las expectativas legítimas se derivan también de manifestaciones y compromisos en relación con la estabilidad de este régimen especial; (iv) el Artículo 10(1) TCE debe interpretarse de conformidad con el Artículo 31 de la CVDT, es decir de buena fe conforme al sentido común, lo que supone que la estabilidad es un principio rector y vertebrador del estándar de TJE⁵⁶⁹.
423. La Demandante argumenta luego que la doctrina y la jurisprudencia en la que se apoya la Demandada carecen de relevancia. La Demandada ignora completamente la multitud de laudos que confirman que un inversor puede derivar expectativas legítimas de la normativa aprobada por el Estado e invocar violaciones del estándar de TJE como en los casos siguientes enumerados por la Demandante⁵⁷⁰: Total c. Argentina⁵⁷¹; CMS c.

⁵⁶⁶ Memorial de Réplica, ¶563.

⁵⁶⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 221-223; **Anexo CLA-16:** *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo de 16 de diciembre de 2003, ¶ 183; **Anexo CLA-27:** *Enron Creditors Recovery Corporation (previamente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo de 22 de mayo de 2007, ¶ 260; **Anexo CLA-7:** A. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, 2009, pág. 279.

⁵⁶⁸ Memorial de Réplica, ¶¶566-572.

⁵⁶⁹ Memorial de Réplica, ¶¶574-577.

⁵⁷⁰ Memorial de Réplica, ¶581.

⁵⁷¹ **Anexo RLA-57:** *Total S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad de 27 de diciembre de 2010, ¶¶ 120-121, 333.

Argentina⁵⁷²; Enron c. Argentina⁵⁷³; LG&E c. Argentina⁵⁷⁴; BG c. Argentina⁵⁷⁵; PSEG c. Turquía⁵⁷⁶; National Grid Plc. c. Argentina⁵⁷⁷; Sempra Energy c. Argentina⁵⁷⁸; Tecmed c. México⁵⁷⁹; Occidental c. Ecuador⁵⁸⁰; LESI SpA y ASTALDI SpA c. Argelia⁵⁸¹; National Grid c. Argentina⁵⁸²; Metalclad c. México⁵⁸³.

424. Además, la Demandante considera que la mayoría de los laudos en los que se fundamenta la Demandada en los párrafos 757-763 de su Memorial de Contestación no son aplicables al caso. La Demandante se refiere aquí a los casos MTD c. Chile⁵⁸⁴; al laudo en Plama c. Bulgaria⁵⁸⁵, al caso EDF c. Rumanía,⁵⁸⁶ el caso Continental Casualty c. Argentina⁵⁸⁷ donde el tribunal analizó una norma que en nada se aproxima al Régimen Especial

⁵⁷² **Anexo CLA-19:** *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo de 12 de mayo de 2005, ¶¶ 274 y 277: “[t]here can be no doubt, therefore, that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment. [...] It is not a question of whether the legal framework might need to be frozen as it can always evolve and be adapted to changing circumstances, but neither is it a question of whether the framework can be dispensed with altogether when specific commitments to the contrary have been made. The law of foreign investment and its protection has been developed with the specific objective of avoiding such adverse legal effects”.

⁵⁷³ **Anexo CLA-27:** *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/03, Laudo de 22 de mayo de 2007, ¶ 260: “[a] key element of fair and equitable treatment is the requirement of a ‘stable framework for the investment’, which has been prescribed by a number of decisions. Indeed, this interpretation has been considered ‘an emerging standard of fair and equitable treatment in international law’.

⁵⁷⁴ **Anexo CLA-25:** *LG&E Energy Corp. y otros c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/1, Decisión sobre Responsabilidad de 3 de octubre de 2006, ¶¶ 125 y 127.

⁵⁷⁵ **Anexo RLA-79:** *BG Group Energy International c. la República Argentina*, CNUDMI, Laudo final de 24 de diciembre de 2007, ¶¶ 298, 307, 310.

⁵⁷⁶ **Anexo CLA-34:** *National Grid Plc. c. la República de Argentina*, CNUDMI, Laudo de 3 de noviembre de 2008, ¶ 175.

⁵⁷⁷ **Anexo CLA-30:** *Sempra Energy International c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo de 28 de septiembre de 2007, ¶ 300.

⁵⁷⁸ **Anexo RLA-73:** *Técnicas Medioambientales c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/02, Laudo de 29 de mayo de 2003, ¶ 154.

⁵⁷⁹ **Anexo CLA-30:** *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Final, 1 de julio de 2004, ¶¶ 184, 191 y 196.

⁵⁸⁰ **Anexo CLA-34:** *LESI SpA y ASTALDI SpA c. la República Democrática y Popular de Argelia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/3, Laudo de 4 de noviembre de 2008, ¶ 151.

⁵⁸¹ **Anexo CLA-34:** *National Grid plc c. la República Argentina*, Caso CNUDMI, Laudo de 3 de noviembre de 2008, ¶ 173.

⁵⁸² **Anexo CL-30:** *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo de 25 de agosto de 2000, ¶ 99.

⁵⁸³ Memorial de Réplica, ¶ 583; Memorial de Contestación, ¶ 759; **Anexo RLA-43:** *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, ¶ 67.

⁵⁸⁴ Memorial de Contestación, ¶ 760; **Anexo RLA-32:** *Plama Consortium Limited c. la República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo de 27 de agosto de 2008, ¶ 176.

⁵⁸⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 918-924; **Anexo RLA-44:** *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, 8 october 2009, ¶ 221

⁵⁸⁶ Memorial de Réplica, ¶ 588; **Anexo RLA-58:** *Continental Casualty Company c. la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo de 5 de septiembre de 2008, ¶ 260.

contrariamente a los casos CMS,⁵⁸⁸ Enron⁵⁸⁹ y BG,⁵⁹⁰ plenamente equiparables donde los tribunales examinaron compromisos adquiridos en virtud de la reglamentación argentina relacionada con un sector concreto —el del gas— y aplicable —como en el presente caso— a un grupo determinado de inversores; el caso El Paso c. Argentina donde en ningún momento se debatió la existencia de un compromiso contenido en legislación nacional detallada equiparable a los RRDD 661/2007 y 1578/2008⁵⁹¹; AES c. Hungría⁵⁹² donde los hechos que dieron lugar a la disputa son totalmente distintos del presente caso; el laudo Perenco c. Ecuador⁵⁹³ que tampoco establece que las legítimas expectativas *solamente* pueden nacer en virtud de un compromiso específico.

425. La Demandante concluye afirmando que la Demandada no encuentra apoyo en Derecho internacional o en la jurisprudencia que ha seleccionado, y que su posición debe ser rechazada.
426. La Demandante no admite la afirmación de la Demandada, según la cual, cuando Isolux INBV invirtió, las circunstancias socioeconómicas y políticas hacían que las expectativas legítimas de cualquier inversor diligente debían prever la posibilidad de que el sistema de retribuciones fuese objeto de una reforma estructural⁵⁹⁴. La Demandante afirma que ningún inversor podía prever la abolición total del sistema retributivo. Considera que la referencia al caso Metalpar c. Argentina no es relevante, ya que, si en el presente caso, la crisis era conocida por el inversor, sin embargo, entre una amplia gama de posibles soluciones al déficit tarifario, no se podía prever que el Estado iba a escoger las medidas objeto del arbitraje⁵⁹⁵.

iii. *El Reino de España ha violado su obligación de asegurar una protección y seguridad completas a la inversión de la Demandante*

427. La Demandante constata que la Demandada consagró parte de sus desarrollos al estándar de TJE en relación con el Artículo 10(1) TCE, omitiendo presentar una defensa en

⁵⁸⁸ **Anexo CLA-19:** *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo de 12 de mayo de 2005, ¶ 277.

⁵⁸⁹ **Anexo CLA-27:** *Enron Creditors Recovery Corporation y Corporation and Ponderosa Assets L.P. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/03, Laudo de 22 de mayo de 2007, ¶ 274-277.

⁵⁹⁰ **Anexo RLA-79:** *BG Group Energy International c. la República Argentina*, CNUDMI, Laudo final de 24 de diciembre de 2009, ¶¶ 304-307.

⁵⁹¹ Memorial de Réplica, ¶591; **Anexo RLA-51:** *AES Summit Generation Ltd and AES-Tisza Eröbü c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo de 23 de septiembre de 2010, ¶ 4.10, ¶ 9.3.25.

⁵⁹² **Anexo RLA-51:** *AES Summit Generation Ltd and AES-Tisza Eröbü c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo de 23 de septiembre de 2010.

⁵⁹³ Memorial de Contestación, notas de pie de página Nos. 373 y 399; Memorial de Réplica, ¶594 *Perenco Ecuador Limited c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad de 12 de septiembre de 2014, ¶ 560.

⁵⁹⁴ Memorial de Réplica, ¶597.

⁵⁹⁵ Memorial de Réplica, ¶599.

relación con su violación de estándar de protección y seguridad completas⁵⁹⁶. Sin embargo, la Demandante solicita al Tribunal Arbitral rechazar los argumentos relativos al TJE desarrollados por la Demandada.

428. La Demandada pretende que el haber suscrito el TCE no puede suponer que España se haya obligado a congelar su sistema jurídico y añade que sin embargo cualquier cambio legislativo debe ser “razonable y necesario”⁵⁹⁷.
429. Sin embargo, la Demandante explica que las medidas adoptadas por la Demandada no tenían nada de razonable y que existían medidas alternativas más razonables⁵⁹⁸.
430. La posición de la Demandada no es correcta como cuestión de derecho internacional. El Artículo 10(1) TCE, al referirse a “condiciones estables” pone cortapisas a la potestad de cambio regulatorio de las partes contratantes⁵⁹⁹. Aparece también que la jurisprudencia a la que se refiere la Demandada no es relevante o ha sido malinterpretada por el Reino de España. Así, los casos EDF c. Rumanía⁶⁰⁰ y El Paso c. Argentina,⁶⁰¹ solamente llaman la atención sobre los riesgos de la aplicación demasiado estricta de la noción de “estabilidad”⁶⁰². Si el Profesor Schreuer⁶⁰³ y su apreciación del caso *El Paso c. Argentina*⁶⁰⁴ se enfocan en la *previsibilidad* de cambios en el marco legal, resulta que, en el presente caso, nada hacía previsible el cambio radical y estructural emprendido por el Reino de España⁶⁰⁵. Además, la Demandante subraya que el tribunal en Total consideró que era necesario ponderar a “*standard of reasonableness and proportionality [...] the reasonableness of the normative changes challenged and their appropriateness in the light of a criterion of proportionality also have to be taken into account*”⁶⁰⁶.
431. Resulta que la razonabilidad y proporcionalidad de la medida debe ponderarse a la luz de las legítimas expectativas del inversor, las cuales protege el estándar de TJE. La Demandada reconoce que existen diferentes “grados” o intensidades de protección de las expectativas legítimas, dependiendo de las circunstancias.⁶⁰⁷ Así, la Demandante explica que cuanto más intensa la expectativa legítima del inversor: (i) mayor será la exigencia

⁵⁹⁶ Memorial de Réplica, ¶¶601-603.

⁵⁹⁷ Memorial de Réplica, ¶605-608; Igualmente, indica que cualquier cambio regulatorio debe ser “*reasonable*”.
Memorial de Contestación, ¶ 875.

⁵⁹⁸ Memorial de Réplica, ¶611.

⁵⁹⁹ Memorial de Réplica, ¶¶613-614.

⁶⁰⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 918 y siguientes; **Anexo RLA-44: EDF (Services) Limited v. Romania**, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009.

⁶⁰¹ Memorial de Contestación, ¶ 879; **Anexo RLA-55: El Paso Energy International Company v. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011.

⁶⁰² Memorial de Réplica, ¶616.

⁶⁰³ Memorial de Contestación ¶ 876; **Anexo RLA-54: Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice**, 6, Journal of World Investment & Trade, 357.

⁶⁰⁴ Memorial de Contestación, ¶ 881; **Anexo RLA-46: El Paso Energy International Company v. Argentine Republic**, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, ¶ 363.

⁶⁰⁵ Memorial de Réplica, ¶617.

⁶⁰⁶ Memorial de Réplica, ¶618.

⁶⁰⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 751 y siguientes.

de estabilidad, (ii) menor será el margen del Estado para regular, y (iii) mayor será la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁰⁸.

432. En el presente caso, según lo expuesto por la Demandante anteriormente, el compromiso del Reino de España difícilmente podría haber sido más específico. Sólo hubiera sido más específico un contrato o cláusula de estabilización. De tal forma que las expectativas de la Demandante gozaban de un muy alto nivel⁶⁰⁹. Aquellas medidas no son razonables en cuanto a su contenido, según el informe de KPMG, y no son razonables en cuanto a su intensidad puesto que aniquilaron las expectativas de Isolux INBV.

iv. *El Reino de España ha violado su obligación de no perjudicar mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de la inversión de la Demandante*

433. La Demandante argumenta que el Reino de España ha incumplido el estándar de protección conferido por el Artículo 10(1) TCE relativo a la adopción de medidas exorbitantes. La Demandada intenta defenderse sobre el carácter exorbitante de sus medidas refiriéndose a casos arbitrales que la Demandante considera como irrelevantes, en la medida en que en los casos Convial Callao c. Perú⁶¹⁰ y EDF c. Rumania⁶¹¹ no se analizó los estándares correctos. Añade también que la lectura que hace la Demandada del asunto Total c. Argentina⁶¹² es errónea y que en realidad en este asunto el Tribunal Arbitral estableció que (i) si bien el marco regulatorio de los sectores que conllevan inversiones a largo plazo puede estar sujeto a cambios, (ii) ello no priva a un inversor de entablar una demanda contra el Estado cuando éste haya atentado contra la estabilidad de un marco regulatorio que asegure unas determinadas condiciones de cara a futuras operaciones. Simplemente, el texto no tiene el sentido que pretende otorgarle el Reino de España⁶¹³.

v. *El Reino de España ha violado su obligación de cumplir con las obligaciones contraídas con la Demandante o su inversión*

434. La Demandante explica que la cláusula 10(1) TCE constituye una cláusula paraguas. La Demandada interpreta ésta cláusula como aplicable solamente a las obligaciones concretas contraídas por el Estado de forma bilateral respecto a un inversor mediante un

⁶⁰⁸ Memorial de Réplica, ¶¶620-621.

⁶⁰⁹ Memorial de Réplica, ¶¶624-625.

⁶¹⁰ **Anexo RLA-60:** *Convial Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo, 23 de mayo de 2013.

⁶¹¹ **Anexo RLA-44:** *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009.

⁶¹² **Anexo RLA-57:** *Total S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decision on Liability 27 de diciembre de 2010, ¶122.

⁶¹³ Memorial de Réplica, ¶645.

compromiso individualizado⁶¹⁴. La Demandante rechaza esta interpretación y considera que la Demandada omite señalar que los términos “*any obligation*” contenidos en el Artículo 10(1) TCE tienen que interpretarse de manera amplia⁶¹⁵.

435. Se refiere a varios casos arbitrales, como el caso SGS c. Paquistán o en el caso Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. Kazajistán donde el tribunal, aplicando el mismo Artículo del TCE precisó que⁶¹⁶:

“On the other hand, the Tribunal acknowledges that in the context of consent to jurisdiction of arbitral tribunals, it is commonplace that the host state’s unilateral offer in its national legislation to submit the dispute under certain international arbitration rules to the jurisdiction of an arbitral tribunal, once duly accepted by the claimant, is a sufficient and binding submission to arbitration. This offer can be accepted by the investor by submitting its claim to the arbitration institution or arbitral tribunal. Applying this reasoning to ECT Article 10(1), it could be argued that an abstract unilateral promise by the state in its national legislation and particularly in its laws directed to foreign investors is encompassed by the “umbrella clause”.

436. El caso Eureko c. Polonia⁶¹⁷ también confirma que los Estados pueden contraer obligaciones incluso por medio de actos unilaterales tales como actos administrativos o legislativos⁶¹⁸. Fuentes doctrinales confirman también ésta jurisprudencia⁶¹⁹.
437. Por consiguiente, la Demandante considera que también quedan contempladas por este Artículo aquellas obligaciones derivadas de actos administrativos o legislativos de los Estados. El Reino de España se ha obligado para con IIN, de conformidad con la cláusula paraguas del Artículo 10(1) TCE, al adquirir compromisos muy específicos para con T-Solar, las Plantas y en última instancia IIN⁶²⁰.
438. La Demandante precisa que las medidas adoptadas por la Demandada (i) han supuesto un acuerdo entre el Reino de España e IIN y (ii) han acarreado obligaciones que entran dentro del alcance de la cláusula paraguas del Artículo 10(1) TCE⁶²¹. Este análisis también

⁶¹⁴ Memorial de Réplica, ¶647.

⁶¹⁵ Memorial de Réplica, ¶648.

⁶¹⁶ *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Excerpts of Award, 22 de junio de 2010, ¶ 448.

⁶¹⁷ Memorial de Contestación, ¶ 971.

⁶¹⁸ Memorial de Réplica, ¶652; **Anexo RLA-64: Eureko B.V. v. Republic of Poland**, Ad Hoc Investment Treaty case, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005, ¶ 246.

⁶¹⁹ Memorial de Réplica, ¶¶653-654.

⁶²⁰ Memorial de Réplica, ¶¶656-658.

⁶²¹ Memorial de Réplica, ¶660.

encuentra ilustración en los casos LG&E⁶²² y Micula c. Rumania⁶²³ donde los tribunales encontraron que una norma administrativa o legal podía considerarse como un compromiso específico⁶²⁴.

- b. La Demandada ha violado la obligación del Artículo 13 TCE sobre la prohibición de la expropiación

439. El Artículo 13 del TCE dispone:

“Expropiación”

1. Las inversiones de los inversores de una Parte contratante en el territorio de otra Parte contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (a las cuales se aludirá en lo sucesivo como “expropiación”), excepto si dicha expropiación se lleva a cabo:

- a) por un motivo de interés público;*
- b) de manera no discriminatoria;*
- c) con arreglo al debido procedimiento legal; y*
- d) mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.*

El importe de la indemnización equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que el anuncio de la expropiación o de la intención de llevar a cabo la expropiación hubiese afectado al valor de la inversión (en lo sucesivo denominado “fecha de valoración”).

440. La Demandante pretende que ocurrió en el presente caso una expropiación indirecta de la inversión de IIN en el sentido del Artículo 13(1) TCE. Explica que IIN efectuó una inversión sustancial en España bajo la promesa de una “*máxima rentabilidad*”⁶²⁵ garantizada por el pago de un FIT a largo plazo. El valor económico de la inversión de IIN consistía por consiguiente en la seguridad de vender la energía eléctrica producida bajo el Régimen Especial, a una tarifa regulada: el FIT. La abolición del Régimen Especial ha destruido ese valor económico, al sustituirlo por un nuevo régimen con valor retroactivo que conlleva una rentabilidad muy inferior⁶²⁶.

⁶²² **Anexo CLA-25: LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. Argentina**, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, ¶¶ 174-175.

⁶²³ *Ioan Micula, Viorel Micula and others c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Laudo, 11 de diciembre de 2013, ¶ 422.

⁶²⁴ Memorial de Réplica, ¶¶661-662.

⁶²⁵ “*El Sol Puede Ser Suyo*”, junio de 2007, IDAE, pág. 19.

⁶²⁶ Memorial de Demanda, ¶282.

441. En relación con las condiciones para que una expropiación fuese legal, y en particular el “motivo de interés público” que se encuentra en el Artículo 13(1) TCE, la Demandante considera que las medidas tomadas por el Reino de España no se pueden justificar por una necesidad imperiosa de promulgarla. Tampoco ésta medida fue proporcional, ya que, las tres medidas están destinadas a paliar el déficit tarifario cuyo peso el Reino de España ha optado por imputar a los inversores en vez de al consumidor final⁶²⁷. La elección de adoptar éstas medidas resulta de una voluntad política por la cual Isolux INBV no tiene responsabilidad.
- i. *La inversión de la Demandante está protegida por el Artículo 13 TCE*
442. La Demandante explica que la Demandada parece confundir la noción de inversión con el valor económico de dicha inversión que en el presente caso consistía en la seguridad de vender la energía eléctrica producida a una tarifa regulada. Pretende que el valor económico de la inversión de IIN no constituye un bien expropiable.
443. En respuesta a aquellos argumentos, la Demandante recuerda que hay que referirse a la definición de la inversión incluida en el TCE y que el Artículo 1(6) TCE define el concepto de inversión como “*cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor*”, lo cual incluye las “*acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil*” así como los “*rendimientos*” que se obtengan a través de dicha participación⁶²⁸.
444. Sin embargo, la Demandada pretende que el concepto de inversión mencionado en el Artículo 13(1) es autónomo y que la existencia de una inversión está condicionada a la existencia de un bien tangible que existe en el momento de la adopción de las medidas, de acuerdo con el Artículo 13(3) TCE⁶²⁹.
445. La Demandante no admite ésta interpretación que oculta el Artículo 1(6) TCE que incluye expresamente los rendimientos, mientras la doctrina también admite que se puede expropiar no solamente “*tangible property or physical assets*” sino también “*a broad range of rights that are economically significant to the investor*”⁶³⁰.
446. Además, el Artículo 13(1) no se limita a proteger derechos adquiridos, contrariamente a lo alegado por la Demandante, que considera, que los rendimientos de las instalaciones de T-Solar son rendimientos futuros que no pueden ser protegidos por el mismo

⁶²⁷ Memorial de Demanda, ¶¶285-287.

⁶²⁸ Memorial de Réplica, ¶678.

⁶²⁹ Memorial de Réplica, ¶679 y 682.

⁶³⁰ Memorial de Réplica ¶¶684 a 686.

Artículo⁶³¹. La Demandada añade un requisito que no existe en el TCE al exigir la existencia de un derecho adquirido.

447. El derecho internacional no establece que sólo se pueda considerar expropiables aquellos derechos adquiridos. La referencia a la contribución de Iñigo Iruretagoina Agirrezabalaga (Anexo RLA-69) se refiere en realidad al ordenamiento jurídico interno⁶³². Además, en el caso Nations Energy c. Panama, la Demandante precisa que el tribunal en este caso en ningún momento planteó que la expropiación podía afectar derechos adquiridos”⁶³³.
448. La Demandante coincide con el Reino de España en que en caso de que se alegue la expropiación de un derecho, éste derecho debe haber sido constituido, definido, formado y reconocido bajo el ordenamiento jurídico aplicable⁶³⁴. Sin embargo, la Demandante insiste en que el único requisito respecto del Derecho del Estado receptor de la inversión es que la inversión exista. En el presente caso no está en disputa que IIN se beneficiaba del derecho de disfrutar determinados rendimientos, por lo que este derecho si existía⁶³⁵.
- ii. *El Reino de España no puede esconderse tras su poder regulatorio para eludir su responsabilidad bajo el Artículo 13 TCE*
449. El Reino de España considera que las medidas incriminadas fueron adoptadas en ejercicio de su poder soberano (“*police powers*”), con lo cual no pueden considerarse como expropiatorias.
450. La Demandante explica que el propósito de la doctrina de “*police powers*” en derecho consuetudinario es permitir que un Estado pueda legislar y proteger intereses superiores, como el medio ambiente, la moralidad o el orden público y que la Demandada no puede acudir a esta doctrina en el presente caso.⁶³⁶
451. Efectivamente, precisa que es una norma de derecho consuetudinario y que como toda regla general se le puede derogar de conformidad con el principio *generalia specialibus non derogant*⁶³⁷. En el presente caso, el Artículo 13(1) contiene su propia definición de las medidas que deben considerarse expropiatorias, lo que es suficiente para rechazar la aplicación de la doctrina “*police powers*”⁶³⁸.

⁶³¹ Memorial de Réplica, ¶688.

⁶³² Memorial de Réplica, ¶¶693-695.

⁶³³ Memorial de Réplica, ¶¶696-698.

⁶³⁴ Memorial de Réplica, ¶699

⁶³⁵ Memorial de Réplica, ¶¶700-703

⁶³⁶ D. Bray (Devin), “Non-Compensatory versus Compensatory Takings Under NAFTA”, *Transnational Dispute Management* 7, 2012, páginas 17-18.

⁶³⁷ B. Mostafa, “The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law”, *Australian International Law Journal*, 2008, página 279.

⁶³⁸ Memorial de Réplica, ¶¶707-709.

452. Además, la Demandante subraya que existe una incertidumbre en la doctrina o la jurisprudencia arbitral respecto de qué medidas pueden considerarse como el resultado del ejercicio legítimo del poder soberano del Estado y su alcance⁶³⁹.
453. En tercer lugar, conforme a la argumentación de la Demandada bastaría para dar efecto a la doctrina “*police power*” que las medidas bajo examen fueran “*razonable[s] o proporcional[es] con el objetivo o el interés público que se persigue*”.⁶⁴⁰ La Demandante considera que esta interpretación es errónea, además de ser inconsistente con el Artículo 13(1) TCE.
454. La Demandante recuerda que, bajo el TCE, la persecución del interés público es un criterio de legalidad de una expropiación, y no de inexistencia de la expropiación, contrariamente a lo que parece afirmar la Demandada que sugiere que una medida que persiga el interés público no puede ser expropiatoria.⁶⁴¹ Esta grave inconsistencia confirma que no puede aplicarse la doctrina de “*police power*”.
455. La Demandante considera también que la jurisprudencia en la que se apoya la Demandada no aboga por la aplicación de la doctrina de “*police powers*”, al contrario, dichos precedentes generan dudas respecto de la relevancia o el contenido de dicha doctrina, cuando no la excluyen⁶⁴².
456. En el caso Fireman's Fund c. México,⁶⁴³ y caso CME c. la República Checa⁶⁴⁴ el Tribunal Arbitral en realidad aplicó la doctrina de “*sole effects*”⁶⁴⁵. En el caso Saluka c. la República Checa,⁶⁴⁶ el Tribunal Arbitral expresó serias dudas acerca del contenido de la doctrina de “*police powers*”. Por último, el tribunal en El Paso c. Argentina⁶⁴⁷ excluyó expresamente la aplicación de la doctrina de “*police powers*”, afirmando que⁶⁴⁸:

“[T]he Tribunal subscribes to the decisions which have refused to hold that a general regulation issued by a State and interfering with the rights of foreign investors can never be considered expropriatory because it should be analyzed as an exercise of the State's sovereign power or of its police powers.”

⁶³⁹ Memorial de Réplica, ¶¶110, 112.

⁶⁴⁰ Memorial de Contestación, ¶ 1015.

⁶⁴¹ Memorial de Réplica, ¶¶715-719; Memorial de Contestación, ¶ 1015.

⁶⁴² Memorial de Réplica, ¶720.

⁶⁴³ Memorial de Contestación, ¶ 1011.

⁶⁴⁴ Memorial de Contestación, ¶ 1012.

⁶⁴⁵ *Fireman's Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01, Laudo de 17 de julio de 2006, ¶ 176(f); **Anexo RLA-72: CME Czech Republic B.V. c. la República Checa**, CNUDMI, Laudo Parcial de 13 de septiembre de 2001, ¶¶ 200-201.

⁶⁴⁶ Memorial de Contestación, ¶ 1013.

⁶⁴⁷ Memorial de Contestación, ¶ 1014.

⁶⁴⁸ Memorial de Réplica, 721-724; **Anexo RLA-55: El Paso Energy International Company c. la República Argentina**, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo de 31 de octubre de 2011, ¶ 234.

457. La Demandante concluye afirmando que en el presente caso no cabe aplicar la doctrina de “*police powers*” para determinar si las medidas objeto de este arbitraje son medidas expropiatorias. Por lo tanto, los argumentos del Reino de España deben ser rechazados de plano.
458. Sin embargo, aun en caso que se pudiese aplicar la doctrina de “*police powers*”, dichas medidas se considerarían compensables. Afirma que el Reino de España es responsable del déficit tarifario, que las medidas adoptadas no fueron razonables y que disponía de cantidad de otras medidas que no hubieran tenido como efecto el de expropiar a Isolux INBV. El Reino de España no puede, por lo tanto, intentar eludir sus obligaciones bajo el Artículo 13 TCE⁶⁴⁹.
- iii. *Las medidas adoptadas por el Reino de España han resultado en la expropiación de la inversión de la Demandante*
459. La Demandante nota que la Demandada estima: que para considerar que una medida afecte significativamente el valor de una inversión “*es necesario que impida al inversor continuar operando sobre su inversión*”⁶⁵⁰. La Demandante nota que la Demandada ignora que una expropiación indirecta pueda resultar tanto de una pérdida de valor de la inversión, como es el caso en el presente arbitraje, como de una pérdida de control sobre la inversión⁶⁵¹.
460. La Demandante precisa que la jurisprudencia arbitral en la que se apoya el Reino de España, como el caso Electrabel c. Hungría⁶⁵², para insistir en que no puede existir expropiación sin pérdida de control sobre la inversión, también contempla que la expropiación consista en una privación sustancial o significativa, y que existe un consenso acerca del contenido del estándar de privación sustancial. Se considerará que ha habido privación sustancial cuando las medidas hayan tenido el efecto de desposeer al inversor de la inversión o de su control, y también cuando la pérdida sufrida por el inversor es “severa” o “radical”⁶⁵³.
461. El Reino de España alega también que una medida tiene que ser permanente, sin embargo, la Demandante nota que la Demandada no alega que las medidas objeto de este arbitraje no son permanentes⁶⁵⁴.
462. Finalmente, la Demandante precisa que no se entiende el argumento del Reino de España en el sentido de que “*cuando las medidas adoptadas por el Estado suponen una mejora*

⁶⁴⁹ Memorial de Réplica, ¶¶726-730.

⁶⁵⁰ Memorial de Contestación, ¶ 1030.

⁶⁵¹ Memorial de Réplica, ¶¶734-735.

⁶⁵² *Electrabel S.A. c. Repùblica de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, **Anexo RLA-3**: Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad de 30 de noviembre de 2012, ¶ 6.62.

⁶⁵³ Memorial de Réplica, ¶¶737-73-9.

⁶⁵⁴ Memorial de Réplica, ¶740.

*para la sociedad en general, y no existe un beneficio económico o una transferencia de activos clara hacia una entidad privada, no existe expropiación”*⁶⁵⁵

463. Sin embargo, la Demandante se refiere al Informe UNCTAD⁶⁵⁶ y toma nota de que no se menciona como condición negativa que exista una expropiación el hecho que una entidad privada no se beneficie de las medidas. Tampoco son relevantes las referencias del Reino de España a ciertos laudos arbitrales como S.D. Myers c. Canadá⁶⁵⁷ y Olgún c. Paraguay⁶⁵⁸.
464. La Demandante concluye afirmando que el Reino de España ha sido incapaz de sustentar su interpretación del concepto de expropiación.

c. La Demandante tiene derecho a compensación

465. La Demandante argumenta que la Demandada tiene que compensar a IIN por los daños causados como consecuencia de la vulneración de sus obligaciones bajo el TCE⁶⁵⁹, siguiendo el principio de reparación integral reconocido bajo el TCE⁶⁶⁰ y bajo el Derecho internacional consuetudinario⁶⁶¹, aplicado por la Corte Internacional de Justicia, los tribunales arbitrales⁶⁶² y codificado en el Artículo 31 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional⁶⁶³. Este principio está reconocido por el Reino de España⁶⁶⁴.

⁶⁵⁵ Memorial de Contestación, ¶ 1043.

⁶⁵⁶ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Series on Issues in International Investment Agreements, *Expropriation*, United Nations Series, New York and Geneva, 2012, **Anexo RLA-67**, pág. 104.

⁶⁵⁷ **Anexo RLA-80:** *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial de 13 de noviembre de 2000, ¶284.

⁶⁵⁸ Memorial de Réplica, ¶¶ 744 a 746; Memorial de Contestación, ¶¶ 1045-1046; **Anexo RLA-81:** *Audoro Armando Olgún c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/98/5, Laudo de 26 de julio de 2001.

⁶⁵⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 290-300.

⁶⁶⁰ **Anexo CLA-9:** Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a los intereses alemanes en la Alta Silesia polaca, Fábrica de Chorzów*, Fallo de 13 de septiembre de 1928.

⁶⁶¹ Memorial de Réplica, ¶¶751-752.

⁶⁶² Memorial de Demanda, ¶ 295; **Anexo CLA-1:** Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, A/RES/56/83, de 28 de enero de 2002.

⁶⁶³ Memorial de Demanda, ¶ 296; **Anexo CLA-10:** Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria c. Eslovaquia)*, Fallo de 25 de septiembre de 1997, pág. 5; **Anexo CLA-11:** *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001, ¶¶ 616-618; **Anexo CLA-26:** *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/08, Laudo, 6 de febrero de 2007, ¶ 353; **Anexo CLA-28:** *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo, 25 de julio de 2007, ¶ 267(e); **Anexo CLA-18:** *Petrobárt Limited c. República de Kirguistán*, Caso SCC No. 126/2003, Laudo, 25 de marzo de 2005, págs. 30-31; **Anexo CLA-30:** *Sempre Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, 18 de septiembre de 2007, ¶¶ 400-401; **Anexo CLA-34:** *National Grid c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, ¶¶ 269-270.

⁶⁶⁴ Memorial de Réplica, ¶¶754-755.

i. *Método de Valuación de los Daños Causados a IIN por el Reino de España*

466. El Perrito contratado por la Demandante para la evaluación de los daños sufridos por IIN, Deloitte, ha seguido la misma metodología que la que aplicó en su informe del 11 de julio de 2014 (el “**Primer Informe Deloitte**”) en su informe de réplica de 4 de junio de 2015 (el “**Segundo Informe Deloitte**”).
467. El método de valuación apropiado es el mismo en ambos casos de violación del Artículo 10(1) TCE y 13 TCE.
468. La Demandante recuerda que en el Primer Informe de Deloitte se acreditó que las tres medidas, objeto del presente arbitraje (la Ley 15/2012, el RDL 2/2013, y el RDL 9/2013), causaron una pérdida o disminución del justo valor de mercado de las Plantas, en las cuales IIN tiene una participación del 30,0065% a través de su inversión en T-Solar.⁶⁶⁵
469. Contrariamente a lo que alega la Demandada, que pretende que los daños de IIN son “*especulativos e hipotéticos*”⁶⁶⁶ y que IIN está reclamando que se le otorgue el FIT al que hubiese tenido derecho, durante la vida útil de las plantas, la Demandante recuerda que lo que pide es que se compense la pérdida de valor de la Empresa. Son daños reales y actuales⁶⁶⁷.
470. A efectos de determinar la pérdida o disminución del justo valor de mercado de la Empresa, Deloitte ha utilizado la metodología de descuento de flujo de caja o “*discounted cash flow*” (“**DCF**”). Sin embargo, el Reino de España pretende ahora que el método DCF es “*especulativo*”⁶⁶⁸ y que resulta “*improcedente*” en el presente caso.⁶⁶⁹
471. La Demandante rechaza dichas alegaciones precisando que el método DCF es un método reconocido, con mayor precisión y fiabilidad para determinar el valor de una empresa, es utilizado por IIN numerosas tribunales arbitrales⁶⁷⁰ y permite realizar una “*informed estimation*”⁶⁷¹ del valor de una empresa⁶⁷².

⁶⁶⁵ Primer Informe Deloitte, págs. 23-24.

⁶⁶⁶ Memorial de Contestación, ¶ 1077.

⁶⁶⁷ Memorial de Réplica, ¶764.

⁶⁶⁸ Memorial de Contestación, ¶ 1078.

⁶⁶⁹ Memorial de Contestación, ¶ 1081.

⁶⁷⁰ **Anexo CLA-29:** *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo de 20 de agosto de 2007, ¶ 8.3.3.

⁶⁷¹ *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C. y Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Laudo de 13 de marzo de 2015, ¶ 202.

⁶⁷² Memorial de Réplica, ¶769.

472. La Demandante toma nota también de que el Reino de España pone en tela de duda la relevancia del método DCF, mientras sus propios peritos no lo critican.⁶⁷³

473. La Demandante constata primero que el Reino de España desdobra las pretendidas “circunstancias” a las que se refiere para intentar demostrar que el método DCF no es apropiado⁶⁷⁴ y que aquellas circunstancias no tienen relevancia alguna. Sin embargo, aquellos argumentos no son ciertos según consta con el Primer Informe Deloitte⁶⁷⁵:

- la proyección de flujos de caja está basada en datos reales de producción entre 2008 y 2013, con lo que existe un historial financiero ampliamente suficiente;⁶⁷⁶
- existen datos relativos al mercado de la industria fotovoltaica como mínimo desde el año 2003, tanto a nivel nacional, en España, como a nivel de la Unión Europea;⁶⁷⁷
- se han utilizado parámetros ortodoxos y poco volátiles para realizar las proyecciones de flujos de caja como las características generales de las instalaciones, la variación anual del Índice General de Precios de consumo, etc.⁶⁷⁸
y
- las proyecciones a 25 años se basan en una estimación conservadora de la vida útil de una planta fotovoltaica, por lo que no puede considerarse desproporcionada.⁶⁷⁹

ii. *Las críticas del Reino de España al Primer Informe Deloitte carecen de fundamento*

474. La Demandante nota que el Reino de España alega que se ha reducido artificialmente la rentabilidad de las plantas⁶⁸⁰, tanto respecto de la valoración de la Empresa anterior a la promulgación de las medidas objeto del presente arbitraje, como posterior a ellas. Lo anterior, no tiene sentido, ya que, la reclamación de IIN concierne la diferencia en el valor de la Empresa antes y después de la implementación de las medidas litigiosas. Entonces, aun siendo cierta dicha afirmación, no reduciría los montos reclamados por IIN.

475. Además, como se expone en el Segundo Informe Deloitte, “*los gastos considerados son idénticos en las situaciones a estudio, a excepción del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica y el alquiler de los terrenos sobre los que se sitúan las*

⁶⁷³ Ver, Informe pericial preparado por MaC Group y Altran, de 3 de diciembre de 2014.

⁶⁷⁴ Memorial de Contestación, ¶ 1081 (i), (iv) y (v).

⁶⁷⁵ Memorial de Réplica, ¶774

⁶⁷⁶ Primer Informe Isolux, pág. 51.

⁶⁷⁷ Primer Informe Isolux, pág. 27.

⁶⁷⁸ Primer Informe Deloitte, pág. 51.

⁶⁷⁹ Primer Informe Deloitte, págs. 57 y 59.

⁶⁸⁰ Memorial de Contestación, ¶ 1083.

plantas solar fotovoltaicas de Arnedo y Orense”.⁶⁸¹ Son además perfectamente razonables, al ser costes de mercado.⁶⁸²

476. En relación con el argumento del Reino de España que afirma que la valuación del daño causado a IIN no refleja el daño efectivamente sufrido por IIN porque no posee directamente la Inversión y que, aunque disminuya el valor de una sociedad, sus matrices seguirían beneficiándose de *cash flows*, la Demandante recuerda que éste argumento es irrelevante puesto que la cuantificación del daño causado a IIN pasa por la valuación de la afectación al valor de la Empresa, es decir, de su Inversión.

iii. *Cuantificación de los daños sufridos por IIN*

477. Una vez llevado a cabo el ejercicio de DCF, Deloitte ha determinado que las medidas del Reino de España han causado, respectivamente, las siguientes pérdidas en el Justo Valor de la Empresa:

- Ley 15/2012: € **823.000**
- RDL 2/2013: € **458.000**
- RDL 9/2013: € **67.619.000**

478. En total, los incumplimientos del TCE por parte del Reino de España han causado un perjuicio económico a IIN de € **68.900.000**.

479. La Demandante añade que además del anterior perjuicio económico, las violaciones del TCE por parte del Reino de España han privado a IIN de la oportunidad de invertir y disponer de los frutos correspondientes a los montos de los que ha sido privado. Por lo tanto, IIN tiene derecho al cobro de intereses sobre los daños sufridos, contados desde la fecha de promulgación de la última medida objeto del presente arbitraje (el 13 de julio 2013) hasta la fecha en la que efectivamente cobre un eventual laudo dictado en su favor. Deloitte, considera que de haber podido invertir libremente en el mercado los montos correspondientes a los daños sufridos, hubiera podido obtener una rentabilidad del 7,398% lo que corresponde a la “rentabilidad razonable” que el Reino de España garantiza, de acuerdo con el nuevo régimen consagrado por el RDL 9/2013, a inversores en el sector fotovoltaico. Deloitte concluye que el 7,398% es, por consiguiente, una tasa de interés apropiada para remunerar la pérdida financiera ocasionada por las violaciones de la Demandada⁶⁸³.

⁶⁸¹ Segundo Informe Deloitte, pág. 61.

⁶⁸² Memorial de Réplica, ¶¶777- 782; Segundo Informe Deloitte, pág. 62.

⁶⁸³ Segundo Informe Deloitte, pág. 17.

480. Aplicando la anterior tasa a los daños reclamados por la Demandante, los intereses acumulados a la fecha del Memorial de Réplica ascienden a: € 9.968.000⁶⁸⁴.

2. Posición de la Parte Demandada

481. En relación con el fondo del asunto, la Demandada contesta primero a la presentación de los hechos realizada por la Demandante (a), antes de responder a los argumentos planteados por la Demandante, afirmando que no ha vulnerado el Artículo 10(1) TCE (b) y que tampoco ha vulnerado el Artículo 13 (c). En tercer lugar, considera que la Demandante no tiene derecho a compensación, ya que, no se ha reducido la rentabilidad de la inversión (d).

a. Consideraciones relativas a los hechos

i. La desinversión de ISOLUX

482. ISOLUX ha procedido a una desinversión y la pretendida inversión de ISOLUX se resume en una operación de recolocación de activos en la sociedad Isolux INBV. La operación de recolocación de activos se evidencia en el Acuerdo de Inversión del 29 de junio de 2012 en virtud del cual las participaciones de ISOLUX en T-Solar se aportan a IIN. Este Acuerdo fue ejecutado el 29 de octubre de 2012⁶⁸⁵. Además, las 34 Plantas fotovoltaicas ya se encontraban en funcionamiento y financiadas cuando las participaciones en el Grupo T-Solar fueron aportadas. Efectivamente, entre el 2008 y el 2009, un total de 40 contratos de construcción se celebraron por ISOLUX para costes iniciales de instalación de un importe de 820 millones de euros. Según la Demandada, existe una flagrante vinculación, tanto en los costes iniciales de inversión de las instalaciones (EPC), como en los costes posteriores de O&M, que se encuentra reflejada igualmente en las Cuentas Individuales de las sociedades SPV titulares de las plantas⁶⁸⁶.

ii. El marco regulatorio

483. La Demandada detalla este marco regulatorio en su Memorial de Contestación en la sección III.D.

484. En relación con el marco regulatorio, la Demandada coincide con el Memorial de Demanda donde se afirmó que la LSE de 1997 garantizó una “rentabilidad razonable”. Sin embargo, la Demandada no considera este concepto como un techo, ni un suelo ni como un objetivo⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ Memorial de Réplica, pp. 177-178.

⁶⁸⁵ Memorial de Contestación, ¶¶65-71; Memorial de Dúplica, ¶¶557-561.

⁶⁸⁶ Memorial de Contestación, ¶¶69-71.

⁶⁸⁷ Memorial de Dúplica, ¶562-563.

485. La Demandada precisa también que el Artículo 30.4 LSE reconoce a los productores de energía eléctrica un derecho a percibir una rentabilidad razonable con referencia a un indicador en particular, es decir “al coste del dinero en el mercado de capitales” sin que de éste reconocimiento pueda derivarse que de la LSE 1997 asegura una petrificación de los iniciales incentivos aplicables a sus instalaciones durante toda su vida útil ni que garantice en modo alguno la inamovilidad reglamentaria regulatoria de dicho esquema de incentivos⁶⁸⁸.
486. Además, el Memorial de Contestación aclara que el Artículo 30.4 LSE no garantiza el derecho a la percepción de un FIT o tarifa. En sus sucesivas redacciones jamás se empleó la expresión “tarifa” sino que se mantuvo la expresa referencia tanto a las “tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales”, como a la percepción de una “prima” complementaria a la retribución de mercado⁶⁸⁹.
487. No existe un modelo retributivo único aplicable a las instalaciones fotovoltaicas. El objetivo del RD 661/2007 como de las sucesivas normas adoptadas en desarrollo de la LSE 1997, no persigue asegurar a las instalaciones, acogidas al régimen de producción especial, el derecho a una petrificación del esquema de incentivos en él contemplado, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizadas para fijar las primas, ni mucho menos la inmutabilidad de éste a lo largo del tiempo. La jurisprudencia lo confirmó⁶⁹⁰.
488. El Tribunal Supremo confirmó aquellas consideraciones en dos sentencias dirigidas a ISOLUX y T-Solar en septiembre y octubre de 2012 desestimando las demandas interpuestas por ISOLUX y T-Solar contra el RD 1565/2010, de 19 de noviembre⁶⁹¹.

688 Memorial de Dúplica, ¶564.

689 Memorial de Contestación, ¶95.

690 Memorial de Dúplica, ¶568.

691 **Anexo R-139:** Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012 dictada en el Litigio Isolux Corsán, S.A. contra el RD 1565/2010, rec. 60/2011; **Anexo R-141:** Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2012 dictada en el Litigio T-Solar y 117 SPVs contra el RD 1565/2010, rec. 64/2011; **Anexo R-48:** Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2011, rec. 16/2011; de 12 de abril de 2012, rec. 35, 50 y 112/11; de 19 de abril de 2012, rec. 39 y 97/11, de 23 de abril de 2012, rec. 47/2011; de 3 de mayo de 2012, rec. 51 y 55/2011; de 10 de mayo de 2012, rec. 61 y 114/2011; de 14 de mayo de 2012, rec. 58/2011; de 16 de mayo de 2012, rec. 46/11; de 18 de mayo, rec. 70 y 74/11; de 22 de mayo de 2012, rec. 45 y 49/11; de 30 de mayo de 2012, rec. 59/2011; de 18 de junio de 2012, rec. 54, 56, 57 y 63/11; de 25 de junio de 2012, rec. 109 y 121/11; de 26 de junio de 2012, rec. 566/10; de 9 de julio de 2012, rec. 67, 94 y 101/11; de 12 de julio de 2012, rec. 52/11; de 16 de julio de 2012, rec. 53, 75 y 119/11; de 17 de julio de 2012, rec. 19 y 37/11; de 19 de julio de 2012, rec. 44/2011; de 25 de julio de 2012, rec. 38/2011; de 26 de julio de 2012, rec. 36/11; de 13 de septiembre de 2012, rec. 48/11; de 17 de septiembre de 2012, rec. 43, 87, 88, 106 y 120/11; de 18 de septiembre de 2012, rec. 41/11; de 25 25 de septiembre de 2012, rec. 71/11; de 27 de septiembre de 2012, rec. 72/2011; de 28 de septiembre de 2012, rec. 68/2011; de 8 de octubre de 2012, rec. 78, 79, 100 y 104/11; de 10 de octubre de 2012, rec. 76/2011; de 11 de octubre de 2012, rec. 95 y 117/11; de 15 de octubre de 2012, rec. 64, 73, 91, 105 y 124/11; de 17 de octubre de 2012, rec. 102/2011; de 23 de octubre de 2012, rec. 92/2011; de 30 de octubre de 2012, rec. 96/2011; de 31 de octubre de 2012, rec. 77 y 126/11; de 5 de noviembre de 2012, rec. 103/2011; de 9 de noviembre de 2012, rec. 89/2011; de 12 de noviembre de 2012, rec. 98 y 110/11; de 16 de noviembre de 2012, rec. 116/11; de 21 de noviembre de 2012, rec. 34/2011 y 26 de noviembre de 2012, rec. 125/2011.

489. El marco regulatorio en el momento de la inversión de la Demandante viene reforzado por las numerosas declaraciones del Gobierno, programas y otros documentos públicos que advirtieron de la reforma del Sector a cualquier inversor diligente⁶⁹².
490. Posteriormente a la inversión de la Demandante, las medidas legislativas cuestionadas se adoptaron de conformidad al TCE y se acomodaron estrictamente a los principios interpretativos que la jurisprudencia había explicitado en las numerosas sentencias dictadas tras la adopción del RD 1565/2010⁶⁹³.
491. La Demandada nota que la Demandante en su Memorial de Demanda omite aquellos hechos sumamente relevantes y que demuestran la buena fe del Reino de España en el momento de adoptar las medidas cuestionadas⁶⁹⁴:
- a) los recursos interpuestos por ISOLUX y el Grupo T-Solar Global, S.A contra el Real Decreto 1565/2010, desestimado por Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2012 y del 15 de octubre de 2012, recordadas anteriormente;
 - b) las demandas interpuestas por diversas sociedades dependientes del Grupo T-Solar Global ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra el RD 1565/2010 y el Real Decreto-Ley 14/2010 por afectar al régimen económico del sector

⁶⁹² Transcripción del Discurso de Mariano Rajoy en la sesión de investidura como presidente del Gobierno, Congreso de los Diputados, lunes, 19 de diciembre de 2011, www.lamoncloa.gob.es (R-63); Nota de prensa La CNE analiza la revisión de los peajes de acceso y determinadas tarifas y primas de las instalaciones de régimen especial, Comisión Nacional de la Energía, 28 de diciembre de 2011 (R-64); Nota de prensa El Gobierno suspenderá de forma temporal las primas de nuevas instalaciones de régimen especial, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, 27 de enero, de 2012 (R-66) ; Informe sobre el sector energético español Parte I. Medidas para garantizar la sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico, Comisión Nacional de Energía, 7 de marzo de 2012 (R-69) Informe sobre el sector energético español. Introducción y Resumen Ejecutivo, Comisión Nacional de Energía, 7 de marzo de 2012 (R-70), para cuya elaboración la CNE había abierto un periodo de consulta pública; Información sobre la consulta pública medidas de ajuste regulatorio en el sector energético de 2 de febrero y 9 de marzo de 2012 publicado en la web de la Comisión Nacional de Energía, www.cne.es (R-68); Programa Nacional de Reformas 2012, Gobierno de España, de 27 de abril (R-72) que anuncia una profunda reforma del sector eléctrico, remitido por el Consejo de Ministros al Consejo de la Unión Europea y a la Comisión Europea; Documento Seis Meses de Gobierno: Reformar para Crecer, Secretaría de Estado de Comunicación Ministerio de la Presidencia, 9 de julio de 2012 (R-75) , en el que se anuncia el Real Decreto Ley 13/2012; Documento Las reformas del Gobierno de España: La determinación frente a la crisis, Secretaría de Estado de Comunicación, Septiembre 2012 (R-77) ; "Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013" aprobado por el Gobierno el 27 de septiembre de 2012 Referencia del Consejo de Ministros de 27 de septiembre de 2012, www.lamoncloa.gob.es (R-78) Estrategia Española de la Política Económica: Balance y reformas estructurales para el próximo semestre, Gobierno de España, 27 de septiembre de 2012 (R-79) , donde se contempla la "Reforma energética" y su rueda de prensa posterior; Nota de prensa del Consejo de Ministros del 27 de septiembre de 2012, www.lamoncloa.gob.es (R-80) ; Aprobación del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de marzo de 2012 (R-76) y aprobación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 14 de julio de 2012 (R-81).

⁶⁹³ Memorial de Duplicata, ¶¶571-572.

⁶⁹⁴ Memorial de Duplicata, ¶573.

fotovoltaico. No se tiene constancia de la admisión a trámite de tales demandas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- c) el arbitraje SCC V 062/2012 iniciado por Charanne B.V. y Construction Investments S.à.r.l. contra el Reino de España, al amparo del Artículo 26 del TCE sobre el RD 1565/2010 y el Real Decreto Ley14/2010.

iii. *Sobre el marco económico estable y predecible*

492. La Demandada contesta las afirmaciones de la Demandada según las cuales Isolux INBV garantizó un marco económico estable y predecible, invocando los tres Planes y Programas del Gobierno. En relación con el Plan de energías Renovables 2011-2020, la Demandada nota que no se refiere a una remuneración por medio de un FIT sino a un “marco económico estable y predecible” conforme al Sistema regulatorio en su conjunto. Esta estabilidad económica, en palabras del propio Plan, se refiere al marco retributivo, no a las normas legales que lo establezcan. De hecho, el invocado Plan 2011-2020 prevé expresamente la revisión de los niveles de retribución, “garantizando siempre las tasas de rentabilidad razonables”⁶⁹⁵. La Demandada considera que tampoco la Demandante puede referirse al prospecto del IDEA de 2010 o a los informes de la CNE de 2007, 2008 y 2009 por razones detalladas más adelante⁶⁹⁶.

iv. *Sobre el FIT a largo plazo y la rentabilidad razonable*

493. La Demandada también disputa el hecho de haber garantizado un FIT a largo plazo a las Plantas. El Artículo 30.4 de la LSE 1997 no pudo generar legítimas expectativas al respecto, y tampoco los RRDD 661/2007 y 1579/2008. Así opinaban, según la Demandada, tanto la Demandante como ISOLUX, T-Solar y las sociedades tenedoras de las Plantas que sostenían en el 2011 que su derecho consistía, no en un FIT a largo plazo, sino en obtener una rentabilidad conforme a un modelo que garantiza una retribución razonable por los costes, inversiones y riesgo incurrido⁶⁹⁷.

494. También en el 2011, en el momento de plantear sus respectivos recursos ante el Tribunal Supremo, ISOLUX y T-Solar no estaban reclamando una rentabilidad razonable como fin, no como suelo o “mínimo” por las Plantas. Además, consideraban que su rentabilidad esperada era una cantidad fija que estiman en torno a un 7% y que calcularon la rentabilidad de las Plantas mediante prueba pericial en un 6,19% tras la Ley 2/2011.

⁶⁹⁵ Memorial de Dúplica, ¶¶578; C-207, pp. 50, 14, 536.

⁶⁹⁶ Memorial de Dúplica, ¶578.

⁶⁹⁷ Memorial de Réplica, ¶580.

v. Sobre la previsibilidad de las medidas adoptadas por el Reino de España

495. La Demandante considera que las medidas adoptadas no eran previsibles y, según la Demandada, minimiza o interpreta los sucesivos anuncios del Gobierno desde noviembre 2011 en un sentido que le conviene, o niega la relevancia y conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
496. Niega que los sucesivos anuncios del Gobierno desde noviembre de 2011 pudiesen permitir predecir un cambio estructural radical⁶⁹⁸. La Demandada pone de relieve que en estos anuncios se incluía una expresa vinculación entre las primas, los costes que generan en el sistema o la voluntad de ajustar dichos costes⁶⁹⁹. Oculta también las reformas adoptadas posteriormente a los RRDD 661/2007 y 1578/2008 y antes de las medidas incriminadas⁷⁰⁰.
497. Según lo repetido por la Demandada, en el 2011 ISOLUX y T-Solar eran plenamente conscientes de la posible reforma del régimen de retribuciones, según lo atesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de tal forma que la existencia de los pleitos ante el TS fue comunicada expresamente a su futuro socio canadiense PSP Investments en junio de 2012⁷⁰¹. Todo ello pone de manifiesto las infundadas afirmaciones de ISOLUX INBV.

vi. Sobre el carácter razonable de las medidas adoptadas por el Reino de España

498. Como hecho novedoso del Memorial de Réplica, la Demandante desarrolló argumentos en oposición a la razonabilidad de las medidas. La Demandante se fundamenta en el informe de KPMG donde los peritos destacaron alternativas a las medidas adoptadas por el Reino de España⁷⁰².

⁶⁹⁸ Memorial de Dúplica, ¶583.

⁶⁹⁹ Memorial de Dúplica, ¶583; **Anexo R- 72**: Programa Nacional de Reformas de 27 de abril de 2012, Gobierno de España. “*Las partidas con una mayor contribución al crecimiento de los costes de las actividades reguladas han sido las primas del régimen especial [...] En un futuro inmediato se profundizará en estas medidas, de forma que todos los sectores contribuyan de forma equilibrada al ajuste de los costes regulados.*”

⁷⁰⁰ Memorial de Dúplica, ¶588.

⁷⁰¹ **Anexo R-215**: Disclosure letter aportada en fase de producción de documentos, por ISOLUX INBV, pág 17: “*On-going regulatory or administrative actions: on January 21, 2011, Grupo T-Solar Global S.A., together with the Spanish Companies engaged in the solar photovoltaic line of business, filed a claim before the Spanish Supreme Court against Royal Decree 1565/2010 for the purposes of requesting the annulment of the Royal Decree in those precepts that harm the legitimate rights and interests of Grupo T-Solar Global, S.A. and to sentence the Administración General del Estado of Spain to repair damages that the application of the Royal Decree causes to T-Solar to the extent that they are forced to undertake major investments to meet certain requirements of technical nature that were not required at the time of the promotion of its solar power plants*”.

⁷⁰² Informe adjuntado con el Memorial de réplica denominado “Informe KPMG”.

499. La Demandante niega que éstas medidas no sean razonables. El Informe pericial de Mac Group-Altran⁷⁰³ acredita que (1) las alternativas propuestas adolecen de un error de base, cual es el obviar sus aspectos o consecuencias legales y presupuestarias, y que (2) aun entrando a examinarlas como hipótesis, éstas no son preferibles a la opción tomada por el Legislador español, procede negar que las medidas adoptadas por el Reino de España fuesen irrationales⁷⁰⁴.
500. La Demandada nota que de hecho el Informe de KPMG nunca califica de “irrationales” las medidas adoptadas por el Gobierno. La Demandada recuerda que el criterio que ha de seguir el Tribunal Arbitral al resolver no es la preferencia de unas medidas frente a otras alternativas, sino si las medidas cuestionadas son o no exorbitantes: “*Unreasonable measures*”⁷⁰⁵.
501. Aquellas medidas aparecen razonables también por la rentabilidad percibida tras la reforma. La nueva normativa concede un 7,398% de rentabilidad respecto de los parámetros establecidos de plantas tipo en la Orden Ministerial de 16 de junio de 2014⁷⁰⁶. Esta rentabilidad aparece además razonable en comparación con las propias previsiones de Isolux, puesto que, en mayo de 2011, la previsión de rentabilidad de las plantas FV tras la Ley 2/2011 fue calculada pericialmente por Deloitte en un máximo de 6,19%⁷⁰⁷.
502. Esta razonabilidad perduraría, de acuerdo con la posición de la Demandada, aun en el hipotético supuesto de que se considerasen los costes declarados por ISOLUX. La Demandada niega que esos costes son aplicables para determinar la rentabilidad razonable. En esta hipótesis, Isolux INBV percibiría una rentabilidad del 6,39%, superior al 6,19% previsto como máximo en mayo de 2011 por Deloitte⁷⁰⁸.
503. La Demandante realiza también una enumeración de las cuestiones relevantes omitidas por Isolux INBV en su Memorial de Demanda y en su Memorial de Réplica. Entre ellos cabe subrayar nuevamente que la existencia de los procedimientos judiciales, que podrían suponer una vulneración de las garantías dadas por Isolux a PSP y que se estaban tramitando ante el Tribunal Supremo del Reino de España, fueron señalados por ISOLUX a PSP en el “Disclosure Letter” del 29 de junio de 2012⁷⁰⁹. Esta carta deja claro que ambos accionistas de Isolux INBV conocían perfectamente la pendencia de la Sentencia sobre las plantas propiedad de T-Solar⁷¹⁰.

⁷⁰³ Informe pericial de Altran-Mac Group, adjuntado con la presente Memorial de Dúplica.

⁷⁰⁴ Memorial de Dúplica, ¶597.

⁷⁰⁵ Memorial de Dúplica, ¶598.

⁷⁰⁶ Memorial de Dúplica, ¶601.

⁷⁰⁷ Memorial de Dúplica, ¶602; **Anexo R-217**: Informe pericial de Deloitte de 23 de mayo de 2011, aportado por ISOLUX ante el Tribunal Supremo, página 54

⁷⁰⁸ Memorial de Dúplica, ¶¶603-607.

⁷⁰⁹ **Anexo R- 215**: Disclosure Letter dated de 29 de junio de 2012. Cláusula 11.1.4.

⁷¹⁰ Memorial de Dúplica, ¶609.

vii. En mayo 2011 ISOLUX conocía el marco y el riesgo regulatorio

504. En mayo de 2011, ISOLUX planteó una demanda ante el Tribunal Supremo impugnando preceptos del RD 1565/2010, demanda que dio lugar a una Sentencia del mismo notificada el 29 de septiembre de 2012 a la Demandante⁷¹¹. La Demandada considera que la posición adoptada por ISOLUX en esta época⁷¹² es determinante porque contradice la posición que defiende en el marco del presente arbitraje⁷¹³.

505. En esta acción ejercitada en mayo de 2011 aparece que:

- ISOLUX admite un riesgo regulatorio en el sector fotovoltaico. ISOLUX reconoció expresamente la posibilidad de que el régimen jurídico que regula la retribución de las energías renovables sea modificado y que la reforma operada por el RD 1565/2010 convirtió a España en un país carente de seguridad jurídica para los inversores, “*dejando sin efecto la garantía de estabilidad prometida*”⁷¹⁴.

Además, ISOLUX en la demanda ante el TS no sólo sostiene la falta de seguridad jurídica en el sector de las energías renovables, sino que llega a afirmar, por una parte, que ya se ha dejado sin efecto la garantía de estabilidad del régimen jurídico aplicable y, por otra, que era previsible una modificación del régimen dada la situación de crisis existente⁷¹⁵. La Demandada nota la contradicción entre éstas afirmaciones y las alegaciones que ISOLUX INBV realiza en el arbitraje sobre la supuesta estabilidad del marco regulatorio hasta la promulgación de la Ley 15/2012, y en particular, el RDL 3/2009. La inestabilidad sostenida por ISOLUX en 2011 no se circunscribe a cuestiones remuneratorias de supresión de tarifas, sino que engloba también la exigencia de nuevos requisitos técnicos que disminuyen las rentabilidades previstas⁷¹⁶.

- El parámetro normativo aplicable es el Artículo 30.4 de la LSE. ISOLUX considera en el año 2011 que no existe una garantía ni un compromiso del Gobierno con sus plantas fotovoltaicas, y que no existe límite alguno, salvo el respeto del principio legal de rentabilidad razonable, para modificar el sistema de retribución mediante FIT establecido reglamentariamente. Afirma que: “*Ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la*

⁷¹¹ **Anexo R-220:** Soporte documental de la Notificación telemática efectuada por el Tribunal Supremo, de la Sentencia de 24 de septiembre de 2102 a ISOLUX, el 27-09-2011, a las 11:27:09''.

⁷¹² **Anexo R-214:** Demanda interpuesta por ISOLUX el 27 de mayo de 2011, en el Procedimiento ordinario 60/2011, resuelto por medio de Sentencia firme del Tribunal Supremo de fecha 24 de septiembre de 2012. Memorial de Duplicata, ¶¶611-612.

⁷¹⁴ Memorial de Duplicata, ¶614 ; **Anexo R-214:** Demanda de ISOLUX, p.9 ; p.10 y 11.

⁷¹⁵ Memorial de Duplicata ¶617 ; **Anexo R-214:** Demanda de ISOLUX, p.30: “*Todas estas manifestaciones de defensa de la seguridad jurídica y la continuidad del régimen económico podían hacer prever, como decíamos, una nueva reducción de tarifas pero nunca su eliminación total y absoluta, más cuando el propio Artículo 44.3 del RD 661/2007 aseguraba a los inversores de plantas en funcionamiento que eso no ocurriría.*”.

⁷¹⁶ Memorial de Duplicata, ¶620.

eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE (...). Ese marco viene establecido, entre otros preceptos, en el propio Artículo 30.4⁷¹⁷.

- ISOLUX sostenía un modelo retributivo no vinculado a un FIT. En el 2011, ISOLUX sostenía y reclamaba retribuciones que no se basaban en el mantenimiento del FIT sino en un modelo que asegure la obtención de una retribución razonable por sus costes, inversiones y riesgos incurridos⁷¹⁸. Según ISOLUX, la estabilidad del marco regulatorio se cumple con un modelo que permita a las empresas confiar en que podrán recuperar sus costes y obtener una razonable rentabilidad para sus inversiones⁷¹⁹.
- ISOLUX sostenía que una rentabilidad razonable es en torno al 7%⁷²⁰.
- ISOLUX sostenía que la rentabilidad razonable del 7% era un fin u objetivo y no un mínimo o suelo a partir del cual obtener más beneficios. ISOLUX había realizado previsiones de rentabilidad tras los RRDD 661/2007 y 1565/2010. La Demandada explica que, en su demanda del 2011 ante el Tribunal Supremo de, por medio de un informe pericial, ISOLUX indicó la retribución que esperaba obtener por sus plantas fotovoltaicas al hacer la inversión conforme al RD 661/2007. Su resultado fue que acometió la inversión esperando obtener un 6,41%. Cuantificó pericialmente la rentabilidad obtenida con la reforma operada por el RD 1565/2010 a una tasa de rentabilidad comprendida entre el 5,79% y el 5,46%. Sostenía ISOLUX que la primera cifra (6,41%) era una rentabilidad razonable, mientras la rentabilidad de 5,46% no era razonable, por lo que infringía el Artículo 30.4 LSE⁷²¹.

Tras la adopción de la Ley 2/2011, el informe de Deloitte del 23 de mayo de 2011⁷²² calculó esta nueva rentabilidad “*aplicando el escenario de precios más favorable (el más alto) a la comparativa, se sigue produciendo una reducción de la rentabilidad, 0,22 % (pasa del 6,41% al 6,19%)*”⁷²³. Resulta que las expectativas de rentabilidad, en junio y en octubre de 2012 cuando la Demandante realizó su inversión no podían ser superiores al 6,19%.

⁷¹⁷ Memorial de Duplicata, ¶622.

⁷¹⁸ Memorial de Duplicata, ¶626; **Anexo R-214**: Demanda de ISOLUX, p.49: “*Se pretendía crear un marco jurídico lo suficientemente estable como para animar a los inversores a desarrollar este tipo de proyectos. De ahí que la Ley les asegurase la obtención de una retribución razonable por sus costes, inversiones y riesgo incurridos.* [...] “*La defensa de los intereses generales exige dar estabilidad al marco regulatorio, [...] que dé confianza a los inversores y a los mercados de capitales. Es necesario que éstos perciban un MODELO que permita a las empresas confiar en que podrán recuperar sus costes y obtener una razonable rentabilidad para sus inversiones.*”

⁷¹⁹ Memorial de Duplicata, ¶627.

⁷²⁰ Memorial de Duplicata, ¶¶632-634.

⁷²¹ Memorial de Duplicata, ¶637.

⁷²² **Anexo R-217**: Informe Deloitte de 23 de mayo de 2011, páginas 54 y 55.

⁷²³ Memorial de Duplicata, ¶641.

viii. *En julio de 2011, T-Solar y las Plantas conocía el marco y el riesgo regulatorio*

506. En julio de 2011 T-Solar junto con las Plantas, plantearon una demanda ante el Tribunal Supremo contra preceptos del RD 1565/2010⁷²⁴. Esta demanda pone de relieve lo siguiente:

- T-Solar sostenía la inestabilidad del Marco regulatorio al instar de ISOLUX⁷²⁵.
- T-Solar exponía que el marco regulatorio aplicable era el Artículo 30.4 de la LSE. No sostenía ni reclamaba compromiso alguno de mantenimiento de un FIT a largo plazo, ni se exponía que ello fuera un límite a la capacidad reglamentaria del Gobierno⁷²⁶. La Demandada nota también que las sociedades tenedoras de las Plantas y T-Solar invocaron expresamente en su demanda, entre otras⁷²⁷, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009⁷²⁸. Paradójicamente, Isolux INBV señala en el procedimiento arbitral que dicha Sentencia es irrelevante y que no tenía obligación de conocerla⁷²⁹.
- T-Solar y las sociedades tenedoras de las Plantas esperaban una retribución razonable por los costes, inversiones y riesgo incurridos al igual que ISOLUX⁷³⁰.
- Las retribuciones previstas por T-Solar y las sociedades tenedoras de las Plantas esperaban retribuciones según las tasas de rentabilidad descritas anteriormente, idéntico que ISOLUX. Tenían la previsión de rentabilidades de las plantas de un máximo del 6,19%. Por tanto, sus expectativas de rentabilidad, en junio y octubre de 2012, respecto de las Plantas FV cuyas acciones ostentaba T-Solar, no podían ser superiores al 6,19% TIR⁷³¹.
- La Demandada destaca que las sociedades tenedoras de las Plantas y T-Solar en su demanda de julio de 2011 realizaron una prueba pericial expresa sobre la

⁷²⁴ **Anexo R-222:** Demanda de T-solar y las Sociedades tenedoras de las Plantas objeto del presente arbitraje de 4 de julio de 2011.

⁷²⁵ Memorial de Dúplica, ¶¶647-650; **Anexo R-222:** Demanda de T-Solar y las Plantas objeto del presente arbitraje, de 4 de julio de 2011, página 49: “el RD 1565/2010 ha dado lugar a un estado de palmaria confusión e incertidumbre en cuanto al régimen jurídico aplicable a las entidades solares fotovoltaicas de titularidad de las entidades recurrentes; y (ii) el RD 1565/2010 ha quebrantado la confianza legítima de las entidades recurrentes en la estabilidad del marco regulatorio técnico y económico aplicable a las instalaciones solares fotovoltaicas de su titularidad, como consecuencia de las profundas modificaciones de este marco regulatorio que el Real Decreto ha impuesto con carácter retroactivo.”

⁷²⁶ Memorial de Dúplica, ¶651.

⁷²⁷ **Anexo R-222:** La demanda de T-Solar de 4 de julio de 2011 cita e invoca: (página 143) STS de 9 de diciembre de 2009; (págs. 125 y 144) STS de 25 de octubre de 2006; (pág. 144) STS de 20 de marzo de 2007.

⁷²⁸ Idem. P. 143.

⁷²⁹ Memorial de Dúplica, ¶653.

⁷³⁰ Memorial de Dúplica, ¶¶ 655-657.

⁷³¹ Memorial de Dúplica, ¶¶658-662.

razonabilidad de la rentabilidad obtenida a partir del RD 1565/2010, aún no teniendo en cuenta el TIR aproximado del 7%. Para ello, Deloitte en su Informe de 23 de mayo de 2011 comparó la rentabilidad que obtienen con el coste del dinero en los mercados de capitales, tomando parámetros de este coste que sean comparables. Deloitte eligió, entre las posibilidades existentes, como parámetro más acertado, la rentabilidad que ofrecen las obligaciones del Reino de España a diez y a treinta años⁷³². La Demandada añade que el bono español a 10 años, ha sido también el utilizado por el Reino de España para determinar la rentabilidad razonable tras las reformas de 2013 de tal forma que ello contradice la supuesta no razonabilidad de las medidas adoptadas en 2013, que sostiene ahora Isolux INBV. Concluye afirmado que: “*la utilización por el Reino de España del parámetro del Bono español a diez años (el sostenido por Deloitte), aumentado en 300 puntos conforme a la reforma del RDL 9/2013, da la medida de la evidente razonabilidad de las rentabilidades que el nuevo sistema otorga a todos los inversores, nacionales o extranjeros, en el sector de las energías renovables*”⁷³³.

ix. *La Demandante conocía la posición del Tribunal Supremo en cuanto a la retroactividad*

507. En relación con la alegada retroactividad de las medidas impugnadas, la Demandada precisa que el Tribunal Supremo también desestimó las pretensiones de ISOLUX y T-Solar, considerando que las medidas de aplicación inmediata no entraban dentro del ámbito de la retroactividad prohibida. En particular, la Demandada explica que, al tiempo de efectuarse la recolocación en octubre de 2012, Isolux INBV conocía plenamente que las modificaciones normativas que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en relaciones o situaciones jurídicas sostenidas en el tiempo iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor, no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida. Sólo se produce la retroactividad prohibida si la nueva norma obliga a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores⁷³⁴.
508. En el Memorial de Réplica la Demandante sostiene que el RDL 9/2013 es retroactivo pues “*la fórmula de cálculo [...] extiende sus efectos hacia el pasado al tener en cuenta los ingresos percibidos por las instalaciones y, por tanto, afecta a hechos pretéritos, altera la realidad ya consumada en el tiempo y anula efectos jurídicos agotados.*”⁷³⁵ Sin embargo, la Demandante no entiende que “*extiende sus efectos hacia el pasado al tener*

⁷³² Memorial de Dúplica, ¶664.

⁷³³ Memorial de Dúplica, ¶668.

⁷³⁴ Memorial de Dúplica, ¶690.

⁷³⁵ Memorial de Dúplica, ¶691.

en cuenta los ingresos percibidos”. Estos ingresos se tienen en cuenta, pero no le afectan, pues en ningún caso se le exige devolver las cantidades que haya percibido.

509. Finalmente, la Demandada subraya que el Tribunal Supremo había precisado que el ordenamiento jurídico podía ser objeto de una modificación retributiva que, permitiendo obtener una rentabilidad razonable con referencia al precio del dinero, pudiera no implicar la percepción de una prima o tarifa regulada. Cuando se realizó la inversión, la Demandante sabía que el Gobierno no había prometido mantener el FIT a largo plazo⁷³⁶.

b. El Reino de España no ha vulnerado el Artículo 10(1) TCE.

i. *El Reino de España no ha violado la obligación de crear condiciones estables y transparentes para que los inversores realicen inversiones.*

510. La Demandada constata que la Demandante introduce esta nueva violación del TCE en su Memorial de Réplica, y pretende que estas condiciones constituyen un “estándar independiente, con plena eficacia y un contenido concreto” y que el TJE tiene que apreciarse a la luz de estas nuevas condiciones y no al revés.⁷³⁷
511. Sin embargo, la Demandada alega que no se trata de un estándar independiente, sino que es parte del estándar TJE. La Demandante interpreta que el mencionado estándar, al estar en la parte dispositiva del Tratado, obliga a las partes contratantes a igual título que los estándares de TJE o de protección y seguridad completa. Sin embargo, en el caso Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, el Tribunal Arbitral apreció que: “*las condiciones estables y equitativas son claramente parte del estándar de TJE en el marco del TCE.*”⁷³⁸ La Demandante argumenta que considerar estas condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes como condiciones autónomas del estándar TJE no tiene sentido.
512. Subsidiariamente, aunque fuese una condición independiente, la Demandada considera que no fue violada por el Reino de España.
513. Primero considera que la Demandante interpreta erróneamente el estándar, al asimilar las “condiciones estables” del Artículo 10(1) a la “estabilidad del marco regulatorio”. En el

⁷³⁶ Memorial de Dúplica, ¶¶696-699.

⁷³⁷ Memorial de Dúplica, ¶700.

⁷³⁸ Memorial de Dúplica, ¶705; **Anexo RL-24:** *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, paras 172 y 173: “*The Tribunal observes that the second sentence of Article 10(1) indicates that the conditions listed in the first sentence —shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment| and the next sentence links these Investments to the remainder of the protections of this Article. [...]*

In addition, the conditions are dependent on their accordance with the other standards. For instance, stable and equitable conditions are clearly part of the fair and equitable treatment standard under the ECT.”

caso AES Summit v. Hungary⁷³⁹, el tribunal distinguió entre las dos, precisando que las condiciones estables a las que se refiere el Artículo 10(1) se refieren a las circunstancias que rodearon la inversión y la decisión de invertir⁷⁴⁰.

514. La Demandada compara entonces los elementos existentes en el marco regulatorio de octubre 2012 y los existentes tras la reforma operada por el RDL 9/2012, para acreditar la no vulneración de la condición de estabilidad.
515. La Demandada concluye affirmando que no ha existido una alteración exorbitante o injustificada de dicho marco económico para los inversores y vuelve a precisar que no se garantizaba el FIT sino la sostenibilidad de una rentabilidad razonable por Ley⁷⁴¹.
516. La Demandada nota que antes del RDL 9/2013 la reforma del sistema remuneratorio se efectuaba por reglamentos del Gobierno. La Demandante afirma que, en materia regulatoria energética, la primera vez que se ha establecido la rentabilidad a la que pueden aspirar los productores a partir de energías renovables en una norma con rango de Ley ha sido a partir del RDL 9/2013, marcando dicha rentabilidad en el 7,398. Esta Ley le confiere una mayor seguridad a los inversores que la indeterminación del concepto de “rentabilidad razonable” establecido en la LSE anterior. La Demandante concluye que esta elevación de rango y la concreción de las rentabilidades que se van a abonar al inversor pueden difícilmente apreciarse violando condiciones estables creadas por el Estado⁷⁴².
517. La Demandada acaba su argumentación relativa a la obligación de crear condiciones estables y transparentes, subrayando el carácter transparente de aquellas condiciones. Recordó que cuando se llevó a cabo la recolocación de acciones por ISOLUX en Isolux INBV en octubre de 2012, el Gobierno de España llevaba más de 11 (once) meses anunciando una reforma estructural, profunda, del sector eléctrico. De acuerdo con el laudo en Electrabel v. Hungria, “*Fairness and consistency must be assessed against the background of information that the investor knew and should reasonably have known at the time of the investment and of the conduct of the host State.*”⁷⁴³
518. La posibilidad de reforma del régimen retributivo era anunciada y presentada como una prioridad del Gobierno y en todo caso, ISOLUX pudo haber efectuado una consulta a la

⁷³⁹ **Anexo RLA-61:** AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Eröbü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, September 23, 2010, paras. 9.3.29 y 9.3.30.

⁷⁴⁰ Memorial de Dúplica, ¶¶711-712.

⁷⁴¹ Memorial de Dúplica, ¶¶719-720.

⁷⁴² Memorial de Dúplica, ¶¶722-726.

⁷⁴³ Memorial de Dúplica, ¶¶733; **Anexo RLA-3:** Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, para 7.78

Administración o a una firma legal en aquel momento⁷⁴⁴. La falta de Due Diligence pone de relieve la voluntad real de no invertir.

ii. *El Reino de España no ha vulnerado el estándar de TJE en el TCE*

519. La Demandada nota que cuando la Demandante explica que ocurrió una pretendida violación del estándar de TJE, en realidad se centra en una vulneración de sus expectativas legítimas, es decir las expectativas legítimas de que el Reino de España respetará su compromiso de un FIT fijo a largo plazo en un marco estable y predecible.
520. También dedica un párrafo en tratar de desvirtuar las afirmaciones de coherencia, transparencia y falta de ambigüedad de la reforma.
521. En relación con aquellas afirmaciones, la Demandada reafirma que esta reforma no era imprevisible vistas las declaraciones del Gobierno (declaraciones, Programas y Documentos publicados por el Gobierno anunciando la necesidad de una profunda reforma) y sus potestades regulatorias, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Demandada también subraya la coherencia de la reforma puesto que garantiza la “rentabilidad razonable”⁷⁴⁵.
522. La Demandada repite también que las medidas incriminadas no tienen efectos retroactivos a la luz de la jurisprudencia arbitral y del ordenamiento jurídico español⁷⁴⁶.
523. A propósito, la Demandada recuerda primero que Isolux INBV carece de legitimación para reclamar daños anteriores al 29 de octubre de 2013, pues no era inversor ni se le pudo causar por tanto un perjuicio. Además, la Demandante incurre en un error conceptual, pues para que una norma sea retroactiva debe afectar derechos adquiridos. Sin embargo, según la Demandada, la Demandante nunca ha tenido un “derecho adquirido” a una retribución por medio de un FIT, pues la Jurisprudencia del TS reconoce expresamente la mutabilidad del sistema, dentro de los límites legales del art. 30.4 LSE⁷⁴⁷.
524. Lo que la Demandante denomina retroactividad, no incurre en supuesto alguno de retroactividad bajo la jurisprudencia internacional y precisa a la luz del caso Energy c. Panamá donde, según el Tribunal ocurrió una confusión entre el concepto de retroactividad y de efectos inmediatos de la ley, que debe concluirse que, puesto que el concepto de retroactividad bajo el derecho internacional no se extiende sobre modificaciones a futuro, las medidas contenidas en el RDL 9/2013 no son retroactivas⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ Memorial de Dúplica, ¶¶735-739

⁷⁴⁵ Memorial de Contestación, ¶861-865.

⁷⁴⁶ Memorial de Dúplica ¶743; Memorial de Contestación ¶¶889-905.

⁷⁴⁷ Memorial de Contestación, ¶890-891.

⁷⁴⁸ Memorial de Contestación, ¶895-896.

525. El RDL 9/2013 respeta las retribuciones percibidas por las instalaciones, que no se pueden reclamar (como reconoce la demandante, no contempla su devolución), lo expresa con claridad la Disposición Final Tercera.4 de la LSE 2013. El nuevo sistema de retribución tiene sólo efectos a futuro. Para el cálculo de las retribuciones se tienen en cuenta los valores estándar que determina el Artículo 30.4 LSE, garantizándose que dicha retribución, junto con los ingresos de mercado, permitirá que, a lo largo de su vida útil, la instalación recupere su inversión y cubra sus costes de explotación obteniendo a la par la correspondiente rentabilidad razonable⁷⁴⁹.
526. La Demandada considera, como la Demandante, que se tiene que apreciar todas las circunstancias pertinentes para valorar sus expectativas legítimas. Coincide con la Demandante en que se apliquen los requisitos del caso Perenco c. Ecuador⁷⁵⁰ y del caso Total c. Argentina y que el Tribunal dirima el estándar de las Expectativas Legítimas de la Demandante en el presente arbitraje a partir de aquellos casos arbitrales⁷⁵¹.
527. En el momento de apreciar todas las circunstancias pertinentes, la Demandada recuerda que ISOLUX (en mayo de 2011); T-Solar y las Sociedades tenedoras de las plantas (en julio de 2011) y la Demandante (en octubre de 2012), conocían, o por declaraciones propias o por la cosa juzgada aplicable sobre las Plantas FV, que no existía compromiso alguno de la LSE 1997, ni del Gobierno para mantener las rentabilidades razonables por medio de un FIT. También tenían que tomar en consideración la expresa vinculación que el Programa Nacional de Reformas de 2012⁷⁵² hizo entre las primas, los costes que éstas generan en el sistema y la voluntad del Gobierno de ajustar dichos costes.
528. En el caso Parkerings v Lithuania, el Tribunal declaró que: “*The investor will have a right of protection of its legitimate expectations provided it exercised due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment.*”⁷⁵³. La Demandada recuerda que, en el presente caso, la Demandante no realizó ninguna *due diligence* jurídica y solamente confió en las *due diligence* técnicas de los proyectos de 2008 y 2010⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹ Memorial de Contestación, ¶897.

⁷⁵⁰ **Anexo CL-89:** Perenco Ecuador Limited c. la República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad de 12 de septiembre de 2014, ¶ 560.

⁷⁵¹ Memorial de Duplicata, ¶744.

⁷⁵² **Anexo R-72:** Programa Nacional de Reformas de 27 de abril de 2012, Gobierno de España: “Las partidas con una mayor contribución al crecimiento de los costes de las actividades reguladas han sido las primas del régimen especial [...] En un futuro inmediato se profundizará en estas medidas, de forma que todos los sectores contribuyan de forma equilibrada al ajuste de los costes regulados.”

⁷⁵³ **Anexo RLA-42:** Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 sept 2007, para 332.

⁷⁵⁴ Memorial de Duplicata, ¶¶750-751.

529. La Demandante intenta convertir dos normas reglamentarias, los RRDD 661/2007 y 1578/2008, en la única legislación aplicable en el sector renovable. Se centra en estos dos reglamentos ocultando el resto de la legislación como el RD 1565/2010, el RDL 14/2010 o la Ley 2/2011⁷⁵⁵.
530. La Demandada argumenta precisando que un reglamento es una norma *erga omnes*, no es una promesa o un compromiso del Estado a determinadas instalaciones. Sin embargo, la Demandante pretende sostener que los sucesivos reglamentos y sentencias del Tribunal Supremo fueron “ofertas” a determinadas instalaciones, lo que resulta según la Demandante infundado. En gobierno no pueden hacer “ofertas” o “acuerdos” mediante normas reglamentarias de alcance general. Toda norma que se refiere a específicos o limitados destinatarios no supone un “compromiso” del Estado. Esto llevaría a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico, lo que no es admisible. Tampoco el Estado puede hacer ofertas a instalaciones porque son simples activos y no inversores y no entran en el ámbito del Artículo 10(1) TCE⁷⁵⁶. La Demandada se refiere al caso Plama v. Bulgaria⁷⁵⁷ donde el tribunal consideró que el marco regulatorio en sí mismo no constituye un compromiso específico. No existía compromiso ni promesa por parte del Reino de España de mantener el FIT durante muchos años.
531. La Demandada se centra luego en el examen de los elementos del Test Total v. Argentina, para demostrar que no se cumplen estos requisitos y que la conducta del Reino de España no pudo generar aquellas legítimas expectativas:
- Primero, los RRDD 661/2007 y 1578/2008 no constituyen “conduct” ni “declarations” independientes de la LSE y extensos de la interpretación jurisprudencial por el Tribunal Supremo. La Demandante omite las sucesivas modificaciones de los RRDD entre 2008 y 2011 y el conjunto de declaraciones, programas, anunciadoras del cambio normativo, o las sentencias del Tribunal Supremo aplicables como cosa juzgada a las Plantas⁷⁵⁸.
 - Segundo, por las mismas razones, la Demandante no puede referirse al “*intent to pursue a certain conduct in the future*” por parte del Reino de España.
 - Tercero, contrariamente a lo alegado por la Demandante, los RRDD estaban diseñados por los inversores nacionales y extranjeros sin distinción.
 - Cuarto, la Demandante afirma que actuó “*in reliance on said conduct*”, pero no es cierto puesto que ISOLUX ya era inversora en activos fotovoltaicos, por lo que la

⁷⁵⁵ Memorial de Duplicata, ¶754.

⁷⁵⁶ Memorial de Duplicata, ¶757.

⁷⁵⁷ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, ¶219.

⁷⁵⁸ Memorial de Duplicata, ¶762.

recolocación de acciones en 2012 no era necesaria, simplemente sirvió para obtener una protección de sus activos bajo el TCE⁷⁵⁹.

- Quinto, al afirmar que la declaración del Reino de España no podía ser más específica, la Demandante confunde la especificidad de las declaraciones con el detalle reglamentario en una materia. La especificidad se refiere a la concreción de compromisos como actuación o comportamiento del Estado o a acuerdos entre un Estado y un inversor, según lo expuesto en el caso *El Paso v. Argentina*⁷⁶⁰. Los RRDD están sometidos a la LSE de 1997, que especifica las condiciones de un régimen jurídico, y esto no impide que estos RRDD puedan ser modificados.
 - Sexto, la Demandante sostiene que los RRDD estaban claramente destinados a crear, de manera prospectiva, “*a defined framework for future operations [...] applicable to long-term investments and operations*”. La Demandada contesta constatando que nuevamente la Demandante vuelve erróneamente a considerar que el marco legislativo de las energías renovables en España en 2012 lo constitúan 2 reglamentos de 2007 y 2008. El Ordenamiento jurídico español de esta época era mucho más amplio⁷⁶¹.
532. La Demandante asimila las “condiciones estables” a la “estabilidad del marco regulatorio” la cual fue vulnerada por la modificación del medio de retribución: el FIT a largo plazo. Sin embargo, la Demandada constata la omisión por la Demandante de elementos esenciales para apreciar las verdaderas expectativas legítimas de la Demandante en el 2012. La Demandante no contesta ni se refiere a circunstancias esenciales como las Sentencias del Tribunal Supremo y en particular la del 15 de octubre de 2012 aplicable a las Plantas. En el 2006 y 2007, el Tribunal Supremo había precisado que los productores no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la modificación de las primas, que tampoco se garantiza la “intangibilidad” o la “permanencia indefinida” de las fórmulas utilizadas para fijar las primas⁷⁶². La Demandada precisa también que la Sentencia de 15 de octubre de 2012 fue notificada a T-Solar el 23 de octubre de 2012, lo que refuerza según esta Parte el hecho de que Isolux INBV debió conocer antes de su inversión la posibilidad de que el régimen

⁷⁵⁹ Memorial de Dúplica, ¶765.

⁷⁶⁰ **Anexo RLA-55:** *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011 párrafo 379: “deben analizarse con especial atención los compromisos específicos como comportamiento coherente del Estado que tuvieran por fin convencer al inversor extranjero de que estaría protegido contra cambios demasiado drásticos.”

⁷⁶¹ Memorial de Dúplica, ¶767.

⁷⁶² Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006, RCA 12/2005. **Anexo R-31**; posteriormente reiterada en una Sentencia de 3 de diciembre de 2009 (**Anexo R-38**), dos Sentencias de 9 de diciembre de 2009 (**Anexo R-39** y **Anexo R-40**).

de retribución fuese modificado, con el límite legal expuesto en la Sentencia por el Tribunal Supremo: “*la garantía del principio de rentabilidad razonable*”⁷⁶³.

533. La Demandada tampoco alude a las modificaciones normativas sucesivas, de las que ISOLUX, T-Solar y las Sociedades tenedoras de las plantas afirman en 2011 que “*convierten a España en un país carente de seguridad jurídica para los inversores*”⁷⁶⁴. Además, Isolux INBV sigue sosteniendo la reclamación de daños por la Ley 15/2012, cuando en el Memorial de Contestación quedó acreditado que el 29 de octubre de 2012 ya se estaba tramitando en las Cortes Generales dicha Ley y no explica en qué medida sus expectativas legítimas se vieron perjudicadas por la “imprevisibilidad” de una norma en trámite parlamentario de aprobación, y por un Gobierno con mayoría absoluta parlamentaria⁷⁶⁵.
534. La Demandada nota también que la jurisprudencia que cita en el parágrafo 581 del Memorial de Réplica no es aplicable al presente caso, al tratar de concesión, licencia, contrato entre el inversor y el Estado, y además ninguno de los 13 casos citados aplican el TCE⁷⁶⁶. Al contrario, la Demandada explica que la jurisprudencia citada en su Memorial de Contestación es plenamente aplicable. Es el caso de del laudo en MTD v. Chile, de Plama v. Bulgaria, donde examina un cambio normativo en el que no se habían efectuado específicos compromisos por el Estado Búlgaro en favor de la inversora demandante y donde se aplica el TCE⁷⁶⁷. La Demandada nota también que la Demandante no formulo crítica respecto al caso Parkerings v. Lithuania, y contesta también a las observaciones de la otra Parte respecto a EDF v. Rumania, Continental casualty v.

⁷⁶³ Memorial de Contestación, ¶¶794-796; Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2012, establece en su Fundamento de derecho Décimo:

- Pág. 27, primer párrafo: “La práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes en el mercado, es de suyo una ventaja sobre los operadores del sector eléctrico sujetos a las vicisitudes de la libre competencia, ventaja cuyo reverso lo constituye precisamente, entre otras, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores (con el respeto a unos mínimos de rentabilidad que en este momento no es el caso recordar).”
- Pág. 33, segundo párrafo.- “La retribución razonable de las inversiones que la Ley 54/1997 dispone no tiene por qué implicar, repetimos, que la retribución haya de ser precisamente mediante tarifa regulada (pudiera serlo, en el futuro, a precios de mercado) “.
- Pág. 34, último párrafo.- “Las inversiones en esta tecnología siguen estando protegidas y fomentadas en España por un marco normativo sin duda favorable en su globalidad (además de tener la garantía del principio de rentabilidad razonable)”.

⁷⁶⁴ Memorial de Dúplica, ¶771, **Anexo R-214**: Demanda de ISOLUX de 27 de mayo de 2011, página 11.

⁷⁶⁵ Memorial de Dúplica, ¶771.

⁷⁶⁶ Memorial de Dúplica, ¶773.

⁷⁶⁷ Memorial de Dúplica, ¶778; **Anexo RLA-32**: *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, para. 219*: “*the Tribunal believes that the ECT does not protect investors against any and all changes in the host country's laws. Under the fair and equitable treatment standard the investor is only protected if (at least) reasonable and justifiable expectations were created in that regard. It does not appear that Bulgaria made any promises or other representations to freeze its legislation on environmental law to the Claimant or at all.*”

Argentina, el caso Paso v. Argentina, el caso AES Summit c. Hungria, o Perenco c. Ecuador⁷⁶⁸.

535. La Demandante omite numerosas circunstancias socioeconómicas que en octubre de 2012 fueron de tal magnitud que razonablemente Isolux INBV debió prever que iban a generar la necesidad de promulgar medidas legales para paliar al déficit de tarifa eléctrica española⁷⁶⁹. Aquellas circunstancias objetivas determinaban la imposibilidad de configurar unas expectativas legítimas sobre el mantenimiento del FIT a largo plazo, lo cual generaba un desequilibrio económico por las retribuciones de las primas a las renovables, que implicaban tanto una carga excesiva para los consumidores como la insostenibilidad del sistema a corto y medio plazo⁷⁷⁰. Las circunstancias de crisis como los anuncios del Gobierno y Programas eran explícitas.
536. La Demandada concluye afirmado que o bien desde un punto de vista subjetivo de la Demandante, o bien desde un punto de vista objetivo de cualquier inversor diligente, el Tribunal debe desestimar la reclamación de la Demandante, al no haberse vulnerado en octubre de 2012 las expectativas legítimas que pudiera haberse creado Isolux INBV con la recolocación de las acciones de T-Solar, e indirectamente de las Plantas objeto del presente arbitraje⁷⁷¹.

iii. *El Reino de España no ha adoptado medidas exorbitantes ni discriminatorias*

537. La Demandada argumenta también que no se han adoptado medidas exorbitantes de conformidad con la jurisprudencia aportada, conclusión ratificada con el Test que los peritos de T-Solar y las Sociedades tenedoras de las Plantas aplican ante el Tribunal Supremo para comprobar si con las reformas operadas se obtienen o no una rentabilidad razonable⁷⁷².
538. La Demandante procede entonces en el estudio de los 4 tests propuestos a través de la jurisprudencia arbitral, demostrando que aquellos tests, a pesar de los diferentes requisitos, ponen de relieve que las medidas no son exorbitantes ni han vulnerado los demás elementos integradores del estándar TJE.
539. Primero, la Demandada se refiere al test utilizado en el caso Convial Callao v Perú por el Tribunal para apreciar la existencia o no de arbitrariedad en la actuación del Estado⁷⁷³. Los elementos fácticos que apreció el Tribunal Arbitral son: a) si el acto del Estado fue

⁷⁶⁸ Memorial de Duplicata, ¶¶779-784.

⁷⁶⁹ Memorial de Contestación, ¶¶814 -843.

⁷⁷⁰ Memorial de Duplicata, ¶¶788-790.

⁷⁷¹ Memorial de Duplicata, ¶794.

⁷⁷² Memorial de Duplicata, ¶¶809-812.

⁷⁷³ Memorial de Contestacion, ¶¶911-917; Convial Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/10/2; Award 21 March 2013 ¶614.

imprevisible o no, es decir, si de la situación fáctica era de esperarse que un tal resultado se produjera; b) si la medida fue caprichosa, tiránica o desproporcionada; es decir, si se basó en hechos y fundamentos diferentes que el Derecho reinante; c) si las razones que motivaron el acto como los procedimientos que llevados a cabo fueron caprichosos o incoherentes. Según la Demandada, la realización de este test en el contexto del presente caso permite concluir que las medidas adoptadas por el Reino de España no son arbitrarias, ni incoherentes, ni faltan de transparencias, siendo aquellos elementos partes del estándar TJE, relacionado directamente con la apreciación de las medidas como no exorbitantes ni discriminatorias⁷⁷⁴.

540. La Demandada nota que el principal argumento de la Demandante es que este caso arbitral no guarda relación ninguna con el presente caso. Sin embargo, ni examina los elementos del Test expuestos, ni examina los argumentos efectuados por el Reino de España sobre el cumplimiento de dicho test. En consecuencia, de ser aplicable al presente caso, deben tenerse por acreditados (al no haberlos discutido) los elementos del Test expuestos, y los argumentos de cumplimiento de cada uno de sus elementos. Además, la Demandante no puede considerar que este caso al no aplicar el TCE no es aplicable, cuando ella mencionó posteriormente expresamente aquellos elementos al examinar el estándar TJE⁷⁷⁵.
541. La Demandada se refiere también al Test realizado por el Tribunal en el caso EDF v Romania⁷⁷⁶, el Tribunal Arbitral acogió los criterios de comprobación enumerados por el Dr. Christoph Schreuer al objeto de apreciar si una actuación del Estado es discriminatoria o arbitraria. En este sentido, el Dr. Schreuer considera arbitraria:

- “a) A measure that inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose;*
- b) A measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice or personal preference;*
- c) A measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker;*
- d) A measure taken in willful disregard of due process and proper procedure.”*

⁷⁷⁴ Memorial de Duplicata, ¶817.

⁷⁷⁵ Memorial de Duplicata, ¶¶ 814-816.

⁷⁷⁶ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13; Award 8 October 2009; ¶303 “In an attempt to give a content to general expressions such as “unreasonable or discriminatory measures,” Claimant relies on the categories of measures that its legal expert, PROFESSOR CHRISTOPH SCHREUER, has described in his opinion as “arbitrary”:

- a. a measure that inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose;*
- b. a measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice or personal preference;*
- c. a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker;*
- d. a measure taken in wilful disregard of due process and proper procedure.*

The Tribunal will consider the claim of “unreasonable or discriminatory measures” according to the terms proposed by Claimant.”

542. La Demandada concluye que ninguno de los cuatro criterios expuestos en el Caso EDF v Rumanía para apreciar una actuación arbitraria o discriminatoria concurre en relación con la inversión efectuada por la Demandante en octubre de 2012⁷⁷⁷.
543. En respuesta a este argumento, la demandante alega que el test contemplado en este asunto se refiere igualmente a la arbitrariedad, no al carácter exorbitante de la medida. Al contrario, la Demandada considera que una medida arbitraria puede de forma evidente considerarse exorbitante dentro del estándar de TJE. Por ello, este Test es igualmente aplicable para examinar la razonabilidad de las medidas adoptadas, o su carácter exorbitante⁷⁷⁸.
544. La Demandada estudió también el Test del asunto AES SUMMIT⁷⁷⁹, donde el tribunal apreció la existencia o no de una medida inaceptable (unreasonable) o discriminatoria que contravenía al estándar de TJE establecido en el TCE. Para ello, desarrolló el criterio más limitado que había establecido el Tribunal Arbitral en el *Caso Saluka c. República Checa*⁷⁸⁰: la existencia de una política racional y que la acción del Gobierno sea razonable es decir que exista una apropiada correlación entre el objetivo de la política pública estatal y la medida adoptada para alcanzar dicho objetivo⁷⁸¹.
545. Respecto a este Test, la Demandada nota que la Demandante reconoce que este test se ajusta a la apreciación del estándar de razonabilidad conforme al TCE. Sin embargo, la Demandante considera que las medidas no son razonables, sino que son exorbitantes según lo demostrado por KPMG⁷⁸². La Demandada concluye afirmando que aplicado este Test, como admite la demandante, y apreciada la racionalidad de las medidas, el Tribunal procederá desestimar la reclamación de Isolux INBV sobre que la adopción por el Reino de España de medidas exorbitantes.
546. La Demandada se refiere a un cuarto test, el utilizado por el tribunal en el Caso Total c. Argentina⁷⁸³ donde apreció las condiciones mínimas exigibles en el estándar de TJE que

⁷⁷⁷ Memorial de Contestación, ¶¶818-829.

⁷⁷⁸ Memorial de Duplica, ¶819.

⁷⁷⁹ **Anexo RLA- 61:** *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22; Award 23 september 2010; ¶10.3.7 a 10.3.9.

⁷⁸⁰ **Anexo RLA-46:** *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, 17 march 2006; ¶307. Para apreciar si la conducta de un Estado era razonable declaró: “must be justified by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by a preference for other investments over the foreign-owned investment”.

⁷⁸¹ Memorial de Contestacion; ¶¶926-935.

⁷⁸² Memorial de Duplica, ¶821.

⁷⁸³ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01; Decision on Liability 27 December 2010, ¶122: “when the basis of an investor’s invocation of entitlement to stability under a fair and equitable treatment clause relies on legislation or regulation of a unilateral and general character. [...] This type of regulation is not shielded from subsequent changes under the applicable law. This notwithstanding, a claim to stability can be based on the inherently prospective nature of the regulation at issue aimed at providing a defined framework for future operations. This is the case for regimes, which are applicable to long-term investments and operations, and/or providing for “fall backs” or contingent rights in case the relevant framework would be changed in unforeseen circumstances or in case certain listed events materialize.”

permiten comprobar si se ha roto por el Estado el equilibrio económico de la inversión, en los casos de inversiones de gran cantidad de capital y a largo plazo. Dicho Tribunal Arbitral resolvió sobre unas medidas tomadas por el Gobierno de Argentina en los sectores Eléctrico y del Gas. Resolvió el Tribunal Arbitral que, en aquellos casos en que las expectativas legítimas derivan del marco general regulatorio, éste no puede blindarse contra posteriores modificaciones. Sin embargo, en aquellos sectores que conllevan inversiones a largo plazo y de grandes cantidades de capital, la posibilidad de que un Estado modifique el marco legal se debe hacer en el sentido que el inversor sea capaz de recobrar sus costes operacionales, amortizar su inversión y obtener una tasa de retorno razonable durante dicho período de tiempo⁷⁸⁴.

547. Sin embargo, la Demandante niega la aplicación de este test afirmando que la conclusión a la que llega el Reino de España es inexacta⁷⁸⁵. La Demandada considera que la Demandante no ha entendido su argumentación y reafirma su posición. España ha realizado la reforma estructural del sector eléctrico por un motivo razonable y sin romper el equilibrio económico de la inversión de Isolux INBV, respetando el estándar mínimo de TJE⁷⁸⁶.
548. Finalmente, la Demandada se interesa al test invocado por T-Solar y las sociedades tenedoras de las Plantas el 4 de julio de 2011 en su demanda interpuesta ante el Tribunal Supremo, para comprobar si es razonable una reforma, por permitirles obtener una rentabilidad razonable. Pone de relieve que estas sociedades en julio de 2011 tenían plena conciencia de que el derecho que pueden reclamar al Estado español es el de obtener una rentabilidad razonable y no mediante un FIT. Por ello, aportaron un Informe pericial de Deloitte, para comprobar, por medio de parámetros comparables⁷⁸⁷ si la reforma operada determinaba una rentabilidad razonable o no. Resulta que T-Solar y todas las sociedades tenedoras de las Plantas FV consideraron que la reforma otorgaría una rentabilidad razonable si la rentabilidad esperada fuera superior a la del Bono a 10 años o el bono a 30 años⁷⁸⁸.

In such cases, reference to commonly recognized and applied financial and economic principles to be followed for the regular operation of investments of that type (...) may provide a yardstick. This is the case for capital intensive and long term investments [...]. The concept of “regulatory fairness” or “regulatory certainty” has been used in this respect. In the light of these criteria when a State is empowered to fix the tariffs of a public utility it must do so in such a way that the concessionaire is able to recover its operations costs, amortize its investments and make a reasonable return over time” (enfasis añadido).

⁷⁸⁴ Memorial de Contestación, ¶944.

⁷⁸⁵ Memorial de Dúplica, ¶824.

⁷⁸⁶ Memorial de Dúplica, ¶¶828-829.

⁷⁸⁷ **Anexo R-222:** Demanda de las mercantiles Grupo T-Solar Global S.A (entre otras) de 4 de julio de 2011 interpuesta ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 1565/2010, recurso contencioso administrativo nº 64/2011; T-Solar y las sociedades tenedoras de las Plantas sostienen en su demanda (página 129): “¿Sigue siendo razonable la rentabilidad que ofrecen las instalaciones solares fotovoltaicas de titularidad de las entidades recurrentes? El informe pericial que acompaña a este escrito demuestra que la nueva rentabilidad ya no es razonable, por lo siguiente (...).”

⁷⁸⁸ Memorial de Dúplica, ¶¶831-835.

549. La Demandada constata que, en el presente procedimiento arbitral, la medida a examen impugnada por Isolux INBV por ser vulneradora del estándar de TJE concede el interés del Bono español a 10 años aumentado de un 300%. Es decir, un 7,398% de intereses sobre el coste de la inversión efectuada por una instalación, retribuyendo también los costes de operación y mantenimiento y la energía producida y vendida con preferencia sobre los restantes productores de energía. Concluye que la rentabilidad otorgada por el RDL 9/2013 supera de un 3%, el umbral de rentabilidad establecido por las propias sociedades cuyas acciones posee Isolux INBV de tal forma que Isolux INBV, sociedad holding, no puede pretender a más rentabilidad ni a un criterio de razonabilidad distinto del de las sociedades cuyas acciones posee directa e indirectamente⁷⁸⁹.

iv. El Reino de España ha cumplido sus obligaciones con la Demandante: inexistencia de cláusula paraguas

550. La Demandada no está de acuerdo con la aplicación del concepto de “cláusula paraguas” utilizado por la Demandada en relación con la interpretación del Artículo 10(1) del TCE. La Demandante lleva el ámbito de aplicación de esta cláusula más allá de lo que se debe, al considerar que este Artículo conlleva una cláusula paraguas, mientras se trata de una norma de tipo erga omnes y que las cláusulas paraguas se encuentran únicamente en acuerdo específicos entre un Estado y un inversor.

551. Según la Demandada, jamás puede extenderse la aplicación de dicha cláusula paraguas a una reglamentación general erga omnes, como pretende la Demandante. Lo confirma la jurisprudencia arbitral en los casos SGS c Filipinas⁷⁹⁰ y el Comité Ad Hoc en el caso CMS v. Argentina⁷⁹¹, a la hora de anular dicho laudo en lo relativo a la aplicación de la “*umbrella clause*” que subrayó que la cláusula paraguas presupone una relación específica entre el Estado y el inversor⁷⁹².

552. La doctrina arbitral también se pronuncia en este sentido. Es el caso de los autores Dolzer y Stevens⁷⁹³ que señalan como ámbito de la cláusula paraguas la protección de “*investor's contractual rights*” (y, por consiguiente, nacidos de un contrato), y de Wälde⁷⁹⁴ quien la denomina “cláusula pacta sunt servanda”, destacando así su naturaleza “contractual”. En efecto, la cláusula paraguas o pacta sunt servanda nace para garantizar que se respeten los contratos formalizados por inversores extranjeros con un Estado, de modo que el Estado

⁷⁸⁹ Memorial de Dúplica, ¶¶ 834-835.

⁷⁹⁰ **Anexo RLA-99** : SGS Société Générale de Surveillance v. Republic of the Philippines, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, de 29 de enero del 2004, párrafo 121.

⁷⁹¹ **Anexo RLA-100**: CMS Gas Transmission Company c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decision del Comité ad hoc sobre Anulación, 25 de Septiembre de 2007. párrafo 95.

⁷⁹² Memorial de Dúplica, ¶842.

⁷⁹³ R. Dolzer and M. Stevens, Bilateral Investment Treaties (1995), págs. 81-82.

⁷⁹⁴ **Anexo RLA-103**: The “Umbrella” Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases. Thomas W. Wälde. HEINONLINE 6 J. World Investment & Trade 183 2005, página 226.

no pueda escapar a sus obligaciones contractuales acudiendo a su potestad soberana⁷⁹⁵. Además, la Demandada precisa que de acuerdo con lo afirmado por Wälde, que tampoco se puede equipararse la cláusula paraguas con una suerte de cláusula de estabilización o de “congelación” de la normativa vigente al tiempo de formalizar el contrato. Este tipo de cláusula no puede prohibir que un Estado regule sobre materias que regulen el contrato⁷⁹⁶.

553. Por ello no puede compartirse la tesis de la Demandante, que considera la posibilidad de referir la cláusula paraguas a disposiciones generales *erga omnes*. El caso LG&E v. Argentina confirma esta interpretación, así como Axel Weissenfels en su interpretación del laudo⁷⁹⁷.
554. La Demandada concluye afirmando que las Leyes o las disposiciones generales dictadas en desarrollo de las mismas no generan per se obligaciones legales a cargo del Estado que integren el ámbito de la cláusula paraguas, lo cual es lógica consecuencia de la dicción literal y de la finalidad de la previsión del art. 10(1) último inciso del TCE, que presupone, en primer lugar, una relación *vis a vis* entre el Estado y el inversor, y, en segundo lugar, que con ocasión de dicha relación *vis a vis* el Estado haya consentido en asumir una obligación específica con dicho inversor. La carga de probar la existencia de dicha relación específica, presupuesto de la aplicación de la “umbrella clause” corresponde al Demandante y no lo ha probado⁷⁹⁸.
555. En último lugar, la Demandada añade, de acuerdo con el caso CMS v. Argentina⁷⁹⁹, que para invocar la citada cláusula se tiene además que acreditar cuál es el derecho interno aplicable y, adicionalmente, si de acuerdo con dicho derecho interno se ha producido un incumplimiento de dicha obligación imputable al Estado. Sin embargo, La Demandante no se molesta ni en hacer alegaciones ni en acreditar ninguno de estos dos extremos⁸⁰⁰.
556. Aparece, en el presente caso, que la obligación cuyo cumplimiento exige la Demandante al amparo de la cláusula paraguas del Artículo 10.1 TCE no ha existido nunca en el Derecho Español. Afirma que la Demandante, en el 2011 sostenía su inexistencia⁸⁰¹ y que la principal accionista de la Demandante conocía y aceptaba que el Sistema Regulatorio español no contemplaba la existencia de esta obligación. La inexistencia de esta obligación se les fue comunicada por la Tribunal Supremo mismo⁸⁰².

⁷⁹⁵ Memorial de Dúplica, ¶844.

⁷⁹⁶ Memorial de Dúplica, ¶847.

⁷⁹⁷ Memorial de Dúplica, ¶¶849-851.

⁷⁹⁸ Memorial de Dúplica, ¶853-854.

⁷⁹⁹ **Anexo RLA-100:** CMS Gas Transmission Company c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decision del Comité ad hoc sobre Anulación, 25 de Septiembre de 2007. párrafo 95.

⁸⁰⁰ Memorial de Dúplica, ¶¶855-856.

⁸⁰¹ Memorial de Dúplica, ¶347; Memorial de Dúplica. ¶ 342.

⁸⁰² Memorial de Dúplica, ¶861; **Anexo R-139:** Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012 dictada en el Litigio Isolux Corsán, S.A. contra el RD 1565/2010, rec. 60/2011. Fundamento Jurídico 6 pag.

c. El Reino de España no ha vulnerado el Artículo 13 TCE

557. La Demandante alega que las medidas adoptadas por la Demandada tuvieron como efecto de “*anular en su totalidad o en una porción significativa el interés económico de la inversión de la Demandante*”. Según la Demandante, el valor económico de la inversión de IIN “*consistía en la seguridad de vender la energía eléctrica producida bajo el Régimen Especial, a una tarifa regulada: el FIT*”. Las medidas impugnadas tuvieron como efecto de destruir ese valor económico al aplicar a la Demandante “*un nuevo régimen que conlleva ingresos y por consiguiente una rentabilidad muy inferiores*”⁸⁰³.
- i. *La falta de objeto: los rendimientos futuros esperados por IIN no son bienes o derechos expropiables de acuerdo con el Artículo 13 TCE*
558. La Demandada considera que no hubo violación del Artículo 13 TCE principalmente porque, en primer lugar, los intereses económicos de la Demandante no constituyen un “bien” expropiable de acuerdo con el TCE. Así resulta del apartado (3) del Artículo 13 TCE.
559. Esto supone que la Demandante prueba que el bien es de su propiedad o que participe en la propiedad de este bien. La Demandante no ha probado que posee la propiedad sobre el bien supuestamente expropiado ni la existencia de una relación de causalidad entre las medidas adoptadas por el Estado y su incidencia sobre la propiedad de este bien.
560. Sin embargo, en el presente caso, la Demandada considera que la “*seguridad de vender la energía eléctrica bajo el Régimen Especial a una tarifa regulada*” no puede constituir un bien expropiable en el sentido del Artículo 13(3) TCE. Así resulta de la conexión de dicho Artículo con el concepto de inversión protegida contenido en el Artículo 1(6) TCE, habida cuenta de que este precepto define “inversión” como “*cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor*”. Aplicando lo anterior al presente caso debe concluirse que la Demandante no “*posee ni controla directa o indirectamente*” los rendimientos que esperaba recibir en el futuro vía tarifa en virtud del marco legislativo español. Es claro que tales esperanzas de rendimientos o beneficios no pueden incluirse en el concepto de inversión protegida bajo el Artículo 1(6) TCE⁸⁰⁴.
561. Efectivamente, la Demandada precisa que para ser susceptible de expropiación bajo el TCE, cualquier inversión debe consistir en un derecho o activo debidamente constituido, definido, formado y reconocido bajo las leyes del Estado anfitrión que otorga la protección bajo el tratado de inversiones que corresponda. Ello es así porque el derecho

35; **Anexo R- 141:** Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2012 dictada en el Litigio T-Solar y 117 SPVs contra el RD 1565/2010, rec. 64/2011. Fundamento Jurídico Décimo. Pág. 34.

⁸⁰³ Memorial de Duplica, ¶864.

⁸⁰⁴ Memorial de Contestación, ¶¶989-990.

internacional sobre expropiaciones sólo regula las protecciones sustantivas de los derechos de propiedad u otros intereses económicos, pero no el proceso de creación de dichos derechos⁸⁰⁵.

562. En derecho español existe una distinción clara entre un derecho adquirido y una expectativa, de modo que para determinar la existencia o no de un perjuicio indemnizable es necesario que el perjudicado tenga un derecho y que este derecho haya sido incorporado a su patrimonio⁸⁰⁶.
563. También el Tribunal Supremo en una sentencia del 9 de octubre de 2007 confirmó que las “simples expectativas” no son derechos expropiables⁸⁰⁷.
564. Resulta que la Demandante no “*posee ni controla directa o indirectamente*” los rendimientos que esperaba recibir en el futuro vía tarifa. La supuesta inversión de la Demandante se limitaría a su participación accionarial en T-Solar. Los rendimientos de las Plantas no son la inversión de la Demandante. En su caso, lo serán los dividendos obtenidos indirectamente gracias a los ““beneficios” de las Plantas, si es que se adopta la decisión de distribuir dividendos. Sin embargo, de acuerdo con el derecho español, es evidente que no tiene en su patrimonio derecho a obtener un rendimiento sino solamente una expectativa a obtener dividendos futuros.
565. También añade que el supuesto de “seguridad” no es un objeto expropiable ni al amparo del derecho español, al que remite el TCE, ni al amparo de la jurisprudencia internacional que se citaba en el Memorial de contestación⁸⁰⁸.
566. A la luz de las sentencias de 24 de septiembre y 15 de octubre de 2012 dirigidas a ISOLUX y a T-Solar en relación con los recursos que han interpuesto contra el RD 1565/2010, la Demandada precisa también que, si no existe al amparo del ordenamiento jurídico español un “*derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las retribuciones*”, ese derecho tampoco existe a los efectos del Artículo 13 del TCE ni puede ser objeto de expropiación⁸⁰⁹.

⁸⁰⁵ Memorial de Contestacion, ¶993; **Anexo RLA-67**: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Expropriation, United Nations Series, New York and Geneva, 2012, página 22, (“Informe UNCTAD Expropriation”); **Anexo RLA-66**: Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República de Argentina, Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010.

⁸⁰⁶ Memorial de Contestación, ¶994.

⁸⁰⁷ **Anexo R- 155**: Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 Mayo 2001, rec. 462/1997.

⁸⁰⁸ Memorial de Duplica, ¶¶877-880.

⁸⁰⁹ Memorial de Duplica, ¶¶882-883.

567. La Demandada también afirma que bajo el derecho internacional no cabe la expropiación de los derechos hipotéticos y eventuales, sino que ello sólo es posible para el caso de derechos ciertos, efectivos y actuales⁸¹⁰.
568. Por otro lado, la Demandada precisa que el derecho internacional tampoco reconoce la expropiación de derechos hipotéticos y eventuales, sino que los derechos tienen que ser ciertos, efectivos y actuales. Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional lo confirmaron, y en particular el caso Nations Energy c. Panamá⁸¹¹ donde el tribunal analizó si los demandantes tenían un derecho adquirido sobre las disposiciones contenidas en la Ley 54 de Panamá objeto de debate⁸¹².
- ii. *Las medidas adoptadas no constituyen una expropiación de acuerdo con el derecho internacional*
569. En segundo lugar, en el caso que se considerase que la Demandante tuviera “un bien” susceptible de expropiación en el sentido del Artículo 13(3) TCE, la Demandada añade que las medidas adoptadas no son medidas equivalentes a una expropiación sino adaptaciones no discriminatorias que se han realizado de buena fe con el fin de proteger intereses públicos de manera proporcional con el objetivo que pretendan perseguir y en cumplimiento del debido proceso (*Police Power*)⁸¹³. La Demandada se refiere a varios casos arbitrales que confirman esta tesis, como Fireman's Fund c. México⁸¹⁴, CME c. la República Checa⁸¹⁵, Saluka c. la República Checa⁸¹⁶, Paso Energy International Company c. la República de Argentina⁸¹⁷.
570. En relación con el interés público, la Demandada añade que a la hora de determinar o definir qué es el interés público, la jurisprudencia internacional ha señalado que existe una presunción a favor del Estado de que este actúa de buena fe y en defensa del interés

⁸¹⁰ Memorial de Constatación, ¶997.

⁸¹¹ **Anexo RLA-69:** El Arbitraje en los litigios de expropiación de Inversiones extranjeras, Iñigo Iruretagoinea Agirrebalaga, Bosh, 2010, página 291; **Anexo RL-143:** Nations Energy Inc. Electric Machinery Enterprises Inc y Jaime Jurado c. la República de Panamá, Caso CIADI No. ARB/06/19, Laudo del 24 de noviembre de 2010, (“Nations Energy”).

⁸¹² Memorial de Contestación, ¶¶999-1006.

⁸¹³ Memorial de Duplica, ¶869; Memorial de Contestación, ¶1009.

⁸¹⁴ Informe UNCTAD Expropiación, página 87-88; *El Arbitraje en los litigios de expropiación de Inversiones extranjeras*, Iñigo Iruretagoinea Agirrebalaga, Bosh, 2010, párrafo 206 (RLA-); OCDE, “Indirect Expropriation” and the “Right To Regulate” in International Investment Law Working Papers on International Investment, No. 2004/4, 2004, página 18

⁸¹⁵ **Anexo RLA- 72:** *CME Czech Republic B.V. c. la República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001, párrafo 603.

⁸¹⁶ *Saluka Investments BV c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial del 17 marzo de 2006 (“Saluka”), párrafos 255-265.

⁸¹⁷ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo Final del 31 de octubre 2011, párrafos 236-241.

público⁸¹⁸. De este modo, la carga de la prueba de que la medida no persigue un interés público y de que se adoptó de mala fe recae sobre el demandante⁸¹⁹.

571. Ahora bien, la Demandada constata que el TCE no contiene una definición de la noción de expropiación indirecta. La jurisprudencia internacional en materia de arbitraje de inversión bajo el TCE ha señalado que para que el Artículo 13 (1) considere equivalente a una expropiación una medida adoptada por un Estado es necesario que impida al inversor continuar operando sobre su inversión, o que pueda seguir haciendo uso de la misma, o que le limite cualquier derecho de propiedad sobre ella.
572. Para precisar la noción de expropiación indirecta la Demandada se refiere al test aplicable en la jurisprudencia internacional y concluye que no hubo expropiación puesto que aquellas medidas ni habían supuesto la toma por parte de España del control de la inversión, ni habían impedido la continuidad de la inversión, ni habían aniquilado el valor de la inversión para siempre⁸²⁰. La Demandada se refiere a los siguientes casos: Electrabel S.A. c. la República de Hungría⁸²¹, Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. la República de Letonia⁸²² aplicando el Artículo 13 del TCE, CMS c. Argentina⁸²³, Pope and Talbot c. Canadá⁸²⁴, Feldman c. México⁸²⁵, Sempra c. Argentina, AES c. Hungría⁸²⁶, Suez c. la República de Argentina⁸²⁷, BG Group Plc. c. la República de Argentina⁸²⁸, SD Myers c. Canadá⁸²⁹, Olgún c. Paraguay⁸³⁰ o Ulysseas, Inc. c. Ecuador⁸³¹.

⁸¹⁸ Informe UNCTAD Expropiación página 80.

⁸¹⁹ Memorial de Contestación, ¶1018; Informe UNCTAD Expropiación página 80.

⁸²⁰ Memorial de Duplica, ¶870.

⁸²¹ *Electrabel S.A. c. la República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad del 30 de noviembre de 2012 ("Electrabel"), párrafos 6.53-6.57, 6.63.

⁸²² Memorial de Contestación, ¶1032; *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. la República de Letonia*, Laudo del 16 de diciembre de 2003, párrafo 4.3.1. RLA- 74

⁸²³ *CMS Gas Transmission Company c. la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARBI/01/8, Laudo del 12 de Mayo del 2005, ("CMS"), párrafos 262-264. RLA- 75

⁸²⁴ *Pope and Talbot, Inc c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI/NAFTA, Laudo Interino del 26 junio de 2000, párrafo 102. RLA- 76

⁸²⁵ *Marvin Roy Feldman Karpa c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002, párrafos 152-153. RLA- 77

⁸²⁶ *AES Summit Generation Ltd and AES-Tisza Eröbü Kft c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010, párrafos 14.3.1 – 14.3.4.

⁸²⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A c. la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010, párrafos 134 y 140.

⁸²⁸ *BG Group Plc. c. la República de Argentina*, CNUDMI, Laudo Final del 24 de diciembre de 2007, párrafos 268-272. RLA-79

⁸²⁹ *S.D. Myers, Inc c. Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, párrafo 287. RLA- 80

⁸³⁰ *Eudoro Armando Olgún c. Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/98/5, Laudo del 26 de julio de 2001, párrafo 84. RLA- 81

⁸³¹ *Ulysseas Inc. c. Ecuador*, UNCITRAL, Laudo del 12 de junio de 2012, párrafo 189. RLA- 82

573. En su Memorial de Duplica, la Demandada utiliza, en particular, el test adoptado por la Demandante en el caso Electrabel c. Hungría⁸³², indicando al respecto las Partes se conformen a que el Tribunal aprecie la existencia de la expropiación a la luz de este test⁸³³.
574. De acuerdo con el test del caso Electrabel c. Hungría⁸³⁴, para que se aprecie que ha existido expropiación, el derecho internacional exige al inversor establecer o demostrar “*la privación sustancial, radical, severa, devastadora o fundamental de sus derechos o la aniquilación virtual, neutralización efectiva o destrucción de hecho de su inversión, su valor o disfrute*”.
575. Según la Demandada se tienen que partir esta frase en dos premisas:
- “*la privación sustancial, radical, severa, devastadora o fundamental de sus derechos*”
- “*o*”
- “*la aniquilación virtual, neutralización efectiva o destrucción de hecho de su inversión, su valor o disfrute*”
576. La Demandante aplica indebidamente el test cuando, al referirse a la expropiación indirecta del valor de la inversión, afirma que se considera que ha habido privación sustancial cuando la pérdida sufrida por el inversor es “severa” o “radical”⁸³⁵. Resulta que la Demandante aplica el test de manera errónea porque en el laudo de Electrabel, los adjetivos “severa” y “radical” no califican al “*valor de la inversión*” sino a la “*privación de sus derechos*” (los del inversor). Para que el valor de la inversión se considere expropiado, dicho valor ha de sufrir una aniquilación virtual, neutralización efectiva o destrucción de hecho. No basta con una privación del valor de la inversión sea “severa” para que exista expropiación. La Demandada concluye que en el presente caso no hubo expropiación ya que no se ha producido ni una “aniquilación virtual”, ni una “neutralización efectiva” ni una “destrucción de hecho” del “valor” de la supuesta inversión de la Demandante en España⁸³⁶.
577. Tampoco la aplicación de otro test como el invocado por la Demandante en su Memorial de Demanda permiten llegar a la conclusión de que hubo expropiación⁸³⁷.
578. Finalmente, la Demandada precisa que las medidas por España no constituyen una expropiación indirecta ni siquiera bajo el estándar apartado por la Demandante. Toma

⁸³² **Anexo RLA-3:** Electrabel S.A. c. República de Hungría, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad de 30 de noviembre de 2012, 6.62.

⁸³³ Memorial de Duplica, ¶887.

⁸³⁴ Memorial de Duplica, ¶¶888.

⁸³⁵ Memorial de réplica, ¶738; Memorial de Duplica, ¶890.

⁸³⁶ Memorial de Duplica, ¶¶ 891-893.

⁸³⁷ Memorial de Demanda, ¶158; Memorial de Duplica, ¶894-895.

nota de que las únicas referencias aportadas por los Demandantes en cuanto a la definición del concepto de expropiación indirecta en el que se apoyan se basan en dos citas tomadas de los casos Metalclad y Vivendi y que estos casos no tienen nada que ver con el presente caso⁸³⁸.

iii. *Los hechos evidencian que las medidas no suponen expropiación*

579. La Demandada termina su demostración de la ausencia de expropiación refiriéndose al efecto de las medidas sobre la supuesta inversión de la Demandante.
580. Precisa que el hecho de que la rentabilidad que las medidas cuestionadas garantizan al inversor un 7,1% TIR después de impuestos, es decir una tasa superior a la rentabilidad máxima esperada confesada por la propia ISOLUX (de 6,19% tras la Ley 2/2011) en el 2011. Esta rentabilidad sigue siendo superior incluso tomando en consideración sus propios costes.
581. Además, la Demandada recuerda que el sistema español garantiza al inversor la recuperación de sus costes de inversión, de sus costes de operación y mantenimiento y la obtención de una rentabilidad superior al 7% TIR. No puede haber expropiación⁸³⁹.
582. Precisa que ni la Demandante ni el grupo ISOLUX al que pertenece, han reflejado en sus libros de contabilidad deterioro alguno vigente de sus activos.
583. En relación con el IVPEE, la Demandada subraya también que no tiene efectos expropiatorios puesto que el IVPEE, que se aplica con un tipo de gravamen del 7%, es uno de los costes que se retribuyen a productores renovables como los fotovoltaicos mediante la retribución específica que éstos perciben, por lo que se neutraliza el efecto del IVPEE sobre tales productores⁸⁴⁰. Adicionalmente, el IVPEE es un gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre Sociedades para los contribuyentes del IVPEE como así ha reconocido la propia Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas español.
584. En todo caso la cuestión relativa a un supuesto carácter expropiatorio del IVPEE no es admisible en arbitraje hasta que se haya cumplido con el sometimiento previo de la cuestión a las autoridades fiscales nacionales competentes por un plazo máximo de seis meses, como exige el Artículo 21(5)(b) TCE⁸⁴¹.

⁸³⁸ Memorial de Contestación, ¶¶1052-1062.

⁸³⁹ Memorial de Duplica, ¶900.

⁸⁴⁰ Memorial de Duplica, ¶903

⁸⁴¹ Memorial de Duplica, ¶902.

d. La Demandante no tiene derecho a compensación

585. La Demandada considera que la Demandante no tiene derecho a compensación puesto que no se ha reducido la rentabilidad de la inversión en absoluto.

i. El método de valoración es inapropiado

586. La Demandante utilizó el método DCF. Sin embargo, la falta de historial financiero suficiente, la naturaleza de los parámetros a considerar y el largo plazo de las predicciones provocan según la Demandada la improcedencia de determinar magnitudes a 30 años de manera fiable⁸⁴².

587. La Demandada nota primero que la legislación misma establece periodos regulatorios de 6 años y semiperíodos de 3 años con el fin de poder adaptar los parámetros relevantes, con el fin de poder garantizar en todo momento una rentabilidad razonable. De tal forma que la petrificación de los parámetros por la Demandante durante 30 años no es razonable y resulta especulativa⁸⁴³. Este razonamiento quedó plasmado en la sentencia del Tribunal Arbitral del 24 de septiembre de 2012⁸⁴⁴, relativa a las Plantas. “(a) lack of sufficiently long performance record; (b) failure to establish future profitability of the investment; (c) lack of sufficient finances to complete and operate the investment; and (d) large disparity in the amount actually invested and the FMV claimed”⁸⁴⁵.

588. Los tribunales se basan con frecuencia en otros métodos basados en los costes de los activos, analizando si éstos son recuperados. La Demandada afirma que cuando la inversión es muy reciente y que la fecha de adquisición de los activos está próxima a la fecha de valoración, el enfoque sobre las tasas de rentabilidad sobre el valor de los activos se utiliza con preferencia⁸⁴⁶.

589. La Demandada precisa que este método fue utilizado por los peritos de Deloitte en mayo de 2011 y presentado ante el Tribunal Supremo⁸⁴⁷. La Demandada precisa que el coste de estos activos ha de ser un coste real o de mercado, es decir costes razonables que se ajusten a los estándares o de mercado⁸⁴⁸.

⁸⁴² Memorial de Duplica, ¶918.

⁸⁴³ Memorial de Duplica, ¶919.

⁸⁴⁴ **Anexo R-139:** Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012 dictada en el Litigio Isolux Corsán, S.A. contra el RD 1565/2010, rec. 60/2011.

⁸⁴⁵ Memorial de Duplica, ¶928; **Anexo RLA-102:** Sergey Ripinsky with Kevin Williams. Damages in International Investment Law (BIICL, 2008), Págs. 200 y ss.

⁸⁴⁶ Memorial de Duplica, ¶¶925-928.

⁸⁴⁷ Memorial de Duplica, ¶929.

⁸⁴⁸ Memorial de Duplica, ¶930.

ii. Sobre la rentabilidad

590. La Demandada centra su análisis sobre el informe Deloitte del 23 de mayo de 2011⁸⁴⁹ y constata que en este informe se ha realizado cálculos y valoraciones sobre la tasa de rentabilidad de las mismas plantas fotovoltaicas del presente arbitraje, muy distintas de las proveídas en el presente arbitraje, de tal forma que la Demandada no entiende porque la Demandante no utilizó ahora los mismos métodos⁸⁵⁰.
591. Los peritos de Altran Mc Group han realizado los cálculos de la tasa de rentabilidad (TIR) de las Plantas de acuerdo con la normativa vigente, tras la reforma. Constata que la comparativa es clara: la rentabilidad otorgada a las plantas por la norma vigente (7,19%) es superior a la calculada como máximo por los peritos de Deloitte en su informe de 2011 como esperable (6,19%) para las plantas objeto del presente arbitraje, y que corresponde a la rentabilidad máxima que la Demandante podía esperar en el momento en que supuestamente invirtió⁸⁵¹.
592. También en su informe de 2011, los peritos de Deloitte han contrastado las rentabilidades de las Plantas “con respecto a rentabilidades de referencia” que son las que otorgan las Obligaciones del Estado español a 10 y 30 años, siendo estas Obligaciones la referencia que toma la norma vigente para otorgar una rentabilidad razonable⁸⁵².
593. Antes de analizar esta comparativa, la Demandada hace referencia a otros “benchmark” disponibles en el mercado, para comprobar la razonabilidad del 7,398% que otorga la norma vigente. La Demandada se refiere entonces a los WACC (rentabilidad esperable o exigida) declarados por ISOLUX y constata que el WACC declarado en el 2013 y en el 2014 era del 5,5%⁸⁵³. Por otro lado, la Demandada nota que la Comisión Europea ha dado su conformidad a un WACC del 4,29% para las plantas fotovoltaicas en Alemania⁸⁵⁴.
594. Sorprendentemente, los peritos de Deloitte han calculado para las plantas un WACC muy similar al de las plantas en Alemania. Han calculado un coste del capital medio ponderado después de impuestos del 3,97%, en su informe de 11 de julio de 2014, es decir un coste medio del capital (de accionista y de fondos ajenos) muy inferior a la rentabilidad que garantiza la norma vigente⁸⁵⁵.
595. Por último, la Demandada nota que, en la solicitud de intereses formulada por la Demandante en su último escrito, así como en el informe de Deloitte de junio de 2015, se

⁸⁴⁹ **Anexo R-217:** Informe Pericial de Deloitte de 23 de mayo de 2011.

⁸⁵⁰ Memorial de Duplica, ¶¶932-934.

⁸⁵¹ Memorial de Duplica, ¶¶939-940.

⁸⁵² Memorial de Duplica, ¶¶941-942; **Anexo R-217:** Informe Pericial de Deloitte de 23 de mayo de 2011.

⁸⁵³ Memorial de Duplica, ¶¶945-946; Informe pericial de Altran – MacGroup de 28 de julio de 2015

⁸⁵⁴ Memorial de Duplica, ¶947; La Comisión Europea, al evaluar la compatibilidad de la Ley de Energías Renovables de Alemania de 2014, establece que (“State Aid SA.38632 (2014/N – Germany EEG 2014 – Reform of the Renewable Energy Law” European Commission 23.07.2014).

⁸⁵⁵ Memorial de Duplica, ¶¶948-959.

solicita, a modo de intereses, un coste de oportunidad del 7,398%, lo que implica necesariamente que admiten expresamente que la norma vigente garantiza el 7,398% y que consideran que este porcentaje antes de impuesto es una rentabilidad razonable conforme a criterios de mercado⁸⁵⁶.

596. Finalmente, en relación con el ejercicio comparativo realizado por los peritos de Deloitte en el informe de 2011, resulta que el diferencial de rentabilidad que se concede a las Plantas sobre la rentabilidad que otorga la deuda pública española queda muy superior: ha pasado del 2,26% al 5,52%, es decir que el plus de rentabilidad que se concede se ha incrementado a más del doble con la normativa actual⁸⁵⁷.
597. Resulta de aquellas observaciones, la ausencia de deterioro en el valor de las Plantas que tienen además una rentabilidad superior a la que tenían en el momento de la supuesta inversión⁸⁵⁸.

iii. Otras críticas sobre los métodos de cálculos:

598. La Demandada constata también que los costes han sido inflados vía operaciones vinculadas.
599. Efectivamente, la Demandada nota que la construcción, la operación y mantenimiento de las Plantas se realizó por empresas del mismo grupo ISOLUX, es decir a un precio que no es el del mercado con terceros ajenos en condiciones de libre competencia⁸⁵⁹. El informe pericial de McGroup-Altran ha realizado un análisis de los costes de inversión de mercado (“**CAPEX**”) y de los costes de operación y mantenimiento de mercado (“**OPEX**”) para plantas fotovoltaicas como las de T-Solar, al objeto de comprobar si se corresponden con los declarados por T-Solar. Concluye en particular que los precios acordados en las operaciones vinculadas son muy superiores a los precios razonables de mercado, lo que habría permitido obtener de las plantas una rentabilidad adicional superior a la tasa de retorno implícita calculada en función de la inversión declarada y de los flujos de caja netos entregados por aquellas⁸⁶⁰.
600. Además, la Demandada considera que las fechas de valoración consideradas son incorrectas. En particular, la doctrina suele distinguir, a la hora de determinar la fecha de valoración, entre los distintos contextos en que podamos encontrarnos: en particular, distingue entre casos de expropiación e incumplimientos que no impliquen expropiación (TJE, por ejemplo). Sin embargo, la Demandante emplea la misma fecha de valoración

⁸⁵⁶ Memorial de Duplica, ¶951.

⁸⁵⁷ Memorial de Duplica, ¶¶952-954.

⁸⁵⁸ Memorial de Duplica, ¶955.

⁸⁵⁹ Memorial de Duplica, ¶959.

⁸⁶⁰ Memorial de Duplica, ¶961; Informe pericial de Altran – MacGroup de 28 de julio de 2015. Pág. 20, ampliamente desarrollado en su Anexo II.

para todos los casos de violación del TCE. Según la Demandada, la fecha de valoración tiene que ser la fecha del laudo⁸⁶¹.

601. Otro argumento planteado por la Demandada se relaciona con la cadena empresarial de la Demandante que afecta directamente el “*Flow Through*” de los daños alegados. La Demandante no puede considerar que el daño final es equivalente al daño de accionista, puesto que cada sociedad intermediaria entre la Demandante y sus filiales es una entidad independiente en la que influyen elementos como los impuestos, retenciones, reservas obligatorias, restricciones⁸⁶².
602. La Demandada pretende también que se han olvidado los “inevitables” descuentos por liquidez y por falta de control o participación minoritaria que podrían superar un 50%⁸⁶³.
603. Adicionalmente, la Demandada pretende que los tipos impositivos considerados por la Demandante no son reales. Deloitte no ha tomado en cuenta los tipos impositivos efectivos derivados del Impuesto sobre Sociedades pagado realmente por las Sociedades, sino una estimación de un mero tipo impositivo nominal⁸⁶⁴.
604. En relación con los intereses solicitados, la Demandada considera que son improcedentes, puesto que la Demandante no ha justificado el tipo de interés reclamado, ni ha comparado la tasa de rentabilidad razonable de 7,398% que utiliza con otras tasas utilizadas en la práctica arbitral.
605. Nota al respecto que en el informe Deloitte del 2011, la Demandante justifica que la “rentabilidad de referencia” es la que otorga la deuda pública, esto es, la rentabilidad de las Obligaciones del Estado. Por ello, el interés debería ser dicha rentabilidad, como máximo, o una referencia inferior⁸⁶⁵.
606. La Demandada también rechaza que se pueda aplicar un interés compuesto⁸⁶⁶.
607. Como última crítica al informe Deloitte, la Demandada considera que este informe es opaco, con falta de fundamentos y justificaciones, en particular en el uso de variables y valores que considera como oportunas.

⁸⁶¹ Memorial de Duplica, ¶965-966.

⁸⁶² Memorial de Duplica, ¶¶969-972.

⁸⁶³ Memorial de Duplica, ¶¶973-978.

⁸⁶⁴ Memorial de Duplica, ¶980.

⁸⁶⁵ Memorial de Duplica, ¶¶988-990.

⁸⁶⁶ Memorial de Duplica, ¶¶993-996.

C. COSTOS

608. Las Partes sometieron al Tribunal el 15 de enero de 2016 sus respectivos escritos relativos a los costos del arbitraje.

609. En su Escrito la Demandante solicitó que el Tribunal Arbitral condene la Demandada al pago de la totalidad de los costos y gastos que se deriven del presente procedimiento arbitral y que se descomponen de la siguiente manera:

Descripción	Valor
Honorarios y gastos de Bird & Bird	€ 180.410,64
Honorarios y gastos incurridos por Shearman & Sterling	€ 47.217,10
Honorarios y gastos incurridos por Latham & Watkins	€ 925.872,13
Honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la SCC	€ 414.100,00
Honorarios y gastos incurridos por Deloitte	€ 58.000,00
Honorarios y gastos incurridos por KPMG	€ 145.124,00
Costos ocasionados por el uso de las instalaciones de la CAM (celebración de la audiencia)	€ 5.282,60
Costos ocasionados por los servicios de transcripción	€ 6.699,50
TOTAL	€1.782.706

610. La Demandada solicitó que el Tribunal Arbitral condene la Demandada al pago de la totalidad de los costos y gastos que se deriven del presente procedimiento arbitral y que se descomponen de la siguiente manera:

Descripción	Valor
Anticipo de Fondos pagados a SCC	€ 412.600,00
Informe Pericial	€ 283.185,07
Servicios de reprografía	€ 12.788,61
Mensajería	€ 2.022,47
Anticipo de fondos para los servicios de transcripción de la Audiencia	€ 8.106,40
Gastos de transporte	€ 367,60
Alquiler de salas	€ 6.391,95
Honorarios legales	€ 469.230
Otros costes	€ 137,02
TOTAL	€1.198.290,10

611. El 22 de enero de 2016, la Demandante comunicó al Tribunal Arbitral las observaciones sobre los costos declarados por la Demandada.
612. En su carta, la Demandante puso de relieve que la Abogacía General del Estado al estar compuesta por funcionarios públicos, no facturan honorarios al Reino de España, de tal forma que solicita al Tribunal Arbitral que invite el Reino de España a justificar los costos en relación con los servicios de la Abogacía.
613. En relación con la intervención de los peritos de la Demandada, la Demandante solicita que la Demandante exhiba las resoluciones adjudicando el expediente de contratación a MacGroup-Altran para este arbitraje a efectos de poder contrastar los costos reclamados por la Demandada.
614. En relación con los servicios de transcripción y alquiler de salas, la Demandante solicita que el Reino de España exhiba las facturas acreditativas de los gastos reclamados puesto que aquellos costos superan los reclamados por la Demandante.
615. Finalmente, se precisa que la SCC ha determinado los costos del arbitraje de la siguiente manera el 6 de julio de 2016:

Sr. Yves Derains - Presidente

Honorarios 225 592 EUR más IVA
Gastos 4 459,83 EUR más IVA
viáticos totales de 2000 EUR

Prof. Guido Tawil - Co-arbitro

Honorarios 135 355 EUR
Gastos 5 948,09 EUR
viáticos totales de 2 500 EUR

Sr. Claus Von Wobeser - Co-arbitro

Honorarios 135 355 EUR
Gastos 12 161,66 EUR

Stockholm Chamber of Commerce

Honorarios administrativos 41 849 EUR mas IVA

616. Los honorarios y gastos mencionados en el parágrafo n° 615 serán pagados mediante los anticipos de fondos pagados por las Partes a la SCC.
617. El Tribunal Arbitral aborda a continuación las demandas de la Demandante (1) y las demandas formuladas por la Demandada (2) sometidas a su apreciación y decisión.

1. **Petitum de la Demandante**

618. En relación con la jurisdicción del Tribunal Arbitral, la Demandante solicita al Tribunal Arbitral que rechace las objeciones jurisdiccionales presentadas por la Demandada⁸⁶⁷.
619. En relación con el fondo de la disputa, la Demandante solicita al Tribunal Arbitral⁸⁶⁸ que:
- (a) DECLARE que la Demandada ha violado sus obligaciones bajo el Artículo 10 del Tratado Sobre la Carta de la Energía de:
- i Promover y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio;
 - ii Conceder en todo momento a las inversiones de la Demandante un trato justo y equitativo;
 - iii Asegurar una protección y seguridad completas a la inversión de la Demandante;
 - iv No perjudicar en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de la inversión de la Demandante en España;
 - v Cumplir con las obligaciones que haya contraído con la Demandante o su inversión en España;
- (b) DECLARE que la Demandada ha violado su obligación bajo el Artículo 13 del TCE de no nacionalizar, expropiar o adoptar medidas o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación, respecto de la inversión de la Demandante, sino mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva;
- (c) CONDENE a la Demandada al pago de compensación a la Demandante de no menos de €68.900.000, en concepto de daños y perjuicios sufridos por la Demandante con motivo de las violaciones de la Demandada del Tratado Sobre la Carta de la EnergíaTCE;
- (d) CONDENE a la Demandada al pago de intereses sobre la compensación otorgada por este Tribunal a una tasa de 7,398% desde el 13 de julio de 2013 hasta la fecha del pago del laudo por la Demandada;

⁸⁶⁷ Memorial sobre objeciones jurisdiccionales, ¶324.

⁸⁶⁸ Memorial de Réplica, ¶¶793 y 794.

- (e) CONDENE a la Demandada a pagar todas las costas de este arbitraje, así como todos los honorarios y gastos profesionales, legales y periciales incurridos por la Demandante en relación con el mismo;
- (f) CONCEDA cualquier otra reparación que estime apropiada.

2. Petitum de la Demandada

620. El Reino de España solicita al Tribunal Arbitral⁸⁶⁹ que:

- a) Declare carecer de jurisdicción para conocer del presente asunto.
- b) Subsidiariamente y sólo para el supuesto de que el Tribunal considere que tiene jurisdicción para conocer del presente asunto, desestime todas las pretensiones de la Demandante, previa declaración de que el Reino de España no ha incumplido en relación con la Demandante las obligaciones asumidas al amparo de los Artículos 10(1) y 13 del TCE.
- c) Subsidiariamente, desestime todas las pretensiones resarcitorias de la Demandante por cuanto ésta no tiene derecho a una compensación por daños; y
- c) Condene en todo caso a la Demandante al pago de todas las costas y gastos que se deriven del presente arbitraje, incluidos los gastos administrativos y los Honorarios de los Árbitros del Tribunal, así como los Honorarios de la representación letrada del Reino de España, sus peritos y asesores y cualquier otro coste o gasto en que se haya incurrido, todo ello incluyendo una tasa de interés razonable desde la fecha en que se incurra en dichos costes hasta la fecha de su pago efectivo.

VII. DISCUSIÓN

A. JURISDICCIÓN

621. Como ya se indicó, el Reino de España fundamenta la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral sobre seis objeciones jurisdiccionales principales numeradas desde la letra A hasta la Letra E.

1. Objeción Jurisdiccional A: El TCE no aplica a controversias relativas a inversiones intra-UE

622. Según el Reino de España, el mecanismo arbitral de resolución de controversias previsto en el Artículo 26 TCE no resulta aplicable a una controversia intra-Unión Europea

⁸⁶⁹ Memorial de Duplica, ¶ 1000.

(“UE”), como la presente, por ser incompatible con el Derecho de la UE, el cual debe prevalecer en caso de conflicto con el TCE. El Reino de España se apoya, entre otros elementos de análisis, sobre el escrito de *amicus curiae* presentado por la Comisión Europea el 20 de febrero de 2015.

623. La Comisión Europea invita al Tribunal Arbitral a declinar su jurisdicción. Considera que el TCE forma parte del derecho de la Unión y que los tribunales de los Estados miembros y el TJUE son, por tanto, los órganos jurisdiccionales competentes para su interpretación y aplicación. Nota que el TCE no crea obligaciones entre los Estados miembros, sino que las obligaciones se generan solamente entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y terceros países contratantes, por otra parte. El TCE contendría así una cláusula de desconexión implícita para los Estados miembros de la UE. Si el TCE hubiese creado la posibilidad de un arbitraje intra-europeo, tal litigio sería contrario a los Tratados de la UE.
624. La Comisión Europea explica que el TCE forma parte de la política energética exterior de la UE sin que repercuta también en la política interior. Los inversores de un Estado miembro de la UE que solicitan la resolución de una controversia contra otro Estado miembro no pueden considerarse como inversores de *“otra Parte Contratante”*, en el sentido del Artículo 26 (1) TCE. Es la UE la *“Parte Contratante”*. El TCE considera a la UE como un actor único. Los Tratados de la Unión contienen un conjunto completo de normas, incluidas las normas relativas a la protección judicial de las inversiones de nacionales de un Estado miembro que realizan inversiones en otro Estado miembro. El marco institucional y judicial de la UE brinda los remedios legales apropiados cuando se infringen las normas que protegen a los inversores.
625. Por consecuencia, el derecho de recurrir al mecanismo de resolución de controversias entre los inversores y los Estados por un inversor de la UE contra otro Estado miembro de la UE violaría los Tratados de la UE. La Comisión Europea se refiere en particular al Artículo 344 TFUE: *“los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.”*, interpretado a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Comisión /Irlanda (*MOX*)⁸⁷⁰.
626. La Comisión Europea recuerda que el Reino de España notificó las medidas objeto de litigio, es decir, el régimen nacional de incentivos a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables y las enmiendas a este régimen, a la Comisión en virtud del Artículo 108 apartado 3 TFUE, puesto que las autoridades españolas consideran que el régimen de incentivos nacionales constituye una ayuda de Estado en el sentido del Artículo 107, apartado 1 TFUE. La Comisión Europea, indica que, si el Tribunal Arbitral

⁸⁷⁰ TJUE, sentencia en el asunto *Comisión /Irlanda*, C-459/03, EU:C:2006:345, apartado 123.

considerase que, para poder decidir sobre el litigio, fuera necesario establecer, en primer lugar, si las medidas nacionales constituyen efectivamente ayuda de Estado, la Comisión le invitaría a suspender el procedimiento hasta que la Comisión se pronuncie sobre la notificación presentada por el Reino de España.

627. Estas observaciones de la Comisión Europea son de suma importancia para el Tribunal Arbitral que las consideró con la mayor atención para pronunciarse sobre los argumentos de las Partes que son los únicos argumentos sobre los cuales le compete opinar para tomar su decisión en cuanto a su jurisdicción.
628. Los argumentos del Reino de España para sostener que el mecanismo arbitral de resolución de controversias previsto en el Artículo 26 TCE no es aplicable a una controversia intra-UE son básicamente los siguientes:
- El Reino de España y los Países Bajos pertenecen a la misma Organización Regional de Integración Económica (“**ORIE**”) lo que conlleva que la presente controversia no se produjo entre “una Parte Contratante” y un “inversor de otra Parte Contratante” (a);
 - El derecho europeo de la UE, que es el Derecho Internacional aplicable, prohíbe la sumisión de la presente controversia, a jurisdicciones, distintas a las jurisdicciones previstas en los Tratados europeos (b).
629. Ningún de esos argumentos convence al Tribunal Arbitral.

- a. El hecho que el Reino de España y los Países Bajos pertenecen a la misma ORIE no conlleva que la presente controversia no pueda oponerse por un inversor de una Parte Contratante a un inversor de otra Parte Contratante

630. La Demandada explica claramente que “*el Tribunal Arbitral carece de jurisdicción para conocer del presente asunto ya que, como será objeto de desarrollo, Isolux INBV no es un inversor de una Parte Contratante distinta a la Parte Contratante Demandada ni, por tanto, un inversor protegido por el TCE⁸⁷¹.*” El Artículo 26.1 TCE exige que la controversia se produzca entre “una Parte Contratante” y un “inversor de otra Parte Contratante”, lo cual supone inevitablemente la exclusión del ámbito de dicho Artículo de los supuestos en los que un inversor de un Estado de la UE tenga una controversia con un Estado de la UE, respecto a una inversión en dicho Estado⁸⁷². Esta posición es también desarrollada por la Comisión Europea en su escrito de *Amicus Curiae*.

⁸⁷¹ Memorial de Contestación, ¶ 261, p. 73.

⁸⁷² Memorial de Duplica, ¶45, p. 25.

631. El Artículo 26.1 TCE, dispone que “*En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera.*” Resulta de los apartados siguientes del Artículo 26 que, si dichas controversias no pueden resolverse de conformidad con el apartado 1, serán resueltas por arbitraje.
632. El Reino de España, los Países Bajos y la UE son Partes Contratantes del TCE. La Demandante pretende ser un inversor de los Países Bajos. Al aceptar de modo provisorio la veracidad de dicha pretensión que es denegada por la Demandada, el Tribunal Arbitral tiene que determinar si la pertenencia de los Países Bajos y de España a la UE tiene como consecuencia que ISOLUX puede considerarse como un inversor de la UE que realizó una supuesta inversión en la UE. Si así fuera, la condición de diversidad de territorio que resueltal del Artículo 26.1 no sería cumplida.
633. El Artículo 1.10 TCE relativo a la definición del concepto de territorio indica: “*Con respecto a una Organización Regional de Integración Económica que constituyan Partes Contratantes, el término "territorio" abarcará los "territorios" de los Estados miembros de dicha organización, con arreglo a lo dispuesto en el acuerdo por el que se crea tal organización.*” Por consecuencia, tanto el territorio de los Países Bajos como el territorio del Reino de España son partes del territorio de la UE como ORIE. Sin embargo, el mismo Artículo precisa que respecto a un Estado que sea parte Contratante el “territorio” es “*el territorio sobre el que ejerza su soberanía.*” No hay duda que los Países Bajos y el Reino de España ejercen su soberanía sobre sus respectivos territorios nacionales.
634. Así, el hecho de que el “territorio” de la UE, según el Artículo 1.10 TCE, abarque los territorios de los Países bajos y del Reino de España no impide que cada uno de ellos conserve un “territorio” también en el sentido del TCE. Solo una interpretación del Artículo 26.1 TCE permite determinar a qué “territorio” hay que referirse para verificar que se cumpla la exigencia de diversidad de territorios.
635. Según el Artículo 31 de la CVDT “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*” Para resolver el problema planteado, el concepto de territorio tal como se define en el Artículo 1.10 TCE debe interpretarse en el contexto del objeto del propio Artículo 26.1 TCE.
636. El Artículo 26.1 se refiere a controversias entre “*una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante... relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera*”. Eso conlleva claramente que el territorio de que se trata es el territorio de la Parte Contratante en contra de la cual el inversor está actuando⁸⁷³. En la presente controversia,

⁸⁷³ En este sentido, Memorial de Replica, ¶ 89, p. 19.

la supuesta inversión fue hecha en España por un inversor que pretende ser holandés y que está actuando sobre la base del TCE contra el Reino de España, no contra la UE. Dejando de lado para desarrollos ulteriores los debates sobre la nacionalidad del inversor y la realidad de la inversión, la controversia sometida al Tribunal Arbitral se presenta como una controversia entre una Parte Contratante (España) y un inversor de otra Parte Contratante (Países Bajos) relativa a una inversión de éste último en la primera. En este sentido, se respetan los requisitos de diversidad de territorio del Artículo 26.1 TCE.

637. La anterior conclusión, sería errónea, si fuera cierto que existiera en el TCE una cláusula de desconexión implícita. En su escrito de *Amicus Curiae*, la Comisión Europea opina que El TCE contiene una cláusula de desconexión implícita para los Estados miembros de la UE. La Demandada comparte dicha opinión⁸⁷⁴. No está disputado entre las Partes que una cláusula de desconexión es una cláusula insertada en una convención multilateral que permite a aquellas partes firmantes de otro tratado o de miembros de una organización regional no aplicar o aplicar solamente parcialmente la convención multilateral en sus relaciones mutuas.
638. Sin embargo, ni la Comisión Europea ni la Demandada presentan argumentos basados sobre el texto del TCE que permiten llegar a la conclusión que el TCE contenga una cláusula de desconexión implícita para los Estados miembros de la UE.
639. La Demandada parece apoyarse en el Artículo 25 TCE⁸⁷⁵ que indica en su apartado 1 que “*lo dispuesto en el presente Acuerdo no podrá interpretarse de manera que obligue a ninguna Parte Contratante que sea Parte en un Acuerdo de Integración Económica (en adelante denominado "AIE"), a que haga extensivas, mediante el trato de nación más favorecida, a otra Parte Contratante que no sea Parte en dicho AIE las ventajas de cualquier tipo de trato preferente aplicable entre las Partes por ser Partes en dicho Acuerdo.*” Pero como lo observa justamente la Demandante, este Artículo “*se limita a circunscribir la extensión del efecto del trato de nación más favorecida entre Partes Contratantes que son partes de “Acuerdos de Integración Económica” (“Economic Integration Agreements”) y aquellas que no lo son*⁸⁷⁶.*”* No se puede interpretarlo como una cláusula de desconexión de alcance general.
640. En consecuencia, el Tribunal concluye que el hecho que el Reino de España y los Países Bajos pertenecen a la misma ORIE no conlleva que la presente controversia no pueda oponerse por un inversor de una Parte Contratante a otro inversor de una Parte Contratante.

⁸⁷⁴ Memorial de contestación, ¶ 286 y nota n° 133, p.79; ¶ 288, p80.

⁸⁷⁵ Memorial de contestación, ¶278, p. 77 y aunque de modo indirecto, nota n° 133 p. 79; Memorial de Duplica, ¶ 60, p. 28.

⁸⁷⁶ Memorial de Replica, ¶ 57, p.11.

b. El derecho europeo de la UE no prohíbe la sumisión de la presente controversia al arbitraje

641. La Demandada opina que la aplicación del TCE a controversias intra-UE es contraria al contexto, objeto y finalidad del propio TCE y al Derecho de la UE. La Comisión Europea tiene la misma posición. Eso se justificaría especialmente, al entender de la Demandada, porque tanto los Países Bajos como el Reino de España son Estados que ya eran miembros de la UE en el momento de la negociación, ratificación y entrada en vigor del TCE⁸⁷⁷. No podían firmar Tratados Internacionales de inversión que preveían mecanismos autónomos de resolución de controversias inversor-Estado en relación con inversiones intra UE⁸⁷⁸.
642. Esta conclusión estaría motivada por una supuesta incompatibilidad entre el TCE y el derecho de la UE⁸⁷⁹. Según la Demandada, tal incompatibilidad resultaría de la existencia de las libertades del Mercado Interior de la UE y de los derechos que las mismas reconocen a una inversión intra UE⁸⁸⁰. El Mercado Interior constituye un sistema integral de promoción y protección de las inversiones intra UE, ampliamente superior al del TCE⁸⁸¹. Admitir el arbitraje para resolver litigios que afecten a la libertad de establecimiento y libre circulación de capitales de un inversor comunitario en el territorio de la UE en el ámbito de las energías renovables sería contrario al Derecho de la UE⁸⁸².
643. La Demandada explica que “*entender que las controversias intra EU están incluidas en el ámbito de protección del TCE supondría prescindir del contexto, objetivo y finalidad del TCE y de la UE. En concreto, supondría asumir que la UE y sus Estados miembros promovieron como actores determinantes la creación y conclusión del TCE para cubrir un ámbito, el de las inversiones intra UE, que llevaba años cubierto, exhaustivamente y de manera ampliamente superior, por el Derecho de la UE. Además, esta interpretación contravendría tanto las normas del Mercado Interior como los principios de autonomía del Derecho de la UE y de monopolio de interpretación última del mismo por el sistema jurisdiccional de la UE, que impiden un sistema de solución de controversias como el del Artículo 26(1) del TCE.*”⁸⁸³. Lo confirmaría el Artículo 344 TFUE, el cual dispone que:

“*Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.*”⁸⁸⁴

877 Memorial de Contestación, ¶ 266, p. 74.

878 Idem, ¶ 267.

879 Idem, ¶ 270.

880 Idem, ¶ 275.

881 Idem, ¶ 278.

882 Memorial de Duplica, ¶ 92, p. 34.

883 Idem, ¶ 285.

884 **Anexo RLA-1:** Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europa de 26 de octubre de 2012 (C 326), Artículo 344.

644. El Tribunal Arbitral considera que una potencial incompatibilidad entre el TCE y el derecho europeo no afecta necesariamente a su jurisdicción en este arbitraje. No puede ser el caso si la incompatibilidad alegada concierne los derechos sustantivos del inversor. En tal hipótesis, el problema planteado es el de la elección de la norma aplicable y la solución de un conflicto de esta índole no tienen que ver con un conflicto de jurisdicción. El Tribunal Arbitral tendría jurisdicción para resolverlo.
645. *Ex abudanti cautela*, el Tribunal Arbitral nota que tal incompatibilidad es poco probable porque comparte la observación del tribunal en el laudo Electrabel c. Hungría, al cual ambas partes se refieren, y que indica que: “*the ECT’s genesis generates a presumption that no contradiction exists between the ECT and EU law*⁸⁸⁵.*”* El laudo acertadamente añade que “*the ECT was negotiated and ratified after the coming into existence of the Rome Treaty, by its Member States. The interpretation of the ECT’s text should therefore take into account such circumstances, in accordance with Article 32 of the Vienna Convention (which provides that, in order to interpret a treaty “(r)ecourse may be had to supplementary means of interpretation, including ... the circumstances of its conclusion”). This means, in the Tribunal’s view, that the ECT’s conclusion by the European Union and its Member States at that time should be presumed, in the absence of clear language or cogent evidence otherwise, to have been made in conformity with EU law.*⁸⁸⁶”
646. Ahora bien, esta observación perdería su pertinencia si existiera en el TCE una cláusula de desconexión para los Estados miembros de la UE. Sin embargo, ni la Demandada ni la Comisión Europea han señalado una cláusula de desconexión explícita y tampoco establecieron la existencia de una cláusula implícita⁸⁸⁷.
647. Tanto la Demandada como la Comisión Europea invocan el Artículo 344 TFUE para concluir que el monopolio de interpretación del derecho europeo por el sistema jurisdiccional de la UE es incompatible con el Artículo 26(1) TCE que constituye la base de la jurisdicción del Tribunal Arbitral para resolver la presente controversia. Si fuera así, un verdadero conflicto de jurisdicción se plantearía.
648. Según la Demandante, el Artículo 344 TFUE es irrelevante a efectos del presente arbitraje en la medida en que únicamente aplica a controversias entre Estados y no a controversias inversor-Estado, y solo concierne la interpretación de Tratados *de la UE*, y no de otros tratados, distintos, de Derecho internacional como el TCE⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ **Anexo RLA-3:** *Electrabel c. la República de Hungría*, Caso CIADI No. ARBi07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 de noviembre de 2012, (“*Electrabel c. Hungría*”), ¶ 4.134, Idem.

⁸⁸⁶ Ver *supra*, ¶¶ 116-181

⁸⁸⁷ ⁸⁸⁸ Memorial de Duplica sobre las objeciones jurisdiccionales, ¶ 61p. 14

649. El Artículo 344 TFUE dispone lo siguiente:

“Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.”

650. La Demandada, a la luz del escrito de *Amicus Curiae* de la Comisión Europea afirma que la aplicación de este precepto impide que España someta al arbitraje cuestiones relativas al mercado interior de la electricidad⁸⁸⁹. El Tribunal no está convencido por esta afirmación de índole general que no parece aplicarse a la presente controversia.
651. Por una parte, no hay duda que, como lo subraya la Demandante, los Tratados referidos en el Artículo 344 TFUE son los Tratados de la UE con exclusión de los otros instrumentos internacionales como el TCE. Las demandas sometidas al Tribunal Arbitral son relativas a violaciones alegadas del TCE y no a violaciones de los Tratados de la UE.
652. Por otra parte, la lectura del Artículo propuesta por la Demandada implicaría que, por la interpretación o la aplicación de una norma de un Tratado europeo, solamente se podría acudir a un procedimiento previsto en el propio Tratado. Esta interpretación es incompatible con la realidad de la práctica jurisdiccional.
653. Como bien lo notó el tribunal en el caso *Electrabel c. Hungría* “*The ECJ's monopoly is said to derive from Article 292 EC (now Article 344 TFEU) which grants to the ECJ exclusive jurisdiction to decide disputes amongst EU Member States on the application of EU law..... However, as is well known and recognized by the ECJ, such an exclusive jurisdiction does not prevent numerous other courts and arbitral tribunals from applying EU law, both within and without the European Union. Given the widespread relevance and importance of EU law to international trade, it could not be otherwise.*⁸⁹⁰”
654. Además, se admite hoy, de modo general, que los tribunales arbitrales no solamente tienen el poder sino también el deber de aplicar el derecho europeo⁸⁹¹.
655. En consecuencia, el Tribunal Arbitral concluye que el derecho europeo de la UE no prohíbe la sumisión de la presente controversia al arbitraje.
656. La objeción Jurisdiccional A de la Demandada según la cual el Tribunal Arbitral no tendría jurisdicción porque el TCE no se aplica a controversias relativas a inversiones intra UE, se rechaza.

⁸⁸⁹ Memorial de Duplica, ¶ 63, p. 28

⁸⁹⁰ **Anexo RLA-3:** *Electrabel c. la República de Hungría*, Caso CIADI No. ARBi07/19, Decisión on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 de noviembre de 2012, (“*Electrabel c. Hungría*”), ¶ 4.147;

⁸⁹¹ TJCE, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, 1ero de junio de 1999, Rec 1-3055.

657. La Comisión Europea recuerda que el Reino de España notificó las medidas objeto de la controversia, a la Comisión en virtud del Artículo 108 (3) TFUE. Si el Tribunal Arbitral considerase que para poder decidir sobre el litigio planteado es necesario establecer, en primer lugar, si las medidas nacionales constituyen efectivamente ayuda de Estado, la Comisión le invitaría “en la alternativa” a suspender el procedimiento hasta que la Comisión se pronuncie sobre la notificación presentada por el Reino de España.
658. La Demandante indica que carece de sustento la invitación hecha por la Comisión Europea a que el Tribunal suspenda el procedimiento hasta que la Comisión se pronuncie sobre la notificación presentada por el Reino de España puesto que en el presente arbitraje no interviene una problemática de Derecho comunitario⁸⁹². Añade que la Comisión Europea no está parte en este arbitraje y que por consiguiente no tiene derecho procesal alguno⁸⁹³. La Demandante pide que la petición de suspensión sea obviada o rechazada⁸⁹⁴.
659. La Demandada no formula la petición de suspensión del procedimiento presentada por la Comisión Europea. Sin embargo, nota que si la Comisión Europea decidiera que las medidas discutidas en este arbitraje constituyen ayuda de Estado, su resultado sería afectado.
660. El Tribunal no entiende la invitación de la Comisión Europea “en la alternativa” como una petición en el sentido procesal sino como una recomendación alternativa a la de declararse incompetente. Este tipo de recomendación cabe dentro el papel del *Amicus Curiae* y la Comisión Europea no se excedió de ningún modo al formularla. Sin embargo, el Tribunal no puede suspender el procedimiento arbitral sin que alguna de las Partes se lo hubiese pedido. La Demandada no pide la suspensión del procedimiento y la Demandante se opondría a tal petición si fuera hecha por la Demandada. En tales circunstancias, el Tribunal no tiene que pronunciarse al respecto.

2. Objeción Jurisdiccional B: la reclamación ha sido formulada, materialmente, por un inversor español -Isolux- y por un inversor canadiense -PSP Investments

661. El Reino de España sostiene que detrás de la personalidad jurídica de IIN, se encuentran en realidad una empresa española Isolux Corsan S.A y una empresa canadiense, PSP Investments, que ejercen un control total y efectivo sobre la Demandante. En cuanto a Isolux Corsan S.A., pretende que no se cumple el requisito jurisdiccional de diversidad de nacionalidades entre inversor-demandante y Parte Contratante-demandada exigido por el Artículo 26(1) TCE. En cuanto a la empresa canadiense - PSP Investments -, ha de

⁸⁹² Memorial de Replica, ¶79, p. 16.

⁸⁹³ Memorial de Duplica sobre las objeciones jurisdiccionales, ¶ 80 p. 19.

⁸⁹⁴ Idem.

tenerse en cuenta que Canadá no es una Parte Contratante del TCE y, por lo tanto, los inversores canadienses no se encuentran protegidos por el TCE⁸⁹⁵.

662. El Reino de España hace hincapié en que todas las decisiones empresariales de IIN se adoptan por sus accionistas españoles y canadienses y en que IIN es una mera sociedad cascarón, sin actividad empresarial alguna, ni trabajadores en los Países Bajos. Lo anterior, justificaría el levantamiento del velo societario y tendría como consecuencia que IIN no podría ser considerada como una “*empresa u otra organización*”⁸⁹⁶. El TCE exigiría “*la existencia de una ‘empresa u otra organización’ como conjunto organizado de medios materiales y humanos dirigidos a un fin económico*” y no solamente la incorporación de una sociedad en un Estado Contratante⁸⁹⁷.
663. La conclusión a la que llega la Demandada es que IIN no sería un inversor y no podría invocar el mecanismo de solución de litigios del TCE.
664. El Reino de España se refiere principalmente al voto particular del Presidente Prosper Weil en el caso Tokios Tokelés c. Ucrania⁸⁹⁸ y al caso Venoklim Holding B.V. c. la República Bolivariana de Venezuela⁸⁹⁹.
665. Según la Demandante, el único criterio de nacionalidad a considerar es el del Artículo 1(7) (a) (ii) del TCE que define al inversor como una “*empresa u otra organización constituida con arreglo a la legislación aplicable en la Parte Contratante*”. Al ser IIN una empresa legalmente constituida en los Países Bajos, el requisito de diversidad de nacionalidad estaría satisfecho⁹⁰⁰. Considera que la Demandada pretende añadir al Artículo 1(7) TCE requisitos que no existen y se apoya sobre jurisprudencia que no tiene relevancia⁹⁰¹.
666. El Tribunal nota que la Demandante es una persona jurídica constituida en los Países Bajos y que los Países Bajos es una Parte Contratante del TCE. No ha sido puesto en duda que IIN, no sería una sociedad válidamente constituida con arreglo a la legislación de los Países Bajos. Lo que argumenta la Demandada es que IIN no pueda ser considerada como una “*empresa*” o una “*organización*” en el sentido del Artículo 1(7) del TCE por faltar de medios económicos y humanos en los Países Bajos.

⁸⁹⁵ Memorial de Duplicata ¶ 114, p. 38

⁸⁹⁶ Memorial de Duplicata, ¶ 148- 155, p. 45.

⁸⁹⁷ Memorial de Duplicata ¶ 114, p. 38

⁸⁹⁸ **Anexo RLA-14:** *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18. Voto particular de 29 de abril de 2004.

⁸⁹⁹ **Anexo RLA-90:** *Venoklim Holding B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22, 3 de abril de 2015.

⁹⁰⁰ Memorial de Réplica, ¶ 96, p. 20.

⁹⁰¹ Memorial de Duplicata sobre las objeciones jurisdiccionales, ¶ 87 -114, p. 21-26.

667. Sin embargo, el Tribunal no comparte la lectura que hace la Demandada de este Artículo. Se podría discutir indefinidamente para determinar si IIN, es o no es, una empresa desde el punto de vista económico pero la discusión no tendría ningún interés para interpretar el Artículo 1 (7) TCE. El TCE no exige que el inversor protegido sea una empresa desde el punto de vista económico. Tal interpretación excluiría a las personas físicas quienes son protegidas como las personas jurídicas. En cuanto a ellas, el criterio es únicamente jurídico: la constitución con arreglo a la legislación en la Parte Contratante, que se trate de una “*empresa*” o de “*otra organización*”. Si IIN no fuera una *empresa*, sería “*otra organización*”, pero resulta que está organizada como sociedad según la ley de los Países Bajos.
668. La conclusión es que los requisitos formales del Artículo 1(7) TCE están cumplidos para considerar la Demandante como un inversor de una Parte Contratante.
669. Sin embargo, el Reino de España no considera eso como suficiente. Entiende que el Tribunal tendría que levantar el velo societario y más allá de la nacionalidad de la sociedad, fundar su decisión en cuanto a su jurisdicción sobre la nacionalidad de los accionistas de la Demandante.
670. Antes de cualquier otra consideración, el Tribunal Arbitral nota que el texto del TCE no contiene, como algunos Tratados, una cláusula de excepción que excluya la aplicación del criterio de la constitución con arreglo a las leyes de otra Parte Contratante cuando una persona jurídica está controlada por nacionales del otro Estado contratante. Sin embargo, procedería levantar el velo societario en caso de fraude a la jurisdicción. Tal fraude no fue establecido como se indica más adelante (¶¶ 695-715).
671. La jurisprudencia arbitral invocada por la Demandada no permite alejarse del texto claro del Artículo 1(7) TCE. El voto particular del Presidente Weil en Tokios Tokelés c. Ucrania es un voto minoritario. La decisión de la mayoría rechazó el levamiento del velo societario⁹⁰².
672. El caso Venoklim Holding B.V. c. la República Bolivariana de Venezuela tenía la particularidad de que el inversor solo podía beneficiar del Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos a través del filtro de la Ley venezolana de Promoción y Protección de Inversiones. El Artículo 3(2) de esta ley define la inversión internacional como “*La inversión que es propiedad de, o que es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras.*” Su Artículo 3(4) define el inversor internacional como “*El propietario de una inversión internacional, o quien efectivamente la controle*⁹⁰³.” Al

⁹⁰² *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI, No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción, de 29 de abril de 2004.

⁹⁰³ **Anexo RLA-90:** *Venoklim Holding B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/22, de 3 de abril de 2013, ¶ 141.

contrario del TCE, el texto aplicable obligaba el tribunal a levantar el velo societario y a verificar que la sociedad extranjera no estaba bajo control de sociedades o personas físicas del Estado receptor de la inversión.

673. Además, se trataba de un arbitraje CIADI lo que plantea problemas de interpretación que no existen dentro del marco del TCE.
674. Con base en lo anterior, el Tribunal Arbitral rechaza la objeción Jurisdiccional B de la Demandada, según la cual, no estaría cumplido el requisito jurisdiccional de diversidad de nacionalidades entre el inversor-demandante y la Parte Contratante-demandada exigida por el Artículo 26(1) TCE.

3. Objeción Jurisdiccional C: por no haber realizado Isolux IIN una inversión en el Reino de España de acuerdo con la definición de inversión contenida en Artículo 1(6) TCE

675. Es pacífico que la empresa IIN tiene una participación accionaria del 88,3413% en el capital de T-Solar, empresa que ejerce una actividad económica en el sector de la energía en España y de la cual IIN obtiene indirectamente rendimientos.⁹⁰⁴
676. El Reino de España sostiene que IIN no ha realizado una inversión en España puesto que no ha realizado una inversión en sentido objetivo u ordinario del concepto de inversión, dado que no ha realizado ninguna aportación de recursos económicos ni ha asumido riesgo alguno vinculado a los activos objetos de este procedimiento arbitral⁹⁰⁵. Para justificar su exigencia de una inversión en sentido objetivo u ordinario, se refiere principalmente a un libro de la Doctora Crina Baltag⁹⁰⁶ y a varios laudos arbitrales⁹⁰⁷.
677. El Reino de España explica que en ejecución del Acuerdo de Inversión que suscribieron el grupo empresarial español ISOLUX y la entidad canadiense PSP Investments el 29 de junio de 2012⁹⁰⁸, ISOLUX realizó una desinversión en determinados activos y PSP Investments una inversión en esos mismos activos⁹⁰⁹. IIN sería simplemente la sociedad que recibe los activos de ISOLUX y el efectivo de PSP Investments⁹¹⁰. Esta última compañía sería la única que realizó una inversión con una aportación de fondos, con el propósito de obtener retornos y un riesgo ligado a dicha aportación de fondos⁹¹¹.

⁹⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 45 p.12; Memorial de Contestación, ¶ 336, p. 91.

⁹⁰⁵ Memorial de Contestación, ¶ 333-338, p. 91-92.

⁹⁰⁶ **Anexo RLA-15: The Energy Charter Treaty. The Notion of Investor.** Crina Baltag, Kluwer Law International BV, 2012, The Netherlands.

⁹⁰⁷ Memorial de Contestación, ¶ 352-358, p.94-96.

⁹⁰⁸ **Anexo R-9:** Expediente C/0452/12 seguido ante la Comisión Nacional de la Competencia a instancia de Grupo Isolux Corsán S.A. e Infra-PSP Canadá Inc (versión no confidencial).

⁹⁰⁹ Memoria de Contestación, ¶ 362, p.97.

⁹¹⁰ Memoria de Contestación, ¶ 363, p.97

⁹¹¹ Idem.

678. El Reino de España también alega que los rendimientos indirectamente obtenidos por IIN no pueden ser calificados como una inversión porque el concepto de posesión indirecta “*se refiere al último poseedor de la cadena*” societaria.⁹¹² Dicha interpretación sería plenamente coherente con la cláusula de denegación de beneficios del Artículo 17(1) TCE⁹¹³.
679. Según la Demandante, el TCE define el concepto de “inversión” de manera precisa haciendo IIN necesaria la búsqueda de “definiciones objetivas” no previstas en su texto⁹¹⁴. La definición del concepto de inversión por el TCE sería autosuficiente⁹¹⁵. Hace hincapié en que las exigencias adicionales mencionadas por el Reino de España se desarrollan en el marco del arbitraje CIADI y en consecuencia no aplicarían al TCE⁹¹⁶. La Demandante añade que en cualquier caso la participación de IIN cumple con la definición inapropiada del concepto de inversión del Reino de España⁹¹⁷.
680. En cuanto a los rendimientos obtenidos indirectamente por IIN, la Demandante considera que el análisis de la Demandada carece de todo fundamento y que el Reino de España parece confundir la noción de inversión con criterios más propios de denegación de beneficios⁹¹⁸.

681. El Artículo 1(6) TCE establece lo siguiente:

“Inversión”, cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque:

- a) bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas;*
- b) una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una empresa o sociedad mercantil;*
- c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión;*
- d) propiedad intelectual;*
- e) rendimientos;*
- f) cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía.*

Los cambios en los modos de invertir los bienes no afectan a su carácter de inversión y la palabra “inversión” incluye todas las inversiones, bien sean ya existentes o bien se hagan después de la última de la fecha de entrada en vigor del

⁹¹² Memorial de Dúplica, ¶¶ 244-246, p.63.

⁹¹³ Memorial de Contestación, ¶ 410, p. 106.

⁹¹⁴ Memorial de Replica, ¶ 138, p. 29

⁹¹⁵ Memorial de Replica, ¶ 146, p. 31

⁹¹⁶ Memorial de Replica, ¶ 141, p. 30

⁹¹⁷ Memorial de Replica, ¶ 163, p. 34

⁹¹⁸ Memorial de Replica, ¶ 190, p. 39

presente Tratado para la Parte Contratante del inversor que efectúe la inversión y para la Parte Contratante en el área en la que se haga la inversión (que en adelante se denominará "fecha efectiva"), siempre que el Tratado sea aplicable únicamente a aquellos aspectos que afecten a dichas inversiones después de la fecha efectiva. "Inversión" se referirá a toda inversión relacionada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía y a las inversiones o clases de inversión designadas por una Parte Contratante en su región como "Proyectos de eficacia de la Carta", y hayan sido así notificados a la Secretaría."

682. En primer lugar, el Tribunal nota que la Demandada no deniega que la inversión que la Demandante pretende ostentar esté relacionada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía, como lo exige el Artículo 1(6) TCE. Según el Artículo 1(5) TCE: *"Actividad Económica en el Sector de la Energía" se refiere a una actividad económica dedicada a la exploración, extracción, refino, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de materias y productos energéticos, salvo los incluidos en el Anexo NI, o relativa a la distribución de calor a instalaciones múltiples."*
683. El Tribunal Arbitral no comparte la posición de la Demandante según la cual la definición del concepto de inversión en el TCE es autosuficiente. La lista de activos enumerados en el Artículo 1(6) TCE proporciona ejemplos de inversión, pero no define el concepto. De modo circular, se indica que una inversión es *"cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor"*. Es decir que para ser calificado como una inversión, el activo tiene que ser poseído o controlado por un inversor. Sin embargo, la definición del inversor del Artículo 1(7) TCE se interesa únicamente en su nacionalidad o residencia si se trata de una persona física, y en las leyes que rigen su constitución si se trata de una persona jurídica. Ningún elemento en el Artículo 1(7) TCE permite distinguir al inversor de una persona física o persona jurídica cualquiera. Lo que lo distingue es su posesión o control de una inversión, lo que confirma el carácter circular del razonamiento y hace necesaria una definición adicional del concepto de inversión.
684. El Tribunal Arbitral comparte la posición del Reino de España cuando sostiene que ésta definición adicional debe ser objetiva, en la ausencia de una definición subjetiva en el TCE. No le convence la tesis de la Demandante según la cual sería inaplicable la definición objetiva que desarrollaron muchos otros tribunales confrontados con la ausencia de una definición en otros tratados bilaterales o multilaterales, en particular, pero no únicamente, dentro del arbitraje CIADI. Más que el contenido de cada tratado, lo que importa es el silencio de cada uno en cuanto a la definición del concepto de inversión. Eso es el rasgo común de esos tratados que justifica una definición del concepto de inversión.

685. Como lo nota la Demandante⁹¹⁹, la fuente de esta definición es el laudo de 2001 en el caso Salini Construttori Spa and Italstrade Spa c. Reino de Marruecos⁹²⁰ donde el tribunal consideró que una inversión “*supone aportes, una cierta duración de ejecución del mercado y una participación a los riesgos de la operación*” (traducción libre). Añadió la condición de “*contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión*” (traducción libre). Con la evolución de la jurisprudencia arbitral⁹²¹, la definición objetiva de la noción de inversión, ahora incluye solamente :(i) una contribución, (ii) la percepción de rendimientos y (iii) la asunción de riesgos⁹²².
686. El Tribunal Arbitral considera que ésta definición del concepto de inversión, a falta de otra definición en el TCE, es aplicable en este procedimiento, pues corresponde a los preceptos de interpretación del Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Convención de Viena”) que establece que “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*” Además, para cumplir con los requisitos del Artículo 1(6) TCE, la inversión debe relacionarse con una Actividad Económica en el Sector de la Energía. Las partes no han controvertido éste último punto.

919 Memorial de Replica, ¶ 132, p. 28

920 Salini Construttori Spa and Italstrade Spa c. Reino de Marruecos, Decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001, Caso CIADI No. ARB/00/4, 42 ILM 609 (2003), disponible a la página: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

921 Ver *inter alia* sobre este aspecto: Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan, Caso PCA No. AA280, laudo del 26 de noviembre de 2009, ¶ 207. Ver también las decisiones de otros tribunales acudiendo a la noción objetiva de la inversión, siguiendo o modificando a su vez la solución adoptada por en el caso Salini: CSOB v. The Slovak Republic, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre jurisdicción, 24 de mayo de 1999, ¶ 64; MCI Power Group, LC and New Turbine, Inc v. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/03/6, laudo del 31 de julio de 2007, ¶ 165; CMS Gas Transmission Company v. Argentine, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Comité ad hoc sobre la Solicitud de anulación, 25 de septiembre de 2007, ¶ 71; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania, Caso CIADI No. ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008, ¶ 312-317; Malaysian Historical Salvors SDN v. The Government of Malaysia, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión del Comité ad hoc sobre la Solicitud de anulación, 16 de abril de 2009, ¶ 78-79 (citada Biwater v. Tanzania) ; Phoenix Action, Ltd v. Republica Checa, Caso CIADI N°ARB/06/5, laudo del 15 de abril 2008, ¶ 81; Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, Caso CIADI No. ARB/98/2, laudo del 8 de mayo de 2008, ¶ 232 ; Consortium Groupement LESI-Dipenta v. People's Democratic Republic of Algeria, Caso CIADI No. ARB/03/8, laudo del 10 de enero de 2005, ¶ 13(iv); LESI, SpA and Astaldi, SpA v People's Democratic Republic of Algeria, Decisión sobre jurisdicción del 12 de julio de 2006, Caso CIADI No. ARB/05/3, ¶ 72(iv); Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, ¶ 130; Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No.ARB/04/13, Decisión sobre jurisdicción del 16 de junio de 2006, ¶ 91; Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre jurisdicción y recomendación para medidas provisionales, 21 de marzo de 2007, ¶ 99; Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre jurisdicción del 6 de julio de 2007, ¶ 116.

922 Memorial de Contestación, ¶¶ 352-353, p. 94-95; Memorial de Replica, ¶ 133, p. 28.

687. Sin embargo, la conformidad del Tribunal Arbitral con la posición del Reino de España para aquí. Al contrario de lo alegado por el Reino de España, IIN posee una inversión conforme a la definición objetiva del concepto de inversión.
688. No cabe duda que los activos empresariales que controla IIN son una inversión que no existiría sin aportes iniciales, que corresponde a una actividad duradera y que, como toda actividad empresarial, conllevan un riesgo. La Demandada no deniega la existencia de una inversión inicial hoy controlada por IIN. Lo que sostiene es que el Acuerdo de Inversión que suscribieron el grupo empresarial ISOLUX y la entidad canadiense PSP, el 29 de junio de 2012, no transformó esta inversión inicial en nueva inversión. Así, la Demandada indica en su Memorial de Contestación que “*Sin embargo la inversión de Infra-PSP Canadá Inc. no puede tener el efecto de transformar una simple recolocación de acciones en una nueva inversión. La inversión efectuada por la entidad canadiense no puede transformar artificialmente una inversión preexistente en una inversión nueva y diferente a la que existía cuando las acciones de T-Solar estaban en poder de Grupo Isolux Concesiones S.L o cuando ésta, unilateralmente, decidió recolocar dichas acciones en Isolux INBV*⁹²³.”
689. Que la inversión siga siendo la misma que la inversión inicial, no impide que sea una inversión en el sentido objetivo, protegida por las normas de derecho internacional aplicables. La realización de una nueva inversión por la persona que adquiere la posesión o el control de la inversión ya existente no es necesaria. Igualmente, la inversión no deja de ser una inversión a razón del cambio de la persona que la posee o la controla. La Demandante nota que en el caso OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela⁹²⁴, donde se refiere al concepto objetivo de la inversión, el tribunal tomó en cuenta, para constatar la existencia de una inversión, los aportes dinerarios realizados por sociedades del grupo de la demandante con anterioridad a la fecha en la que ésta asumiera la propiedad de participaciones en sociedades locales⁹²⁵.
690. La solución es aún más clara en cuanto al TCE cuyo Artículo 1(8) define precisamente “*realizar inversiones*” o “*realización de inversiones*”, como “*efectuar nuevas inversiones, adquirir, en todo o en parte, inversiones ya existentes, o bien dedicarse a distintos campos de inversión.*” (Subrayado añadido). El modo de adquisición de una inversión existente, toda vez que está en cumplimiento de la ley, no es relevante. Además, El hecho de que el adquirente de la inversión no efectúe alguna contribución financiaría para adquirir la inversión tampoco tiene relevancia. La inversión es la que está protegida, y no así el precio de su adquisición.

⁹²³ Memorial de Contestación, ¶ 396, p. 104.

⁹²⁴ **Anexo CLA-90:** OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015.

⁹²⁵ Memorial de Replica, ¶ 170, p.36

691. Además, no es cierto que IIN no hizo alguna contribución. El Reino de España reconoce que PSP había realizado una contribución que tuvo como consecuencia consolidar el control indirecto de la inversión existente en España. También, como lo nota la Demandante⁹²⁶, la implicación de IIN en su capacidad de instrumento de control de la inversión en España constituye un aporte en industria que no puede ignorarse.
692. Tampoco el Tribunal Arbitral puede aceptar que los rendimientos, indirectamente obtenidos por IIN, no puedan ser calificados de inversión porque el concepto de posesión indirecta “*se refiere al último poseedor de la cadena*” societaria según lo sostenido por la Demandada⁹²⁷. Tal análisis resulta en una denegación de la personalidad jurídica, pues los últimos poseedores de la cadena son los últimos accionistas. Eso no puede ser el criterio del TCE que, en su Artículo 1(6), distingue personas físicas y personas jurídicas sin establecer diferencias entre los derechos de las primeras y de las segundas.
693. Con base en lo anterior, el Tribunal Arbitral rechaza la objeción Jurisdiccional C de la Demandada relativa a la ausencia de realización por Isolux INBV de una inversión en el Reino de España de acuerdo con la definición de inversión contenida en Artículo 1(6) TCE.

4. Objección Jurisdiccional D: la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por la existencia de abuso del proceso

694. Según la Demandada, IIN fue constituida en los Países Bajos con el propósito de acceder fraudulentamente al arbitraje de inversión del TCE, al no poder prevalecerse de dicho mecanismo de resolución de disputas un inversor español y un inversor canadiense⁹²⁸. La Demandada explica también que la recolocación de acciones en T-Solar se hizo cuando el conflicto era previsible⁹²⁹. Tanto ISOLUX como PSP querían evitar la conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo español que no era favorable. Se trataría de un caso de *forum shopping* prohibido⁹³⁰, lo que implica que el Tribunal carece de jurisdicción a la luz de la jurisprudencia arbitral y de la mejor doctrina.
695. La Demandante sostiene que las actuaciones de IIN no pueden ser calificadas como un mero artificio o fraude en aras de internacionalizar la disputa con el Reino de España⁹³¹. Hace hincapié en que la demanda iniciada por IIN se realizó conforme a derecho y que la

⁹²⁶ Memorial de Replica, ¶ 170, p.37

⁹²⁷ Memorial de Dúplica, ¶¶ 244-246, p.63.

⁹²⁸ Memorial de Duplica, p. 66

⁹²⁹ Memorial de Duplica, p. 77-78

⁹³⁰ Memorial de Duplica, p. 66.

⁹³¹ Memorial de Replica, ¶ 196, p. 41.

operación de inversión llevada a cabo por la Demandante tuvo lugar antes de que el Reino de España adoptara las medidas que originaron la presente disputa⁹³².

696. El Tribunal Arbitral no duda que el hecho de organizar una inversión con el único propósito de que ésta se beneficie de la protección de un tratado internacional al que no tenía derecho, en aras de protegerse de una disputa existente o previsible, es un caso de *forum shopping* inaceptable que justifica que la jurisdicción sea denegada. Esto es aceptado por ambas Partes⁹³³. La Demandante admite que se pueda constatar *forum shopping* en el contexto del TCE⁹³⁴.

697. De hecho, como lo indica el tribunal en el asunto Mobil Corporation y otros c. Venezuela⁹³⁵:

“....in all systems of law, whether domestic or international, there are concepts framed in order to avoid misuse of the law. Reference may be made in this respect to “good faith” (“bonne foi”), “détournement de pouvoir” (misuse of power) or “abus de droit” (abuse of right).”

698. Sin embargo, este mismo laudo invocado por el Reino de España, subraya que, en derecho internacional, para determinar la existencia de un abuso de proceso, hay que tomar en cuenta todas las circunstancias de un caso⁹³⁶. Es lo que hace el Tribunal Arbitral en el presente arbitraje, sin considerar los elementos facticos de los varios laudos mencionados por las partes, que difícilmente aplican a las circunstancias de este caso.

699. La primera inversión de IIN es del 29 de octubre de 2012 cuando adquirió 65.434.220 acciones nominativas (equivalentes al 58,8632% del capital social) de T-Solar.⁹³⁷ Sin embargo, la decisión de los accionistas de IIN de colocar su inversión en una sociedad de los Países Bajos es anterior. Se encuentra en el Acuerdo de Inversión del 29 de junio de 2012⁹³⁸.

⁹³² Memorial de Replica, ¶ 197, p. 41.

⁹³³ Memorial de Duplica, p. 66; Memorial de Duplica sobre las objeciones jurisdiccionales ¶ 181, p. 40.

⁹³⁴ Memorial de Duplica sobre las objeciones jurisdiccionales, ¶ 188, p. 41.

⁹³⁵ **Anexo RLA-110:** *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, b.v.,Mobil Cerro Negro Holding, ltd.,Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc.,Mobil Cerro Negro, ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, inc.(claimants) c Republica Bolivariana de Venezuela, Decision de Jurisdiccion, 10 de junio de 2010 (versión inglesa),* ¶ 169 p. 46;

⁹³⁶ Idem, ¶ 177, p. 48.

⁹³⁷ Ver **Anexo C-42:** Certificado emitido por el Secretario del Consejo de Administración de T-Solar Global, S.A., de 22 de noviembre de 2013; **Anexo C-40:** Copia del Libro-registro de Acciones Nominativas de T-Solar, pág. 35.

⁹³⁸ **Anexo C-172:** Acuerdo de Inversión suscrito el 29 de junio de 2012 por IIN y sus accionistas.

700. En dicha época, las medidas que originaron el presente arbitraje no habían sido adoptadas por el Reino de España, pues la primera lo fue el 27 de diciembre de 2012⁹³⁹. Sin embargo, una reforma del sector de la energía en España era ya anunciada como lo indica justamente el Reino de España⁹⁴⁰.
701. En estas circunstancias, no parecería extraño al Tribunal Arbitral que inversores extranjeros, como PSP, tengan la preocupación de intervenir en el mercado español de la energía a través de una estructura holandesa para protegerse de posibles medidas dañinas del gobierno español y poder avalarse del TCE, aunque la Demandada no haya aportado la prueba de que fuera el caso. Eso no sería nada más que un caso de “*legitimate corporate planning*”⁹⁴¹. Al contrario, es muy dudoso que PSP hubiera participado en la inversión sin una estructura fuera de España.
702. Además, la restructuración no se realizó de manera secreta, como lo ilustra la Notificación a la Comisión Nacional de la Competencia del 9 de julio de 2012⁹⁴².
703. Una restructuración tan usual en las relaciones económicas internacionales no se equipara a un fraude cuyo único propósito sería una manipulación de las reglas ordinarias de competencia. La conclusión del Tribunal Arbitral hubiera sido distinta si, en el momento de la restructuración, el conflicto ya hubiere nacido. Aunque aplicable en el caso de un arbitraje CIADI, la distinción operada en el laudo Mobil Corporation y otros c. Venezuela⁹⁴³, misma parece muy acertada al Tribunal Arbitral, establece:

“As stated by the Claimants, the aim of the restructuring of their investments in Venezuela through a Dutch holding was to protect those investments against breaches of their rights by the Venezuelan authorities by gaining access to ICSID arbitration through the BIT. The Tribunal considers that this was a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes.

With respect to pre-existing disputes, the situation is different and the Tribunal considers that to restructure investments only in order to gain jurisdiction under a BIT for such disputes would constitute, to take the words of the Phoenix Tribunal,

⁹³⁹ **Anexo C-30:** Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, **Anexo R-83:** Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 28 de diciembre de 2012.

⁹⁴⁰ Memoria de Duplicata, ¶ 305, p. 73.

⁹⁴¹ Ver al respecto, **Anexo RLA-110:** *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, b.v.,Mobil Cerro Negro Holding, ltd.,Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc.,Mobil Cerro Negro, ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, inc.(claimants) c Republica Bolivariana de Venezuela, Decision de Jurisdiccion, 10 de junio de 2010 (versión inglesa), ¶ 191,p. 52,*

⁹⁴² **Anexo R-9:** Expediente C/0452/12 seguido ante la Comisión Nacional de la Competencia a instancia de Grupo Isolux Corsán S.A. e Infra-PSP Canadá Inc.(versión no confidencial).

⁹⁴³ **Anexo RLA-110:** *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, b.v.,Mobil Cerro Negro Holding, ltd.,Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc.,Mobil Cerro Negro, ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, inc.(claimants) c Republica Bolivariana de Venezuela, Decision de Jurisdiccion, 10 de junio de 2010 (versión inglesa).*

“an abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and the BITs.”

704. En este arbitraje, el origen del conflicto se encuentra en las leyes del 27 de diciembre de 2012 y el Real Decreto- Ley del 1de febrero de 2013⁹⁴⁴ que, según la Demanda de Arbitraje, violaron los Artículos 10 y 13 TCE. La “*trigger letter*” mandada al Reino de España es del 13 de marzo de 2013⁹⁴⁵. Resulta claro, que el conflicto es posterior a la restructuración discutida y a la colocación de la inversión en una sociedad holandesa.
705. Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Arbitral rechaza la objeción Jurisdiccional D de la Demandada por falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral por la existencia de abuso del proceso.

5. Objeción jurisdiccional E: la falta de jurisdicción “*ratione voluntatis*” del Tribunal Arbitral por haberse denegado a IIN la aplicación de la Parte III del TCE por concurrir las circunstancias del Artículo 17 TCE

706. Con carácter subsidiario a las objeciones jurisdiccionales C y D, la Demandada invocó la falta de jurisdicción *ratione voluntatis* del Tribunal Arbitral en su Memorial de Contestación⁹⁴⁶. Sostiene que si el Tribunal considerara que Isolux INBV efectuó una inversión en sentido objetivo y que no ha cometido abuso de proceso, tendría que denegar a la Demandante la aplicación de la Parte III del TCE al concurrir las circunstancias del Artículo 17 TCE.
707. Según la Demandada, la denegación de beneficios contemplada en el Artículo 17 TCE impide la aplicación de la Parte III del TCE con la consecuencia de que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis* para conocer del cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Parte III⁹⁴⁷.
708. Antes de examinar si se reúnen las condiciones del Artículo 17 TCE, el Tribunal tiene que resolver dos cuestiones preliminares.
709. La primera, relativa a la naturaleza de la objeción: ¿es una excepción de jurisdicción, como lo sostiene la Demandada o más bien una excepción de no admisibilidad, como lo pretende la Demandante?⁹⁴⁸ Si fuera una excepción de admisibilidad y no de jurisdicción, tendría que ser examinada al principio del examen del fondo del litigio, toda vez que el Tribunal no decline su jurisdicción por otros motivos.

⁹⁴⁴ Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero, **Anexo C-31; Anexo R-85**.

⁹⁴⁵ **Anexo R-188:** Carta de amigable composición (Trigger Letter) de 13 de marzo de 2013.

⁹⁴⁶ Memorial de Contestación, ¶ 595, p. 144.

⁹⁴⁷ Memorial de Contestación, ¶ 615, p. 148

⁹⁴⁸ Memorial de Duplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶ 217-219.

710. La segunda cuestión se relaciona con los efectos sobre este procedimiento arbitral de una denegación de beneficios según el Artículo 17 TCE planteada en el Memorial de Contestación. Se trata del tema del carácter retroactivo o proactivo de la denegación.
711. En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal Arbitral no duda que la denegación de beneficios del Artículo 17 TCE plantea una cuestión de admisibilidad.
712. El primer apartado del Artículo 17 TCE indica que una Parte Contratante puede denegar los beneficios a la Parte III del TCE a “*cualquier entidad jurídica cuando ciudadanos o nacionales de un tercer país posean o controlen dicha entidad y cuando ésta no lleve a cabo actividades empresariales importantes en el territorio de la Parte Contratante en la que esté establecida*”. La consecuencia es que entidades jurídicas con aquellas características tienen derecho a beneficiarse del TCE, salvo aplicación de la denegación prevista en el Artículo 17, y que esas características no son suficientes para que un tribunal constituido según el Artículo 26 TCE carezca de jurisdicción. El Artículo 26 TCE no pertenece a la Parte III del TCE. En base al Artículo 26, este Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para pronunciarse sobre el ejercicio y los efectos de la denegación de beneficios. La solución contraria privaría al inversor de cualquier foro necesario para decidir sobre ésta cuestión. El ejercicio de la denegación de beneficios del Artículo 17 TCE puede privar al inversor del derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones de la Parte III del TCE, no lo priva de hacerlo ante una u otra jurisdicción.
713. Como lo notó la Demandante, dos tribunales arbitrales también confirmaron que la denegación de beneficios nunca afecta la jurisdicción de un Tribunal Arbitral, sino que es una cuestión de admisibilidad o de fondo⁹⁴⁹. El Tribunal Arbitral comparte el análisis que hicieron.
714. Con base en lo anterior, el Tribunal Arbitral rechaza la objeción Jurisdiccional D de la Demandada por falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral “*ratione voluntatis*” por haberse denegado a IIN la aplicación de la Parte III del TCE por concurrir las circunstancias del Artículo 17 TCE.
715. El Tribunal Arbitral podría examinar la segunda cuestión preliminar, si y cuando proceda al examen del fondo de este litigio. Sin embargo, la solución es tan obvia que le parece más sencillo decidirla inmediatamente. El Tribunal Arbitral comparte la posición de la Demandante según la cual la activación de la cláusula de denegación de beneficios nunca puede operar retroactivamente⁹⁵⁰. Como lo subrayó el Tribunal Arbitral en el caso *Ascom c. Kazajistán* para activar la denegación de beneficios del Artículo 17 TCE, la notificación

⁹⁴⁹ *Yukos Universal Limited c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA/227, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, ¶ 443; **Anexo RLA-28: Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd c. República de Kazajistán**, Caso SCC No. 116/2010, Laudo, 19 de diciembre de 2013, ¶ 745.

⁹⁵⁰ Memorial de Duplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶ 226.

de dicha denegación debe ser anterior al inicio de la controversia.⁹⁵¹ En el presente caso, no existe controversia de que el Reino de España no activó la cláusula de denegación de beneficios antes de su Memorial de Contestación, en el curso del arbitraje.

716. En consecuencia, el Tribunal rechazara la objeción jurisdiccional E de la Demandada después de haberla recalificado cómo una objeción de admisibilidad.

6. Objeción jurisdiccional F: la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral para conocer de una supuesta vulneración por el Reino de España de obligaciones derivadas del Artículo 10(1) TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012

717. Mediante la Ley 15/2012 de 27 de diciembre, el Reino de España reguló un nuevo impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (IVPEE). La Demandante considera que éste impuesto constituye la primera de las medidas que han dado lugar al presente arbitraje.

718. A la luz del Artículo 21(1) TCE, que es una cláusula “*carve out*”, que excluye las medidas impositivas del ámbito del Tratado, la Demandada concluye que el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de las demandas de la Demandante basadas sobre la alegada violación del Artículo 10(1) por la adopción de la Ley 15/2012.

719. La Demandante sostiene que el IVPEE no es un impuesto promulgado de buena fe y que, por lo tanto, no ha podido ser objeto del “*carve-out*” previsto por el Artículo 21(1) TCE⁹⁵².

720. El Artículo 21 (1) del TCE establece:

“A no ser que se disponga lo contrario en el presente Artículo, no existe disposición alguna en el presente Tratado que establezca derechos o imponga obligaciones con respecto de las medidas impositivas de las Partes Contratantes.”

721. Por consecuencia, al cabr dentro del “*carve-out*” previsto por el Artículo 21(1) TCE, el IVPEE quedaría fuera de la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal cuya competencia se limita a litigios relativos a derechos y obligaciones derivados del TCE.

722. La Demandante no pone en tela de juicio la naturaleza tributaria del IVPEE que, en consecuencia, no es objeto de debate entre las Partes en el presente arbitraje⁹⁵³. El Tribunal Arbitral tampoco tiene dudas al respecto y, visto las circunstancias, no necesita entrar en este debate.

⁹⁵¹ *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra RafTrans Trading Ltd c. República de Kazajistán*, Caso SCC No. 116/2010, Laudo, 19 de diciembre de 2013, ¶ 745, **Anexo RLA-28**.

⁹⁵² Memorial de Réplica, ¶ 347, p. 65.

⁹⁵³ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 4, p.1.

723. En su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandante explicó que:

“Al igual que lo hizo en sus Memoriales de Contestación y de Duplica, durante la Audiencia, el Reino de España intentó demostrar la conformidad del Impuesto recurriendo a definiciones de medidas impositivas bajo el Derecho español o el Derecho internacional. Sin embargo, a efectos del presente arbitraje, solo es relevante verificar que el Impuesto califique como Medida Impositiva de buena fe bajo el TCE.”⁹⁵⁴,

724. Como la Demandante acepta que la promulgación del IVPEE es una medida impositiva, según el derecho español y según el derecho internacional, la presunción de que se encuentra contemplada dentro del “*carve out*” previsto por el Artículo 21(1) TCE está establecida.
725. El argumento fundado en la buena fe esgrimido por la Demandante para destruir ésta presunción supone primero que se verifique que sólo las medidas impositivas de buena fe pueden contemplarse en el “*carve out*”. Si así fuera, el Tribunal Arbitral tendría que decidir si el IVPEE constituye una medida impositiva que no fue promulgada de buena fe, de acuerdo con lo sostenido por la Demandante.
726. La Demandante se refiere a la jurisprudencia arbitral para justificar que las medidas impositivas promulgadas de buena fe son las únicas que pueden contemplarse dentro del “*carve out*”⁹⁵⁵. Subraya que, según esta jurisprudencia, el criterio de *bona fide* requiere que se analice la intención de la medida impositiva, y en particular que se compruebe que esté destinada a recaudar ingresos generales del Estado.⁹⁵⁶
727. La definición de medidas impositivas propuesta por el Reino de España también requiere que se compruebe la recaudación de ingresos generales del Estado⁹⁵⁷. Según la Demandante, éste último criterio sería idéntico al requisito de buena fe. Por consecuencia, la Demandante considera que la necesidad de la buena fe para la activación del “*carve-out*” no está en disputa entre las Partes⁹⁵⁸.
728. El Tribunal Arbitral duda que fuera así. Es cierto que la Demandada considera que solo las medidas que ordenan un pago de dinero para el Estado destinado a fines públicos puedan contemplarse dentro del “*carve-out*”⁹⁵⁹. La Demandada toma en consideración el efecto de las medidas: recaudar ingresos generales del Estado. No se interesa, contrariamente a lo afirmado por la Demandante, en la finalidad de las medidas y en la

⁹⁵⁴ Memorial Posterior a la Audiencia, ¶ 12, p. 2-3.

⁹⁵⁵ Memorial de Duplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶ 282, p. 60.

⁹⁵⁶ La Demandante cita en particular **Anexo CLA-88: Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa**, Caso CPA No. AA/227, Laudo, 18 de julio de 2014, ¶ 1407.

⁹⁵⁷ Memorial d Duplica, ¶ 443, p.99.

⁹⁵⁸ Memorial de Duplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶ 288, p. 61.

⁹⁵⁹ Memorial de Duplica, ¶ 443, p. 99.

intención del Estado al promulgarlas. Esta diferencia es fundamental, pues es la intención del Estado que puede revelar, según el caso, la buena fe o la mala fe. La Demandada no acepta que el análisis de la finalidad de la medida sea necesario. El Reino de España sostiene que para aplicar el Artículo 21(1) TCE, se tiene que examinar exclusivamente la operativa legal de la medida. Por lo tanto, no procedería llevar a cabo un análisis del IVPEE como el que plantea la Demandante, en particular porque incluye un análisis económico de la medida⁹⁶⁰.

729. El Tribunal Arbitral considera que para decidir si una medida impositiva puede contemplarse en el “*carve out*” del Artículo 21(1) TCE, es necesario determinar si su finalidad es realmente impositiva, es decir si fue promulgada de buena fe. El Artículo 21(1) TCE es una cláusula de exclusión tributaria similar a otras numerosas cláusulas incluidas en Tratados relativos a inversión. Excluye de la supervisión internacional las facultades de los Estados Contratantes de legislar sobre los impuestos. Tal exclusión deja de ser justificada si el Estado utiliza sus prerrogativas en el marco tributario para conseguir fines de otra índole. En éste caso las medidas impositivas no son promulgadas de buena fe y no pueden activar el “*carve-out*”.

730. Como lo destacó el Tribunal en el caso RosInvestCo⁹⁶¹:

“....it is generally accepted that the mere fact that measures by a host state are taken in the form of application and enforcement of its tax law, does not prevent a tribunal from examining whether this conduct of the host state must be considered, under the applicable BIT or other international treaties on investment protection, as an abuse of tax law ...”

731. Sin tal investigación, como lo indicó el Tribunal Arbitral en el caso Renta4⁹⁶²:

“.... investment protection through international law would likely become an illusion, as states would quickly learn to avoid responsibility by dressing up all adverse measures, perhaps expropriation first of all, as taxation.”

732. El Tribunal en el caso Yukos expuso con claridad que⁹⁶³:

“...in any event, the carve-out of Article 21(1) can apply only to bona fide taxation actions, i.e., actions that are motivated by the purpose of raising general revenue for the State. By contrast, actions that are taken only under the guise of taxation, but in reality aim to achieve an entirely unrelated

⁹⁶⁰ Memorial de Duplica, ¶ 475, p. 106.

⁹⁶¹ *RosinvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso SCC No. V079/2005, Laudo, 12 de septiembre de 2010, ¶ 628.

⁹⁶² *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. Federación Rusa*, Caso SCC No. 24/2007, Laudo, 20 de julio de 2012, ¶ 179.

⁹⁶³ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA/227, Laudo, 18 de julio de 2014, ¶ 1407.

purpose (such as the destruction of a company or the elimination of a political opponent) cannot qualify for exemption from the protection standards of the ETC under the taxation carve- out of Article 21(1)".

733. El Tribunal Arbitral comparte el análisis de estos tribunales y concluye que la presunción que el IVPEE pueda contemplarse dentro del “carve out” previsto por el Artículo 21(1) TCE quedaría destruida si la medida impositiva no fuese promulgada de buena fe.
734. Sin embargo, el Tribunal Arbitral concuerda con el tribunal en el caso Renta4⁹⁶⁴ que “*La presunción debe ser que las medidas son bona fide...*”. Es decir, que la Demandante tiene la carga de convencer el Tribunal que el IVPEE no fue promulgado con el propósito de recaudar ingresos para el Estado sino con una finalidad diferente.
735. La Demandante no ha convencido al Tribunal Arbitral de que el IVPEE, no es una medida impositiva de buena fe. Sus argumentos son que existe una grave contradicción entre el presunto objeto de la Ley 15/2012 y sus efectos y que afecta discriminatoriamente al sector regulado fotovoltaico⁹⁶⁵.
736. La Demandante sosteniente que a pesar de que el preámbulo de la Ley 15/2012 insiste en que su objetivo es “*armonizar nuestro sistema fiscal con un uso más eficiente y respetuoso con el medioambiente y la sostenibilidad*”, ninguna de sus disposiciones persigue este objetivo⁹⁶⁶. Tres características del IVPEE justificarían esta conclusión.
737. En contradicción con el principio según el cual “*quien contamina, paga*”, el IVPEE se aplicaría de idéntica manera a todo tipo de niveles de contaminación y al contrario de cualquier “*impuesto verde*”, se aplicaría a energías fósiles y renovables por igual. En segundo lugar, el IVPEE se aplicaría a todos los productores de energía eléctrica, sin tener en cuenta las diferencias en los niveles de amortización entre tecnologías tradicionales y tecnologías más recientes. Finalmente, el IVPEE tampoco distinguiría entre la forma de remuneración de la energía producida: precio de mercado o tarifa regulada, una diferencia que sería crucial, puesto que los productores de energía eléctrica que perciben una tarifa regulada no pueden repercutir costes adicionales sobre el precio de la energía⁹⁶⁷.
738. Aunque el objeto oficial del impuesto es la protección del medioambiente, su propósito real sería la disminución del déficit tarifario⁹⁶⁸. La posición de la Demandante se resume en el Memorial de Réplica:

⁹⁶⁴ **Anexo CLA-82:** *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. Federación Rusa, Caso SCC No. 24/2007, Laudo, 20 de julio de 2012, ¶ 181.*

⁹⁶⁵ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶ 19, p.4.

⁹⁶⁶ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶ 20, p.4

⁹⁶⁷ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶¶ 21-22-23, p.4.

⁹⁶⁸ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶ 26, p.5.

“el Impuesto (IVPEE) es un impuesto de naturaleza meramente recaudatoria que, pese a ser formulado como un impuesto medioambiental, (i) incumple los principios básicos que deben guiar este tipo de impuestos; (ii) obstaculiza el desarrollo del mercado interior; y (iii) afecta retroactivamente a la retribución de determinadas tecnologías, generando discriminación entre tecnologías⁹⁶⁹. ”

739. No es fácil destruir la presunción de que las medidas impositivas promulgadas por un Estado son *bona fide*. Como lo subrayó el Tribunal en el caso RosInvestCo⁹⁷⁰, “*States have a wide latitude in imposing and enforcing taxation law, even if resulting in substantial deprivation without compensation*”. Los casos Yukos y RosInvestCo contrastan medidas bona fide con medidas adoptadas para destruir a una parte o a un adversario político⁹⁷¹. Las críticas del IVPEE formuladas por la Demandante no revelan un propósito tan extremo. Las repercusiones económicas o los efectos del IVPEE pueden resultar oscuros y discutibles, pero eso no constituye un argumento suficiente para concluir que el IVPEE es una medida impositiva promulgada de mala fe.
740. Es probable que dicha medida impositiva no tenga el pretendido efecto a favor del medioambiente y que su promulgación no tenía otro propósito más que el de disminuir el déficit tarifario, según lo afirma la Demandante. Sin embargo, el Tribunal Arbitral no necesita pronunciarse al respecto, puesto que, si la verdadera finalidad de la medida hubiera sido meramente recaudaría, de acuerdo con la argumentación desarrollada por la Demandante, coincidiría con la finalidad legítima de todo impuesto sin que se pueda caracterizar la mala fe de esta medida impositiva. Si fuera cierto que el Estado presentó una medida meramente recaudaría como medida favorable al medioambiente, la conclusión sería la misma. Es la finalidad real de la medida que tiene que ser valorada por el Tribunal y no su presentación cosmética que puede explicarse por motivos políticos que no caben dentro del análisis del Tribunal Arbitral.
741. En consecuencia, el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción para conocer de la controversia sobre la supuesta vulneración por el Reino de España de obligaciones derivadas del apartado (1) del Artículo 10 TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012.

⁹⁶⁹ Memorial de Replica, ¶ 512, p. 119.

⁹⁷⁰ **Anexo CLA-79:** *RosinvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso SCC No. V079/2005, Laudo, 12 de septiembre de 2010, ¶ 580.

⁹⁷¹ **Anexo CLA-88:** *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA/227, Laudo, 18 de julio de 2014, ¶ 1407; **Anexo CLA-79:** *RosinvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso SCC No. V079/2005, Laudo, 12 de septiembre de 2010, *passim*.

7. Objeción jurisdiccional G: la inadmisibilidad de la reclamación sobre una supuesta vulneración por la Demandada de sus obligaciones derivadas del Artículo 13 TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012, debido a la falta de sometimiento de la cuestión a las autoridades fiscales nacionales competentes como exige el Artículo 21(5)(b) del TCE

742. La Demandante considera que si el IVPEE hubiese sido excluido por el “*carve-out*” del Artículo 21(1) TCE, la objeción de jurisdicción del Reino de España no podría prosperar en cuanto al argumento de IIN, según el cual, el Impuesto tuvo un efecto expropiatorio. Eso en virtud del mecanismo de la excepción (“*Claw-back*”) del Artículo 21(5) TCE que establece lo siguiente:

- a) *El Artículo 13 se aplicará a los impuestos.*
- b) *Siempre que surja un conflicto en relación con lo dispuesto en el Artículo 13 en el sentido de si un impuesto determinado constituye una expropiación o si un impuesto que se alega constituye una expropiación es discriminatorio, se aplicarán las siguientes disposiciones:*
 - i) *el inversor de la Parte Contratante que alegue se trata de una expropiación someterá la cuestión de si el impuesto es una expropiación o si es discriminatorio a las autoridades fiscales competentes; de no mediar dicho recurso por parte del inversor o de la Parte Contratante, los organismos a los que se recurra para resolver controversias de conformidad con la letra c) del apartado 2) del Artículo 26 ó el apartado 2) del Artículo 27 someterán la cuestión a la autoridad fiscal competente.*
 - ii) *En un plazo de seis meses a partir de la presentación del recurso, la autoridad fiscal competente procurará resolver la cuestión que se le haya sometido. Cuando se trate de cuestiones de no discriminación, la autoridad fiscal competente aplicará las disposiciones sobre no discriminación del convenio fiscal correspondiente o, cuando no existan disposiciones sobre no discriminación en el convenio fiscal correspondiente aplicable a dicho impuesto o no exista convenio fiscal alguno en vigor entre las Partes Contratantes en cuestión, aplicará los principios sobre no discriminación del Convenio Modelo sobre la Doble Imposición de los Ingresos y del Capital de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.*
 - iii) *Los organismos a los que se recurra para resolver controversias de conformidad con la letra c) del apartado 2) del Artículo 26 ó el apartado 2) del Artículo 27 podrán tener en cuenta las conclusiones a las que hayan llegado las autoridades fiscales competentes respecto a si el impuesto en cuestión constituye una expropiación. Dichos organismos tendrán en cuenta las conclusiones a las que hayan llegado las autoridades fiscales competentes dentro del plazo de seis meses indicado en el inciso ii) de la letra b) respecto a si el impuesto es discriminatorio. Estos organismos podrán también tener en cuenta las conclusiones a las que hayan llegado las autoridades fiscales competentes una vez finalizado el plazo de seis meses.*

iv) *En ningún caso la intervención de las autoridades fiscales competentes, más allá del plazo de seis meses mencionado en el inciso ii) de la letra b), podrá justificar una demora en los procedimientos que establecen los Artículos 26 y 27.”*

743. Según la Demandada, resultaría de este Artículo que el inversor, que considere que un impuesto tiene un efecto expropiatorio, tiene la obligación de someter la cuestión a las autoridades fiscales competentes⁹⁷². Si no lo hace, una demanda relativa al carácter expropiatorio de impuestos no podría ser examinada por un Tribunal Arbitral antes de que este mismo haya sometido la cuestión a las autoridades fiscales competentes.
744. Al notar que la Demandante no había sometido la cuestión a las autoridades fiscales competentes, la Demandada pedía en su Memorial de Contestación al Tribunal Arbitral que declarara la inadmisibilidad de la reclamación de la Demandante relativa a un supuesto efecto expropiatorio del IVPEE y procediera a someter dicha cuestión a las autoridades fiscales nacionales competentes para que se pronuncien al respecto en un periodo máximo de seis meses⁹⁷³. La misma petición figura en su Memorial de Duplica⁹⁷⁴.
745. La Demandante acepta que el objeto del TCE es favorecer la posibilidad de acudir a las Autoridades Fiscales Competentes para determinar si una medida impositiva tiene efecto expropiatorio, pero deniega que dicho recurso sea de cumplimiento obligatorio y constituya un requisito para el inicio de un arbitraje⁹⁷⁵. El TCE no sancionaría la ausencia de recurso con la inadmisibilidad de la demanda puesto que prevé que el tribunal puede recurrir a las Autoridades Fiscales Competentes y que, si estas no se pronuncian en un periodo de seis meses, el arbitraje no podría ser retrasado⁹⁷⁶.
746. De todos modos, éste debate no tendría ningún interés práctico según la Demandante, porque no existiría en Derecho español, algún mecanismo de recurso ante las Autoridades Fiscales Competentes de conformidad con el Artículo 21(5) (b) TCE. Por consecuencia este Artículo del TCE no se podría activar⁹⁷⁷, lo que deniega la Demandada⁹⁷⁸.
747. Esta discusión está ahora superada por el hecho de que, el 3 de febrero de 2016, IIN solicitó por escrito de la DGT, Sub Dirección de Impuestos Especiales del Ministerio de Haciendas y Administraciones Publicas del Reino de España la confirmación del carácter expropiatorio y discriminatorio del IVPPE. Aunque por carta del 16 de marzo de 2016 al Tribunal Arbitral la Demandante confirmaba que a su juicio la DGT no tenía competencia

⁹⁷² Memorial de Contestación, ¶ 731, p. 170.

⁹⁷³ Memorial de Contestación, ¶ 740, pp. 172-173.

⁹⁷⁴ Memorial de Duplica, ¶ 530, p.120.

⁹⁷⁵ Memorial de Duplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶ 307, p. 64

⁹⁷⁶ Memorial de Duplica sobre objeciones jurisdiccionales, ¶¶ 315/316, p. 66.

⁹⁷⁷ Memorial de Réplica, ¶¶ 309-315, pp. 65-66.

⁹⁷⁸ Memorial de Duplica, ¶ 537, p.120.

para conocer del carácter expropiatorio del IVPEE, su escrito a la DGT indicaba expresamente que su petición tenía el fin de dar cumplimiento al Artículo 21(5) (b) TCE.

748. Por carta del 22 de marzo de 2016 al Tribunal Arbitral, la Demandada declaró que consideraba que la presentación del 3 de febrero de 2016 por la Demandante de un escrito a la DGT suponía “*un reconocimiento por la propia Demandante de la necesidad de someter a las autoridades fiscales competentes la cuestión relativa al supuesto efecto expropiatorio de un impuesto -en este caso el IVPEE- cuando un inversor alega que un impuesto constituye una expropiación, de conformidad con el Artículo 21(5)(b) del TCE.*”
749. La carta de la Demandada denunciaba el carácter dilatorio del comportamiento de la Demandante “*al no existir razones que justifiquen que la Demandante haya esperado a que el presente arbitraje se encuentre únicamente pendiente de laudo para someter la cuestión a las autoridades fiscales competentes.*” La Demandada pedía que éste comportamiento fuese sancionado por el Tribunal Arbitral en su decisión sobre costas.
750. La carta del 22 de marzo de 2016 de la Demandada estaba acompañada de un certificado de la DGT de la misma fecha confirmando que “*Actualmente se encuentra en tramitación un escrito relacionado con el procedimiento previsto en el Artículo 21.5.b) del Tratado de la Carta de la Energía presentado por Isolux Infrastructure Netherlands B.V. con fecha de entrada de 3 de febrero de 2016...*”
751. El 4 de abril de 2016, la DGT contestó a IIN que la autoridad fiscal competente del Reino de España ya había emitido el informe por el Artículo 21(5) (b) TCE, de que se había dado traslado a la representación de la Demandada en el arbitraje.
752. Por carta del 20 de abril de 2016, la Demandante notaba que no había recibido dicho informe, cuya transmisión al Tribunal Arbitral incumbía a la Demandada. La Demandante también subrayaba que, “*aun si en el presente caso fuera preceptivo, necesario posible activar (quod non) el trámite previsto por el Artículo 21(5) (b) del TCE, este ha sido agotado con la emisión del referido informe.*”
753. El informe de la DGT, de fecha de 29 de marzo de 2016, fue recibido por la Demandante y remitido al Tribunal Arbitral el 21 de abril de 2016.
754. En estas circunstancias, la objeción de la Demandada relativa a la inadmisibilidad de la reclamación de la Demandante relativa a la supuesta vulneración por la Demandada de sus obligaciones derivadas del Artículo 13 TCE mediante la introducción del IVPEE debido a la falta de sometimiento de la cuestión a las autoridades fiscales nacionales competentes, ha perdido su presupuesto fáctico. Necesario o no, el trámite previsto por el Artículo 21(5) (b) TCE ha sido agotado.

755. En consecuencia, lo único que el Tribunal Arbitral tendrá que decidir al respecto es el impacto sobre su decisión en cuanto a costas del comportamiento de la Demandante que, después de mantener durante todo el procedimiento que el trámite del Artículo 21(5) (b) TCE no era obligatorio y que no existía en derecho español ningún mecanismo de recurso ante las Autoridades Fiscales Competentes que permitía activarlo, finalmente se resolvió en hacerlo. Este impacto será valorado más adelante en éste laudo. Sin embargo, el Tribunal Arbitral debe primero pronunciarse sobre el carácter obligatorio del trámite del Artículo 21(5) (b) TCE, para determinar si una demanda relativa a la violación del Artículo 13 TCE por medidas impositivas es o no admisible. Que sea posible activar el trámite en derecho español está establecido.
756. El Tribunal Arbitral considera que la redacción del Artículo 21(5) (b) (i) TCE está absolutamente clara:
- “i) el inversor de la Parte Contratante que alegue se trata de una expropiación someterá la cuestión de si el impuesto es una expropiación o si es discriminatorio a las autoridades fiscales competentes; de no mediar dicho recurso por parte del inversor o de la Parte Contratante, los organismos a los que se recurra para resolver controversias de conformidad con la letra c) del apartado 2) del Artículo 26 ó el apartado 2) del Artículo 27 someterán la cuestión a la autoridad fiscal competente.”* (Énfasis añadido)
757. El Artículo 31 de la CVDT establece que *“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*. Conforme a una interpretación del sentido corriente, el uso del futuro (“someterá”, “someterán”) refleja un trámite obligatorio tanto para el inversor como para el tribunal, lo que confirma el uso de “shall” en la versión en el idioma inglés del Tratado. Lo confirma también el texto del Artículo 21(5) (b) (iii) TCE cuando indica que *“Los organismos a los que se recurra para resolver controversias de conformidad con la letra c) del apartado 2) del Artículo 26 ó el apartado 2) del Artículo 27 podrán tener en cuenta las conclusiones a las que hayan llegado las autoridades fiscales competentes respecto a si el impuesto en cuestión constituye una expropiación”* y que los mismos organismos *“tendrán en cuenta las conclusiones a las que hayan llegado las autoridades fiscales competentes dentro del plazo de seis meses indicado en el inciso ii) de la letra b) respecto a si el impuesto es discriminatorio .”* Cuando el uso del futuro no indica una obligación, la introducción del verbo “poder”, es necesaria.
758. El Tribunal Arbitral comparte el análisis de la Demandante cuando sostiene que el TCE no sanciona la ausencia del trámite con la inadmisibilidad de la demanda. Sin embargo, aunque la demanda fuera admisible, un tribunal no puede examinarla sin haber dado a las

Autoridades Fiscales Competentes la oportunidad de pronunciarse en un periodo de seis meses.

759. Esas observaciones se tomarán en consideración por el Tribunal Arbitral en el momento de decidir sobre el impacto del comportamiento de la Demandante relativo a la aplicación del Artículo 21(5) (b) (i) TCE en su decisión sobre costas.

B. ANÁLISIS DEL FONDO DE LA DISPUTA

760. Según la Demandante, el Reino de España hubiera violado sus obligaciones bajo los Artículos 10(1) TCE (a) y 13 TCE (b). Esas dos alegaciones serán examinadas sucesivamente. El Tribunal se pronunciará después sobre los costos (c).

1. La supuesta violación del Artículo 10 TCE

761. La Demandante explica que bajo el Artículo 10 (1) TCE, la Demandada tiene las siguientes obligaciones: crear condiciones estables y transparentes para la realización de inversiones en su territorio (1), conceder en todo momento a las inversiones de la Demandante un trato justo y equitativo (2), asegurar una protección y seguridad completas a la inversión de la Demandante (3), no perjudicar en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de la inversión de la Demandante en España (4) y cumplir con las obligaciones que haya contraído con la Demandante o su inversión en España (5)⁹⁷⁹.
762. La Demandante sostiene que el Reino de España ha violado cada una de esas obligaciones.
763. El Artículo 10 (1) TCE dispone lo siguiente:

“De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán asimismo de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el

⁹⁷⁹ Memorial de Réplica, ¶ 521, p.122.

derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.”

764. Sin embargo, contrario a lo pretendido por la Demandante⁹⁸⁰, el Tribunal Arbitral no encuentra en éste Artículo una obligación autónoma para las Partes Contratantes de fomentar y crear condiciones estables y transparentes para la realización de inversiones en su territorio cuya violación *per se* generaría derechos a favor de los inversores de otra Parte Contratante. Sería absurdo, por ejemplo, que un inversor demande a un Estado una indemnización por no haber fomentado condiciones estables y transparentes para la realización de inversiones en su territorio si dicha abstención no fuera la causa de la violación de otra obligación hacia el inversor, como la de conceder a la inversión un trato justo y equitativo, protección y seguridad, etc.
765. La demandante explica que “*este estándar prohíbe que una Parte Contratante instituya un marco regulatorio diseñado para atraer la inversión —como lo ha hecho la Demandada— para más adelante abolirlo radicalmente*⁹⁸¹. ” Pero eso no es más que una ilustración de la obligación de respetar las expectativas legítimas del inversor. De hecho, la Demandante no ofrece ningún apoyo jurisprudencial o doctrinario convincente a su planteamiento. Al contrario, el tribunal en el caso Plama⁹⁸² adoptó una posición similar a la del presente cuando declaró que “*stable and equitable conditions are clearly part of the fair and equitable standard under the ETC*”. De hecho, la Demandante lo reconoce implícitamente al indicar que bajo dicho estándar la razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas deben ponderarse a la luz de las legítimas expectativas del inversor, las cuales protege el estándar de TJE⁹⁸³.
766. En consecuencia, el Tribunal Arbitral no examinará de modo separado la pretendida violación por el Reino de España de una obligación de crear condiciones estables y transparentes para la realización de inversiones en su territorio.
767. Tampoco considera conveniente el Tribunal Arbitral realizar un análisis separado de la pretendida violación por el Reino de España de la supuesta quinta obligación del Artículo 10(1) TCE mencionada por la Demandante, puesto que el planteamiento de la Demandante está basado sobre una interpretación de la última frase del Artículo 10(1) TCE que no comparte el Tribunal Arbitral.

⁹⁸⁰ Memorial de Réplica, ¶ 524, p.123.

⁹⁸¹ Memorial de Réplica, ¶ 530, p.124.

⁹⁸² *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/03/24, 27 de agosto de 2008, ¶173.

⁹⁸³ Memorial de Réplica, ¶ 619.

768. Según la Demandante, la cláusula 10(1) TCE constituye una cláusula paraguas que debería ser interpretada de manera amplia: comprendería no solo compromisos contractuales, sino también las obligaciones legales asumidas en virtud del marco legislativo del Estado receptor. La Demandante hace hincapié en que los términos “*any obligation*” contenidos en la versión en idioma inglés del Artículo 10(1) TCE tienen que interpretarse de manera amplia⁹⁸⁴. Se refiere a decisiones de otros tribunales⁹⁸⁵ y a escritos doctrinales⁹⁸⁶ para concluir que también quedan contempladas por éste Artículo aquellas obligaciones derivadas de actos administrativos o legislativos de los Estados. El Reino de España se hubiera entonces obligado para con IIN, de conformidad con la cláusula paraguas del Artículo 10(1) TCE, al adquirir compromisos muy específicos para con T-Solar, las Plantas y en última instancia IIN⁹⁸⁷.
769. El Tribunal Arbitral no acepta dicha lectura de la última frase del Artículo 10(1) TCE que dispone: “*Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.*” La referencia a la versión en inglés del texto “*any obligation*” que hace la Demandante, en vez de referirse a la versión en castellano del TCE, no permite una conclusión diferente. Que sea en inglés o en castellano, la última frase del Artículo 10(1) TCE contempla obligaciones que una Parte Contratante “*haya contraído*” (“*entered into*” en la versión en inglés) con los inversores o las inversiones de los inversores de otra Parte Contratante. Lo que importa es la existencia de una obligación hacia inversores o inversiones de inversores de otra Parte Contratante.
770. El Tribunal Arbitral comparte de modo general el análisis del laudo Noble Ventures, Inc v. Rumanía⁹⁸⁸, que al interpretar el Artículo II (c) del Tratado Bilateral entre los Estados Unidos y Rumanía del 28 mayo de 1992, muy parecido a la última frase del Artículo 10 (1) TCE, explicó:

“[...] considering the wording of Art. II (2)(c) which speaks of “*any obligation [a party] may have entered into with regard to investments*”, it is difficult not to regard this as a clear reference to investment contracts. In fact, one may ask what other obligations can the parties have had in mind as having been “*entered into*” by a host State with regard to an investment. The employment of the notion “*entered into*” indicates that specific commitments are referred to and not general

⁹⁸⁴ Memorial de Réplica, ¶648.

⁹⁸⁵ *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Excerpts of Award, 22 de junio de 2010, ¶ 448; *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Ad Hoc Investment Treaty case, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005, ¶ 246, Anexo RLA-64.

⁹⁸⁶ R. Dolzer and M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (1995), págs. 81-82.

⁹⁸⁷ Memorial de Réplica, ¶ 656-658.

⁹⁸⁸ *Noble Ventures, Inc v. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo de 12 de octubre de 2005, párrafo 51. RLA-62

commitments, for example by way of legislative acts. This is also the reason why Art. II (2)(c) would be very much an empty base unless understood as referring to contracts. [...]".

771. El Tribunal Arbitral acepta que, en casos especiales, las leyes o actos administrativos puedan contener compromisos, en particular cuando estén específicamente dirigidos a inversores extranjeros, como lo indicó el laudo en el caso Limán Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. Kazajistán⁹⁸⁹. La obligación de someterse al arbitraje que se encuentra en varios códigos de inversiones es un ejemplo característico. Sin embargo, una norma dirigida tanto a inversores nacionales como a inversores extranjeros no puede, en razón de su carácter general, generar obligaciones sólo para con los primeros, incluso cuando son inversores de una Parte Contratante.
772. Al contrario de lo que indica la Demandante⁹⁹⁰, los RRDD 661/2007 y 1578/2008 no estaban expresamente diseñados “[to] seek[] foreign investment”. De hecho, la inversión original en las plantas, antes de la creación de IIN era española. Los compromisos que hubiera adquirido el Reino de España para con T-Solar, las Plantas y en última instancia IIN eran compromisos que no eran específicamente contraídos con inversores o inversiones de inversores de una Parte Contratante. En consecuencia, el Tribunal Arbitral concluye que al no haber el Reino de España contraído con la Demandante o su inversión en España obligaciones específicas, no tendría sentido examinar si incumplió tales obligaciones.
- a. La pretendida violación por la Demandada de la obligación de conceder un trato justo y equitativo (TJE) a las inversiones de la Demandante
773. La Demandante sostiene que la conducta de la Demandada generó expectativas legítimas derivadas del marco regulatorio. La Demandada habría vulnerado estas expectativas al introducir el IVPEE, al modificar, mediante el RDL 2/2013, el régimen de actualización del FIT mediante un IPC, ad hoc, únicamente aplicable a las actualizaciones de los incentivos del Régimen Especial y finalmente y con el RDL 9/2013, al suprimir el Régimen Especial y sustituirlo por el Régimen de la Retribución Específica, con efectos retroactivos.
774. La Demandada hace hincapié en que “*hay una corriente jurisprudencial consolidada que no admite la creación de expectativas legítimas en el inversor sobre la inmutabilidad del marco legal, salvo cuando el Estado receptor efectuó un compromiso específico en favor*

⁹⁸⁹ *Limán Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Excerpts of Award, 22 de junio de 2010, ¶ 448, «*Applying this reasoning to ECT Article 10(1), it could be argued that an abstract unilateral promise by the state in its national legislation and particularly in its laws directed to foreign investors is encompassed by the “umbrella clause”.*

⁹⁹⁰ Memorial de Réplica, ¶558, p.130.

del inversor”.⁹⁹¹ Sin embargo, éste debate no es relevante puesto que la Demandante indica que en ningún momento ha pretendido que existiera una expectativa de “*inmutabilidad del marco legal*”, ni de su “*petrificación*” y precisa que tenía la legítima expectativa de que el Reino de España respetara su compromiso de un FIT fijo a largo plazo en un marco estable y predecible⁹⁹².

775. El Tribunal Arbitral ya decidió que el Reino de España no había contraído compromisos para con los inversores en razón del carácter general de las normas aplicables a las inversiones. Sin embargo, el Tribunal Arbitral comparte el análisis de UNCTAD que ha presentado el concepto de legítimas expectativas de la siguiente manera:⁹⁹³

“Arbitral decisions suggest [...] that an investor may derive legitimate expectations either from (a) specific commitments addressed to it personally, for example, in the form of a stabilization clause, or (b) rules that are not specifically addressed to a particular investor but which are put in place with a specific aim to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment.”

776. Además, el Tribunal Arbitral nota que ambas partes se refieren al laudo rendido en el caso Total c. Argentina, a efectos de ilustrar el concepto de legítimas expectativas.⁹⁹⁴ Este laudo explica que se generarán expectativas legítimas de acuerdo con el estándar de TJE cuando:⁹⁹⁵

[...] public authorities of the host country have made the private investor believe that such an obligation existed through conduct or by a declaration. Authorities may also have announced officially their intent to pursue a certain conduct in the future, on which, in turn, the investor relied in making investments or incurring costs. As stated within the NAFTA framework “the concept of “legitimate expectations” relates [...] to a situation where a Contracting Party’s conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages.”

777. El Tribunal Arbitral también comparte la observación del laudo Perenco c. Ecuador que subraya que “*un aspecto central del análisis de una supuesta violación del estándar de*

⁹⁹¹ Memorial de Contestación, ¶ 757.

⁹⁹² Memorial de Replica, ¶ 536, p. 125.

⁹⁹³ **Anexo RLA-53:** Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Trato Justo y Equitativo*, 2012, pág. 69.

⁹⁹⁴ Memorial de Contestación, nota de pie de página no. 373. Memorial de Duplica, ¶ 744, p.166 donde la Demandada indica “*Esta parte comparte la invocación de los Casos Perenco c. Ecuador y Total c. Argentina que hace la parte Demandante...*”, Memorial de Replica, ¶ 541, p. 126.

⁹⁹⁵ **Anexo RLA-57:** *Total S.A. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad de 27 de diciembre de 2010.

trato justo y equitativo son las expectativas razonables del inversor respecto del trato futuro de su inversión por el Estado anfitrión”, lo cual requiere “una determinación objetiva de dichas expectativas, considerando todas las circunstancias pertinentes”.⁹⁹⁶

778. Una de las circunstancias pertinentes es la información que el inversor tenía o debió tener al momento de invertir, razonamiento analizado en el caso Electrabel c. Hungría, cuyo laudo establece:

“Fairness and consistency must be assessed against the amount of information that the investor knew and should reasonably have known at the time of the investment and of the conduct of the host State”.⁹⁹⁷

779. La Demandada se refiere a la declaración del tribunal en el caso Parkerings c. Lithuania:

“The investor will have a right of protection of its legitimate expectations provided it exercised due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment”.⁹⁹⁸

780. La Demandada nota que la Demandante no realizó una *due diligence* jurídica y solamente confió en las *due diligence* técnicas de los proyectos de 2008 y 2010⁹⁹⁹. La Demandante reconoce que debía “*tener un conocimiento general sobre el entorno regulatorio en el que opera*¹⁰⁰⁰” pero contesta que no existe “*en Derecho internacional una obligación para el inversor de realizar una investigación jurídica exhaustiva, y mucho menos jurisprudencial, antes de acometer su inversión*¹⁰⁰¹.”

781. El Tribunal Arbitral acepta que no se puede exigir de un inversor que haga una investigación jurídica extensiva. Lo importante para determinar si las expectativas alegadas por el inversor son razonables es lo que todo inversor prudente tiene que saber del marco regulatorio antes de invertir y la información efectiva del inversor que invoca expectativas específicas. En particular, un inversor no puede tener expectativas legítimas generadas por el marco regulatorio cuando su información personal le permitía prever y anticipar la evolución desfavorable de este marco regulatorio antes de invertir. Para vulnerar las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias nuevas no deben

⁹⁹⁶ *Perenco Ecuador Limited c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad de 12 de septiembre de 2014, ¶560, Anexo CLA-89; Ver Memorial de Réplica, ¶539; Memorial de Dúplica, ¶ 745.

⁹⁹⁷ *Electrabel c. la República de Hungría* Caso CIADI No. ARBi07/19, Decision on Jurisdiction, Aplicable Law and Liability, 30 de noviembre de 2012, ¶ 7.78.

⁹⁹⁸ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 sept 2007, ¶332.

⁹⁹⁹ Memorial de Dúplica, ¶¶750-751.

¹⁰⁰⁰ Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶77, p.18.

¹⁰⁰¹ Memorial de Réplica, ¶ 437, p. 99.

haber sido previsibles, sea de parte de un inversor prudente, sea de parte de un inversor que, en razón de su situación personal, disponía de elementos específicos para preverlas.

782. Las partes se oponen en cuanto a la fecha a considerar para valorar la capacidad de la Demandante de prever la evolución del marco regulatorio que, según ella, vulneró sus expectativas legítimas. Según la Demandante, es la fecha de la decisión de invertir, el 29 de junio de 2012 la que importa¹⁰⁰². Al contrario, la Demandada se refiere al 29 de octubre de 2012, fecha de la adquisición por la Demandante de 65.434.220 acciones nominativas (equivalentes al 58,8632% del capital social) de T-Solar¹⁰⁰³.
783. El Tribunal Arbitral considera que es la última de esas dos fechas que debe ser la fecha de referencia. Si bien es cierto que la decisión de invertir ya estaba tomada a finales de junio de 2012, IIN podía renunciar a realizar la inversión hasta el 29 de octubre de 2012, en particular, si el conocimiento que tenía de las circunstancias relativas a la reforma del sistema eléctrico español le permitía anticipar una evolución desfavorable. Además, la cláusula 5.6.2 del Acuerdo de Inversión, de 29 de junio de 2012, contemplaba su terminación sin derecho a indemnización si, entre la fecha del Acuerdo y el cumplimiento de su última condición suspensiva, ocurrieran eventos capaces de afectar negativamente el valor del grupo.
784. A la luz de estas observaciones, el Tribunal Arbitral debe determinar si, al momento de la inversión, es decir el 29 de octubre de 2012, el marco regulatorio existente podía generar para la Demandante una expectativa legítima de que no sería modificado, como lo fue, por las normas que fueron adoptadas en 2012 (Ley 15/2012) y en 2013 (RDL 2/2013 y, sobre todo (RDL 9/2013).
785. El Tribunal Arbitral concluye que la respuesta a esa pregunta debe ser negativa.
786. La Demandante explica que para asegurar la inversión en el sector de las energías renovables y cumplir con la obligación de garantizar un marco económico estable y predecible para las Plantas bajo el llamado Régimen Especial, la principal herramienta del Reino de España era el sistema de FIT bajo el que otorgó el derecho a obtener un FIT a largo plazo consagrado en los RRDD 661/2007 y 1565/2008¹⁰⁰⁴. La Demandante sostiene que el Reino de España vulneró su expectativa legítima al modificar la normativa aplicable mediante, primero, la imposición de un impuesto sobre el valor de la producción de energía eléctrica (Ley 5/2012) y, segundo, la modificación del mecanismo de actualización del FIT aplicable a las Plantas (RDL 2/2013) para, por último, abolir por

¹⁰⁰² Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶78.

¹⁰⁰³ Memorial de Duplica, ¶ 678.

¹⁰⁰⁴ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶166.

completo el Régimen Especial y sustituirlo por el Régimen de Retribución Específica mediante el (RDL 9/2013)¹⁰⁰⁵.

787. Sin embargo, el 29 de junio de 2012, cuando la Demandante decidió invertir en España, el marco regulatorio de las energías renovables, ya había sido modificado y estaba siendo objeto de varios estudios que hacían su revisión inevitable. En consecuencia, ningún inversor razonable podía tener la expectativa de que éste marco no sería modificado en el futuro y quedaría inmutable. La Demandante lo acepta, pero sostiene que “*Ningún inversor realizando su inversión en octubre de 2012 hubiera llegado a la conclusión de que su única expectativa básica sería la de obtener una rentabilidad razonable*¹⁰⁰⁶.” El Tribunal Arbitral no comparte esta observación y, además, considera que la Demandante tenía conocimientos especiales que no le permitían tener la expectativa legítima de que el sistema de FIT a largo plazo consagrado en los RRDD 661/2007 y 1565/2008 duraría durante la vida de las plantas. La única expectativa legítima de la Demandante era la de una rentabilidad razonable de su inversión.
788. En primer lugar, como ya se mencionó, el marco regulatorio ya había sido modificado varias veces. Los propios RRDD 661/2007 y 1565/2008 no eran más que modificaciones al RD 436/2004. Después, el RD 1565/2010 y el Real Decreto Ley 14/2010 modificaron el régimen económico establecido en el RD 661/2007 para el sector fotovoltaico. Todos esos reglamentos dictados en desarrollo de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre de 1997, sobre el Sector Eléctrico (LSE), demuestran el carácter poco estable de un marco regulatorio que el gobierno tiene el poder y el deber de adaptar a las necesidades económicas y técnicas del momento, dentro del marco de la LSE.
789. En segundo lugar, la legalidad de estas modificaciones sucesivas había sido verificada por varias sentencias del Tribunal Supremo español que resaltó en 2005 que “*Ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en el ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución, [...].*¹⁰⁰⁷”
790. Aún más significativa es otra sentencia del 25 de octubre de 2006 que indica:

“*(...) los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un "derecho inmodificable" a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador que, como todos los de este género, no tiene*

¹⁰⁰⁵ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶166

¹⁰⁰⁶ Memoria de Replicar, ¶ 598.

¹⁰⁰⁷ **Anexo R-30:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005.

asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro.”¹⁰⁰⁸. (Énfasis añadido).

791. Otra sentencia del mismo día del Tribunal Supremo es aún más clara:

“Del mismo modo que en función de factores de política económica de muy diverso signo (relativos al fomento de las energías renovables pero también a la planificación de las redes de los sectores de electricidad, además de otras consideraciones de ahorro y eficiencia energética) las primas e incentivos para la producción de energía eléctrica en régimen especial pueden aumentar de un año para otro, podrán también disminuir cuando esas mismas consideraciones así lo aconsejen. Siempre que, insistimos, se mantengan las variaciones dentro de los límites legales que disciplinan esta modalidad de fomento, el mero hecho de que la actualización o la significación económica de la prima ascienda o descienda no constituye de suyo motivo de nulidad ni afecta a la confianza legítima de sus destinatarios.”¹⁰⁰⁹

792. Según lo indicado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de diciembre de 2009, el único límite al poder del Gobierno de modificar el marco regulatorio es la garantía que da la LSE de una rentabilidad razonable de las inversiones:

“[...] [la demandante] no presta la atención suficiente a la jurisprudencia de esta Sala específicamente recaída en relación con los principios de confianza legítima e irretroactividad aplicados a los sucesivos regímenes de incentivos a la generación de electricidad. Se trata de las consideraciones vertidas en nuestra sentencia de 25 de octubre de 2006 y reiteradas en la de 20 de marzo de 2007, entre otras, sobre la situación jurídica de los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, a quienes no es posible reconocer pro futuro un “derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado por el titular de la potestad reglamentaria, siempre que se respeten las prescripciones de la Ley del Sector Eléctrico en cuanto a la rentabilidad razonable de las inversiones.”¹⁰¹⁰ (Énfasis añadido)

793. El Tribunal Arbitral comparte la posición de la Demandante, según la cual, las sentencias del Tribunal Supremo español no vinculan a éste Tribunal Arbitral que debe adjudicar la controversia con base en el TCE y el Derecho internacional, únicamente¹⁰¹¹. Sin embargo, esta observación es relevante a la hora de valorar la existencia de alegadas expectativas legítimas de la Demandante. Es precisamente para adjudicar esta controversia con base

¹⁰⁰⁸ **Anexo R-31:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006.

¹⁰⁰⁹ **Anexo R-31:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006, RCA 12/2005, referencia El Derecho EDJ 2006/282164. Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁰¹⁰ **Anexo R-39:** Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009.

¹⁰¹¹ Memorial posterior a la audiencia de la Demandante, ¶73.

en el TCE y el derecho internacional, que el Tribunal Arbitral tiene que determinar si la Demandante era consciente de que no habían obstáculos en derecho español para que el marco regulatorio fuera modificado, incluso en cuanto a las modalidades de remuneración del inversor. La existencia o no de tales obstáculos en derecho español es un hecho, y las sentencias del Tribunal Supremo, son parte de este hecho.

794. Sin exigir de un inversor razonable una investigación jurídica extensiva al momento de invertir, sí se puede presumir un conocimiento de decisiones importantes de la máxima autoridad judicial sobre el marco regulatorio de la inversión.
795. En tercer lugar y sobre todo, tal presunción no es necesaria en el presente caso puesto que está establecido que la Demandante conocía perfectamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo que acaba de ser mencionada.
796. Isolux Corsan, S.A., la sociedad matriz del Grupo Isolux, uno de los firmantes del acuerdo de inversión del 29 de junio de 2012, interpuso ante el Tribunal Supremo español un recurso contencioso-administrativo contra el RD 1565/2010¹⁰¹². La demanda de Isolux Corsan de 27 de mayo de 2011¹⁰¹³ presentada ante el Tribunal Supremo hace referencias expresas a la jurisprudencia mencionada *supra* parágrafo 792¹⁰¹⁴. En consecuencia, cuando tomó la decisión de invertir, la Demandante conocía perfectamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo que permitía al gobierno modificar el marco regulatorio, garantizado al inversor una rentabilidad razonable de la inversión
797. En fecha 27 de septiembre de 2012, fue notificada a Isolux Corsan S.A. la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012 que indicaba claramente que:

“La retribución razonable de las inversiones que la Ley 54/1997 dispone no tiene por qué implicar, repetimos, que la retribución haya de ser precisamente mediante tarifa regulada [...]”

Los agentes u operadores privados que "renuncian" al mercado, aunque lo hagan más o menos "inducidos" por una retribución generosa que les ofrece el marco regulatorio, sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, sabían o debían saber que dicho marco regulatorio público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias.

¹⁰¹² **Anexo R-137:** Escrito de interposición de 21 de enero de 2011.

¹⁰¹³ **Anexo R-214:** Demanda de Isolux Corsán, S.A. de 27 de mayo de 2011 interpuesta ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 1565/2010, recurso contencioso administrativo 60/2011.

¹⁰¹⁴ En particular a las sentencias del 9 de diciembre de 2009, p.37, del 25 de octubre de 2006 (R-214, p. 38).

El régimen económico administrativamente fijado [...] descansa en una serie de presupuestos implícitos que cualquier operador del mercado diligente -o que hubiera acudido a un asesoramiento previo de calidad- no podía desconocer.”¹⁰¹⁵ (Énfasis añadido).

798. Cuando Isolux Corsan S.A. se enteró de ésta decisión el 27 de septiembre de 2012, y a la luz de la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, en particular la sentencia del 9 de diciembre de 2009 mencionada en el ¶ 792, tuvo un conocimiento más que suficiente para saber que el método de remuneración de su inversión podía ser drásticamente modificado, incluso con una supresión de la tarifa regulada. La confirmación y ampliación de sus conocimientos anteriores no permitía a la Demandante tener expectativas legítimas contrarias. Todavía era tiempo para IIN de renunciar a la inversión si Ésta no quería asumir el riesgo anunciado.
799. La Demandante objeta que ningún inversor razonable podía anticipar la abolición del Régimen Especial ni prever que un límite máximo sería impuesto al rendimiento de su inversión¹⁰¹⁶. Añade que el carácter retroactivo de la reforma tampoco era previsible¹⁰¹⁷.
800. El Tribunal Arbitral no está convencido por estos argumentos. Primero, la Demandante no era un inversor razonable ordinario, sino un inversor particularmente bien informado. Segundo, las objeciones de la Demandante no son *per se* convincentes.
801. Según la Demandante, la imposición de un impuesto sobre el valor de la producción de energía eléctrica (IVPEE) fue la primera de las medidas que vaciaron el Régimen Especial de su contenido¹⁰¹⁸. El Tribunal Arbitral ya decidió que no tiene jurisdicción para conocer de la controversia sobre la supuesta vulneración por el Reino de España de obligaciones derivadas del Artículo 10(1) TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012¹⁰¹⁹.
802. Sin embargo, no es necesario entrar en una discusión especial sobre los efectos del IVPEE para concluir que con sus sucesivas reformas posteriores, mediante las cuales el Reino de España finalmente ha suprimido por completo el Régimen Especial, sustituyéndolo por un nuevo régimen denominado de Retribución Específica *radicalmente distinto al Régimen Especial y mucho menos ventajoso para los titulares de instalaciones*

¹⁰¹⁵ **Anexo R-139:** Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012; **Anexo R- 141:** Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2012 dictada en el Litigio T-Solar y 117 SPVs contra el RD 1565/2010, rec. 64/2011.

¹⁰¹⁶ Memorial de Réplica, ¶394.

¹⁰¹⁷ Memorial de Réplica, ¶465.

¹⁰¹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 143.

¹⁰¹⁹ Ver supra ¶ 741.

*fotovoltaicas bajo los RRDD 661/2007 y 1578/2008*¹⁰²⁰.” Finalmente, el propio concepto de FIT fue eliminado.

803. La realidad de esos hechos no tiene como consecuencia la vulneración de las expectativas legítimas de la Demandante. La existencia de un Régimen Especial durante toda la vida de las Plantas no podía ser una expectativa *per se*, independientemente de su contenido. En octubre de 2012, todos los inversores sabían o tenían que saber que el sistema iba a ser modificado. Por ejemplo, la CNE en su informe del 7 de marzo de 2012¹⁰²¹ indicaba:

“Debido al elevado coste que supone la retribución de la prima equivalente del régimen especial, la dificultad de su financiación con cargo a las tarifas de acceso (teniendo en cuenta el desequilibrio económico actual del sistema eléctrico), así como la necesaria revisión de los incentivos de eficiencia de la actual regulación, procede revisar la regulación existente, para poder alcanzar los objetivos previstos en el recientemente aprobado Plan de Energías Renovables, minimizando los costes asociados. Asimismo, cabe la posibilidad de contemplar otras nuevas fuentes de financiación de la prima equivalente adicionales a la vigente (exclusivamente basada en la tarifa de acceso de electricidad).”

804. En octubre de 2012, todo inversor podía anticipar, no solo, una modificación fundamental del contenido del Régimen Especial, sino también, la supresión del régimen, toda vez que se respete el principio de rentabilidad razonable de la inversión garantizado por la LSE, que también recuerda la propia CNE¹⁰²². Con su conocimiento especial de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2012, la Demandante debió haber considerado la abolición del Régimen especial, como una posibilidad realista, cuando realizó su inversión.
805. La Demandante sostiene que no podía prever que un límite máximo iba a ser impuesto al rendimiento de su inversión porque el principio de rentabilidad de la inversión según la LSE contemplaba para promover las instalaciones renovables un “suelo” de rentabilidad y no un “techo”¹⁰²³. Según ella, la única interpretación objetiva del Artículo 30.4 de la LSE es que marca un mínimo o “suelo” para la retribución de instalaciones fotovoltaicas, contrariamente al RDL 9/2013 que impone un techo a esta rentabilidad razonable¹⁰²⁴, de tal forma que, si la Demandante hubiera realizado su inversión después de la aprobación del RDL 9/2013, hubiera estado advertida de un límite máximo al rendimiento de su inversión¹⁰²⁵.

¹⁰²⁰ Memorial de Demanda, ¶ 163.

¹⁰²¹ **Anexo R-69:** Informe CNE sobre el sector energético español del 7 de marzo de 2012, p.75

¹⁰²² **Anexo R-69:** Informe CNE sobre el sector energético español del 7 de marzo de 2012, p.23

¹⁰²³ Memorial de Demanda, ¶¶173-178.

¹⁰²⁴ Memorial de Réplica, ¶388, 390.

¹⁰²⁵ Memorial de Réplica, ¶394.

806. El Artículo 30.4 de la LSE dispone:

“4. Adicionalmente, la producción de energía eléctrica mediante energías renovables no hidráulicas, biomasa, así como por las centrales hidroeléctricas de potencia igual o inferior a 10 MW percibirán una prima que se fijará por el Gobierno de forma que el precio de la electricidad vendida por estas instalaciones se encuentre dentro de una banda porcentual comprendida entre el 80 y el 90 por 100 de un precio medio de la electricidad, que se calculará dividiendo los ingresos derivados de la facturación por suministro de electricidad entre la energía suministrada. Los conceptos utilizados para el cálculo del citado precio medio se determinarán excluyendo el Impuesto sobre el Valor Añadido y cualquier otro tributo que grave el consumo de energía eléctrica.

Para la determinación de las primas se tendrá en cuenta el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética, la producción de calor útil económicamente justificable y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales [...].”

807. Este texto no integra los conceptos de “suelo” o de “techo”. La única garantía que contiene para el inversor es la de conseguir en relación a algunos parámetros una tasa de rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Es decir, que el regulador garantiza una rentabilidad mínima pero no garantiza que el inversor pueda conseguir una rentabilidad superior a la garantizada.

808. La Demandada nota que antes de este arbitraje, la Demandante compartía este análisis. De hecho, en su Demanda ante el Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2011¹⁰²⁶, Isolux Corsan sostenía que con la LSE “*se pretendía crear un marco jurídico lo suficiente estable para animar a los inversores a desarrollar este tipo de proyectos. De ahí que la Ley les asegurase una retribución razonable por sus costes, inversiones y riesgos incurridos. Es necesario que estos [los inversores] perciban un modelo que permita a las empresas confiar en que podrán recuperar sus costes y obtener una razonable rentabilidad para sus inversiones.*”

809. Las Partes no disputan el que la rentabilidad garantizada por el RD-L 9/2013 es de 7,398%¹⁰²⁷ antes de impuestos. Un informe preparado por Deloitte en mayo de 2011 y

¹⁰²⁶ **Anexo R-214:** Demanda de Isolux Corsán, S.A. de 27 de mayo de 2011 interpuesta ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 1565/2010, recurso contencioso administrativo 60/2011., p. 49.

¹⁰²⁷ Memorial de Réplica, ¶ 791 «*El perito en daños de la Demandante, Deloitte, considera que de haber podido invertir libremente en el mercado los montos correspondientes a los daños sufridos, hubiera podido obtener una rentabilidad del 7,398%. Esta es precisamente la “rentabilidad razonable” que el Reino de España garantiza, de acuerdo con el nuevo régimen consagrado por el RDL 9/2013, a inversores en el*

presentado tanto por Corsan Isolux como por las mercantiles del T- Grupo Solar Global ante el Tribunal Supremo español en sus recursos contra el RD 1565/2010 indica que la previsión de rentabilidad de las plantas Fotovoltaicas tras la Ley 2/2011 era de 6,19%¹⁰²⁸. El mismo informe indica que dentro del marco regulatorio del RD 661/2007 “*la rentabilidad esperada por T-Solar al realizar su inversión era de 6,41%*¹⁰²⁹” Esta rentabilidad era inferior a la tasa de 7% prevista por el Plan de Energías Renovables de España 2005- 2010 aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005¹⁰³⁰, tasa considerada como “*razonable*” por la propia Isolux Corsan, S. A. en su demanda ante el Tribunal Supremo español¹⁰³¹.

810. La Demandante no podía tener expectativas legítimas en cuenta a la tasa de rentabilidad superior a 6,19 % después de impuestos. La tasa de 7,398% garantizada por el RD-1 9/2013 es una tasa antes de impuestos, y para compararla con la tasa de 6,19% es necesario, valorar después de impuestos, la rentabilidad garantizada por el RD-1 9/2013. Los peritos de la Demandada lo han hecho a partir de los métodos de cálculo utilizados por Deloitte en el 2011, actualizados tomando en consideración los métodos de cálculo previstos por las últimas evoluciones legislativas. Llegaron a la conclusión de que la “*TIRp media ponderada después de impuestos de las plantas del RD661/2007 asciende al 7,11% y para las 34 plantas objeto del presente proceso arbitral, al 7,19%*¹⁰³²”. Ni la Demandante, ni sus peritos Deloitte y KPMG objetaron de manera convincente a este cálculo.
811. En consecuencia, la Demandante que decidió invertir cuando sabía que las plantas tenían una rentabilidad de 6,19% no puede sostener que al introducir la imposición de un límite de rendimiento de 7,19 %, el Reino de España vulneró sus expectativas legítimas.
812. Para llegar a una tasa de rentabilidad de las plantas superior a 7,1%, los peritos de la Demandada tomaron en cuenta los efectos del IVPEE que no caben dentro el marco de la competencia del Tribunal Arbitral a la hora de determinar si ocurrió una violación del Artículo 10 (6) TCE. Es decir, que al ignorar esos efectos la tasa de rentabilidad después de impuestos sería mayor. Eso confirma que las expectativas legítimas de la Demandante en cuenta a la rentabilidad de su inversión no fueron vulneradas por la abolición del Régimen Especial.

sector fotovoltaico.” Memorial de Duplica, ¶ 699, M. Conclusiones, d) “*Las medidas adoptadas en 2013 por el Reino de España son razonables y garantizan la restitución a los inversores de los costes de inversión, de operación y la venta de electricidad, otorgando una rentabilidad razonable del 7,398 % TIR.*”

¹⁰²⁸ **Anexo R-217:** Informe pericial de Deloitte de 23 de mayo de 2011, p. 55.

¹⁰²⁹ **Anexo R-217:** Informe pericial de Deloitte de 23 de mayo de 2011, p. 54.

¹⁰³⁰ **Anexo C-14:** Plan de Energías Renovables 2005-2010 aprobado por el Gobierno español mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 26 de agosto de 2005, p. 274.

¹⁰³¹ **Anexo R-214:** Demanda de Isolux Corsán, S.A. de 27 de mayo de 2011 interpuesta ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 1565/2010, recurso contencioso administrativo 60/2011, p. 50

¹⁰³² Informe Mac Group Altran del 28 de julio de 2015, p.38-39.

813. La Demandante argumenta también que la Retribución Específica establecida por el RDL 9/2013 no solamente proyecta sus efectos hacia el futuro, sino que lo hace hacia el pasado, lo que le confiere un carácter retroactivo imprevisible que vulnera el Artículo 10(1) TCE. La Demandada, al contrario, explica que esta medida no es retroactiva, y que la Demandante confunde la aplicación inmediata de esta norma con el concepto de retroactividad.
814. El Tribunal Arbitral no comparte la posición de la Demandante. Estima, de acuerdo con la distinción adoptada por el tribunal en el caso Nations Energy c. Panamá,¹⁰³³ entre retroactividad y aplicación inmediata, que el sistema instaurado por el RDL 9/2013 no tiene efecto retroactivo, sino que es de aplicación inmediata. Lo anterior, puesto que no revoca derechos adquiridos por la Demandante en la explotación de las Plantas. Aplica para el futuro. El RDL 9/2013, no supone la devolución de retribuciones percibidas con anterioridad al 14 de julio de 2013, las cuales son intangibles. El hecho de que el nuevo sistema de retribución tome en consideración parámetros existentes y pasados como los enumerados por la Demandante¹⁰³⁴ no tiene nada anormal, ya que, tienen como objeto instalaciones construidas con anterioridad a la reforma, desplegando sus efectos hacia el futuro.
815. Con base en lo anterior, el Tribunal constata que la Demandante no ha establecido que el Reino de España violó su obligación de conceder un trato justo y equitativo (TJE) a las inversiones de la Demandante
- b. La pretendida violación por la Demandada de la obligación de asegurar una protección y seguridad completa a las inversiones de la Demandante
816. Para la Demandante, este estándar comportaría “una obligación de mantener ese marco jurídico dentro de la estabilidad. En el caso que nos ocupa, en el cual el Reino de España se comprometió a un régimen (un FIT fijo a largo plazo, respaldado por el Régimen Especial), pero muy pocos años después lo abolió pura y llanamente, la conducta de la Demandada no se compadece con el concepto de “estabilidad”, independientemente de cómo se quiera entender este término¹⁰³⁵”. La Demandante añade que “existe una legítima expectativa de estabilidad del marco legal como elemento esencial del estándar de TJE”¹⁰³⁶ y que “[l]ógicamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida debe

¹⁰³³ *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., and Jamie Jurado v. The Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/06/19, ¶¶ 642-648; Memorial de Contestación, ¶895.

¹⁰³⁴ Memorial de Demanda, ¶203.

¹⁰³⁵ Memoria de Replicá, ¶ 614.

¹⁰³⁶ Memoria de Replicá, ¶ 616.

ponderarse a la luz de las legítimas expectativas del inversor, las cuales protege el estándar de TJE.¹⁰³⁷”.

817. Finalmente, la Demandante hace del estándar una presentación que se confunde con el TJE y el tema de la previsibilidad de las medidas, cuando la principal finalidad del estándar es garantizar al inversor contra actos dañinos de terceros y de agentes del Estado. La Demandante no ha sostenido que fue víctima de tales actos. El estándar de protección y seguridad no puede intervenir para proteger al inversor contra modificaciones del marco jurídico en casos que no justifican su protección por la obligación de asegurar el TJE. El Tribunal comparte al respecto la posición del tribunal en el caso Caso AES Summit c. Hungría que mencionó:

“...the duty to provide most constant protection and security to investments is a state’s obligation to take reasonable steps to protect its investors (or to enable its investors to protect themselves) against harassment by third parties and/or state actors. But the standard is certainly not one of strict liability. And while it can, in appropriate circumstances, extend beyond a protection of physical security it certainly does not protect against a state’s right (as was the case here) to legislate or regulate in a manner which may negatively affect a claimant’s investment, provided that the state acts reasonably in the circumstances and with a view to achieving objectively rational public policy goals.”

818. Además, si uno quiere entrar en el terreno de la previsibilidad planteado por la Demandante, vale la pena recordar que antes de la firma del Acuerdo de Inversión, Isolux Corsan declaró al Tribunal Supremo Español: “*Más de cinco cambios legislativos en dos años, con el consiguiente cambio de condiciones económicas para los afectados, convierten a España en un país carente de seguridad jurídica para los inversores lo que provoca nuestro descredito internacional¹⁰³⁸.*” Una parte que decide invertir en un país que, según ella, carece de seguridad jurídica, no puede después quejarse que tal seguridad no le fue asegurada.
819. El Tribunal concluye que la Demandante no ha establecido la violación por la Demandada de su obligación de asegurar una protección y seguridad completa a las inversiones de la Demandante.

¹⁰³⁷ Memoria de Replica, ¶ 619.

¹⁰³⁸ **Anexo R-214:** Demanda de Isolux Corsán, S.A. de 27 de mayo de 2011 interpuesta ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 1565/2010, recurso contencioso administrativo 60/2011.,p. 11.

- c. La pretendida violación por la Demandada de la obligación de no perjudicar mediante medidas exorbitantes o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones de la Demandante

820. El Art. 10(1) TCE prohíbe a la Demandada perjudicar “*en modo alguno mediante medidas exorbitantes..., la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación*” de la inversión de IIN. La Demandante que en la versión en inglés usa el adjetivo “*exorbitante*” está traducido por “*unreasonable*” y que al no ser razonables las medidas tomadas por la Demandada han sido “*exorbitantes*” en el sentido del Art. 10(1) y han perjudicado la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación por parte de IIN de su inversión en España, en violación directa del Art. 10(1) TCE¹⁰³⁹.
821. El Tribunal Arbitral nota que la obligación cuya violación esta alegada por la Demandante es, antes de todo, una obligación de no perjudicar “*... la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación*” de la inversión. Para que la violación tuviera lugar, sería necesario que las medidas calificadas de exorbitantes o discriminatorias tuvieran un efecto negativo sobre la inversión. El Tribunal Arbitral no está convencido de que fue el caso puesto que las medidas incriminadas no afectaron negativamente la rentabilidad de la inversión como ha sido establecido¹⁰⁴⁰.
822. Además, el Tribunal Arbitral no considera que las medidas tomadas fueron exorbitantes, incluso en el sentido de no razonables. El Tribunal Arbitral comparte el criterio adoptado en el laudo Saluka Investments c. República Checa,¹⁰⁴¹ al cual se refiere la Demandante¹⁰⁴². En este caso, el Tribunal indicó acertadamente:

“The standard of “reasonableness” has no different meaning in this context than in the context of the “fair and equitable treatment” standard with which it is associated; and the same is true with regard to the standard of “non-discrimination”. The standard of “reasonableness” therefore requires, in this context as well, a showing that the State’s conduct bears a reasonable relationship to some rational policy, whereas the standard of “non-discrimination” requires a rational justification of any differential treatment of a foreign investor.

Insofar as the standard of conduct is concerned, a violation of the non-impairment requirement does not therefore differ substantially from a violation of the “fair and equitable treatment” standard. The non-impairment requirement merely identifies more specific effects of any such violation, namely with regard to the operation,

¹⁰³⁹ Mémorial de Demanda, ¶ 271.

¹⁰⁴⁰ *Supra* ¶¶809-812

¹⁰⁴¹ *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, Ad Hoc, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, ¶¶ 460-461, **Anexo CLA-22**.

¹⁰⁴² Memorial de Réplica, ¶ 640.

management, maintenance, use, enjoyment or disposal of the investment by the investor.”

823. En el presente caso, se pueden criticar las medidas adoptadas por el Reino de España, al considerar que otras, preconizadas por la CNE, hubieran sido preferibles y más favorables a la Demandante. Si fuera cierto, eso no sería suficiente para concluir que las medidas adoptadas fueron “*exorbitantes*” o no razonables al sentido del TCE. La conducta del Estado fue una política racional que era, guste o no guste, la de proteger el consumidor. El Tribunal Arbitral ya decidió que las medidas incriminadas no violaron el TJE y no pueden, de modo independiente, ser fuente de responsabilidad del Reino de España hacia la Demandante en base al Artículo 10(1) TCE.
824. La Demandante considera que el Tribunal Arbitral no ha establecido la violación por la Demandada de su obligación de no perjudicar mediante medidas exorbitantes o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones de la Demandante.
825. En base a lo anterior, el Tribunal Arbitral rechaza la solicitud de la Demandante que declare que la Demandada ha violado sus obligaciones bajo el Artículo 10 TCE.

2. La supuesta violación del Artículo 13 TCE

826. La Demandante alega la violación del Artículo 13 TCE por el Reino de España fundamentándose sobre una serie de argumentos presentados que pueden resumirse de la siguiente manera:
 - La inversión de la Demandante está protegida por el Artículo 13(1) TCE, el cual prohíbe la expropiación de inversiones en el sentido del Artículo 1(6) TCE y no se limita a proteger derechos adquiridos;
 - El poder regulatorio del Reino de España no puede eludir su responsabilidad bajo el Artículo 13 TCE;
 - Las medidas adoptadas por el Reino de España tuvieron como efecto expropiar la inversión de Isolux INBV, puesto que resultó en una privación sustancial de la inversión.

827. La Demandada, en respuesta argumenta que:
 - Los rendimientos futuros que podía esperar ISOLUX no constituyen un bien protegido por el Artículo 13(1) TCE;
 - Este análisis lo confirma el derecho internacional;
 - Resulta de los hechos que las medidas en tela de juicio no tuvieron como consecuencia expropiar la inversión de la Demandante.

828. A la luz de la naturaleza de los argumentos desarrollados por las Partes, el Tribunal Arbitral decidirá primero si la Demandante está pidiéndola protección de una inversión protegida por el Artículo 13 TCE (i), y si las medidas incriminadas tuvieron un efecto expropiatorio (ii).
829. El Tribunal Arbitral considera que, a la luz de las cristalinas explicaciones de las partes, no necesita tomar en cuenta el informe de la DGT de fecha de 29 de marzo de 2016, como le permite el Artículo 21 (5) (b) (iii) TCE.
- a. La naturaleza de la inversión de la Demandante y el ámbito de protección del Artículo 13 TCE
830. La Demandante sostiene que ocurrió una expropiación indirecta de su inversión, protegida por el Artículo 13 TCE, que consiste en “*su participación accionarial en el capital de T-Solar, así como en los rendimientos obtenidos de las actividades de T-Solar*”¹⁰⁴³, mientras el valor económico de su inversión, el cual se encontró disminuido o aniquilado por las medidas incriminadas, consiste en la “*seguridad de vender la energía eléctrica producida bajo el Régimen Especial, a una tarifa regulada: el FIT*”¹⁰⁴⁴. Considera que la noción de “*inversión*” se debe interpretar a la luz del Artículo 1(6) y que, además, este Artículo incluye específicamente los rendimientos sin precisión temporal¹⁰⁴⁵. Según la Demandante, la Demandada confunde la inversión objeto de la protección del Artículo 13 TCE, con su valor económico, al argumentar que a la luz del apartado 13(3), que provee una definición autónoma de la inversión, solamente bienes o derechos adquiridos y dentro de su patrimonio, pueden gozar de la protección del mencionado Artículo. Además, que en el presente caso “*la seguridad*” de vender la energía y de percibir “*rendimientos futuros*” no constituye un bien tangible expropiable bajo el Artículo 13(3) TCE.
831. Según la Demandada, la supuesta inversión de la Demandante se limitaría a su participación accionarial en T-Solar y, por tanto, a la eventual posesión indirecta, a través de las filiales de T-Solar, de las acciones de las sociedades tenedoras de las Plantas¹⁰⁴⁶. Los rendimientos de las Plantas realmente no serían la inversión de la Demandante¹⁰⁴⁷. La Demandada añade que para ser susceptible de expropiación aquellos rendimientos tendrían que ser protegidos también en derecho español.
832. El Artículo 13 TCE dispone que:

“Expropiación”

¹⁰⁴³ Memorial de Réplica, ¶672.

¹⁰⁴⁴ Memorial de Demanda, ¶282; Memorial de Replica, ¶673.

¹⁰⁴⁵ Memorial de Réplica, ¶686.

¹⁰⁴⁶ Memorial de Duplica, ¶ 877.

¹⁰⁴⁷ Memorial de Duplica, ¶ 878.

1. Las inversiones de los inversores de una Parte contratante en el territorio de otra Parte contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (a las cuales se aludirá en lo sucesivo como “expropiación”), excepto si dicha expropiación se lleva a cabo:

- a) por un motivo de interés público;*
- b) de manera no discriminatoria;*
- c) con arreglo al debido procedimiento legal; y*
- d) mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.*

El importe de la indemnización equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que el anuncio de la expropiación o de la intención de llevar a cabo la expropiación hubiese afectado al valor de la inversión (en lo sucesivo denominado “fecha de valoración”).

Este justo valor de mercado se expresará, a elección del inversor, en una divisa libremente convertible, basándose en el tipo de cambio existente en el mercado para esta divisa en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses según un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado, desde la fecha de la expropiación hasta la del pago.

2) Con arreglo a la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, el inversor afectado tendrá derecho a que un tribunal u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte, revise con prontitud su caso, el pago de la indemnización y la valoración de su inversión, de acuerdo con los principios enunciados en el apartado 1).

3) En aras de una mayor claridad, se considerará un acto de expropiación la situación en la que una Parte Contratante expropie los bienes de una sociedad o empresa de su territorio en la cual hayan invertido los inversores de cualquier otra Parte Contratante, incluso cuando se haya hecho mediante una participación en el capital”.

833. De la lectura del Artículo 13(1) TCE, resulta claro que a su amparo se protegen “*las inversiones*” realizadas por inversores de una Parte contratante en el territorio de otra Parte al TCE. El Tribunal Arbitral, en relación con la objeción jurisdiccional C, interpretó la noción de inversión a la luz del Artículo 1(6) TCE y de conformidad con la definición

objetiva del concepto de inversión, y no considera que la noción de “inversión” tenga que ser interpretada de manera diferente por ser incluida dentro del Artículo 13 TCE.

834. No cabe duda que de acuerdo con el Artículo 1(6) apartados (b) y (e) TCE, y de acuerdo con la definición objetiva de la inversión, la Demandante ostenta una inversión, a través de su participación en el capital de T-Solar la cual controla las Plantas que generan los rendimientos. Dicho de otra manera, de acuerdo con el Artículo 13 TCE, e incluso con el Artículo 13(3) TCE, la Demandante tiene derecho a la protección de su participación accionarial en T-Solar lo que supone la protección, tanto de la titularidad de las acciones como del valor de las mismas, contra cualquier vulneración sustancial por parte del Estado, concepto que el Tribunal Arbitral precisará más adelante.
835. No hay duda de que la Demandante no invirtió en rendimientos, sino en acciones. Sin embargo, una disminución de los rendimientos de la inversión como consecuencia de medidas adoptadas por el Estado puede ser representativa de la disminución del valor económico de la inversión y, si es substancial y significativa, reflejar una expropiación indirecta. En tal situación, no son los rendimientos que son objeto de la expropiación. Son los bienes tangibles que producen los rendimientos y que, cuando ellos estén vulnerados, pierden su valor económico.
836. Resulta de aquellas observaciones que los argumentos desarrollados por la Demandada relativos a la protección por el Artículo 13(3) de “bienes” tangibles, y la pretendida obligación de que los derechos o bienes susceptibles de expropiación estén protegidos por el derecho español, son improcedentes. Lo único pertinente es determinar si los rendimientos de la Demandante han sufrido, como consecuencia de las medidas incriminadas, una disminución de una importancia tal que refleja una expropiación indirecta de la inversión.

b. Los efectos de las medidas adoptadas por el Reino de España sobre la inversión de la Demandante

837. Las Partes acordaron que, para determinar el efecto expropiatorio de aquellas medidas, resulta adecuado apreciar si ocurrió una privación sustancial o significativa de la inversión, y coinciden con el uso del “test” utilizado por los tribunales en el caso *Electrabel c. Hungría*¹⁰⁴⁸. En este caso, el Tribunal consideró que para que se caracterice una expropiación debe haber ocurrido “una privación sustancial, radical, severa, devastadora o fundamental de sus derechos o la aniquilación virtual, neutralización efectiva o destrucción de hecho de su inversión, su valor o disfrute”¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁸ Memorial de Duplicata, ¶887; Memorial de Réplica ¶735-738.

¹⁰⁴⁹ Memorial de Réplica, ¶888.

838. Sin embargo, las Partes no coinciden en la interpretación de este test. La Demandante concluye que se considerara superado este test cuando las medidas hayan tenido el efecto de desposeer al inversor de su inversión o de su control, y también cuando la pérdida sufrida por el inversor es severa” o “radical”¹⁰⁵⁰. La Demandada considera que la interpretación por la Demandante del test de Electrabel no es correcta y que los términos “severa” y “radical” no califican la pérdida de valor sino la privación de derechos. Para que haya expropiación, la pérdida de valor no tiene que ser “severa” sino que el valor tiene que ser aniquilado, neutralizado o destruido¹⁰⁵¹.
839. El Tribunal Arbitral considera que no hace falta entrar en este debate puesto que la posición adoptada tanto por el tribunal en el caso Electrabel como por muchos tribunales arbitrales internacionales al respecto, es muy clara y traduce la convicción común de que la expropiación directa o indirecta ilegal puede afectar tanto la inversión como su control, y que la afectación tiene que ser sustancial¹⁰⁵², es decir, que el impacto de las medidas tiene que ser de tal magnitud sobre los derechos o los bienes del inversor que su inversión pierde todo o una parte muy significativa de su valor, lo que equivale a una privación de su propiedad.
840. En el presente caso, el control accionarial de la Demandante sobre T-Solar y sus Plantas no ha sido afectado de ninguna manera por las medidas adoptadas por el Reino de España, T-Solar sigue controlando y operando plenamente sus Plantas, puntos que no son disputados entre las Partes. Lo que reivindica la Demandante es una compensación debido a la pérdida de valor de sus acciones provocada por una pérdida de la rentabilidad de las Plantas controladas por T-Solar.
841. Para determinar si ocurrió una expropiación de la inversión de la Demandante, de acuerdo con el Artículo 13 del TCE, el Tribunal Arbitral tiene que determinar si las medidas incriminadas tuvieron como consecuencia una pérdida de rentabilidad de aquellas Plantas, de tal amplitud, que afectaron sustancialmente la inversión de la Demandante. Lo anterior, previamente a determinar el importe de daños sufridos, según proceda.
842. Para apreciar la existencia de una expropiación indirecta el Tribunal Arbitral, coincide con la metodología utilizada por la Demandada, tomando en cuenta que los peritos de

¹⁰⁵⁰ Memorial de Réplica, ¶738.

¹⁰⁵¹ Memorial de Duplicata, ¶¶891-892.

¹⁰⁵² **Anexo RLA- 75:** CMS Gas Transmission Company c. la República de Argentina, Caso CIADI No. ARBI/01/8, Laudo del 12 de Mayo del 2005, (“CMS”), párrafos 262-264.; **Anexo RLA- 77:** *Marvin Roy Feldman Karpa c. México, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002*, párrafos 100-152-153.; **Electrabel c. Hungría**, paras. 6.53, 6.63; **Anexo RLA- 76:** Pope and Talbot, Inc c. Gobierno de Canadá, CNUDMI/NAFTA, Laudo Interino del 26 junio de 2000, párrafo 102.; **Anexo RLA- 78:** Sempra Energy International c. la República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo del 28 de septiembre de 2007, párrafo 285; AES Summit Generation Ltd and AES-Tisza Eröbü Kft c. Hungría, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010, párrafos 14.3.1 – 14.3.4; Informe UNCTAD Expropiación, página 69; Principles of International Investment Law Rudolph Dolzer and Christoph Schreuer, Oxford University Press, 2012, página 124.

Deloitte, a petición del Grupo T- Solar, acudieron también a esta misma metodología en su informe del 23 de mayo de 2011 para “*cuantificar el impacto que en la rentabilidad de los proyectos suponen la aprobación del Real Decreto 1565/2010*”¹⁰⁵³. El Tribunal Arbitral tiene dificultades en entender las razones que llevaron a la Demandante a no utilizar este método en el presente arbitraje.

843. El Tribunal Arbitral considera que el informe, realizado por los peritos del Grupo T-Solar el 23 de mayo de 2011¹⁰⁵⁴ , es de particular relevancia para su análisis, en la medida en que se detallan las expectativas de rentabilidad de las Plantas por la propia ISOLUX (i) con anterioridad a su inversión y (ii) con anterioridad a las medidas calificadas de expropiatorias por la Demandante y objeto del presente arbitraje. Precisamente, las evaluaciones de rentabilidad se hicieron después de la adopción del RD 661/2007 y después del RD 1565/2010. Este informe pericial acompañó una demanda ante el Tribunal Supremo planteada en mayo de 2011 por ISOLUX. Asimismo, acompañó otra demanda presentada por T-Solar¹⁰⁵⁵, impugnando modificaciones introducidas por el RD 1565/2010 y la correspondiente Sentencia notificada el 29 de septiembre de 2012¹⁰⁵⁶.
844. Ahora bien, utilizando para medir la rentabilidad de las instalaciones, la Tasa Interna de Retorno” (“TIR”), en mayo de 2011, los peritos de Deloitte concluyeron que “*El rendimiento después de impuestos de las instalaciones de T-Solar, debido al Real Decreto 1565/2010, se habría reducido un 0,64% (ha bajado del 6,41% al 5,77% en el escenario de precio del petróleo de 119\$ 2005 (145 eur 2005/MWh) en 2030 y un 0,98% (ha bajado del 6,41% al 5,43%) en el escenario de precio del petróleo de 63\$ 2005 (85 eur 2005/MWh) en 2030*”¹⁰⁵⁷.
845. Sin embargo, los peritos precisaron que el Real Decreto 1565/2010 se modificó mediante el Real Decreto Ley 14/2010 (de 23 de diciembre) y por la Ley 2/2011 (de 4 de marzo), ampliando el plazo al que las instalaciones fotovoltaicas tienen derecho al régimen económico primado, pasando de 25 años según el Real Decreto 1565/2010 a 30 años¹⁰⁵⁸ Los peritos añadieron que: “*A efectos ilustrativos, la pérdida del diferencial en TIR aplicando el Real Decreto 1565/2010 con un límite temporal de 30 años, se suaviza respecto el escenario anterior de 25 años: aplicando el escenario de precios más favorable (el más alto) a la comparativa, se sigue produciendo una reducción de la rentabilidad, 0,22 % (pasa del 6,41% % al 6,19 %), lo que supone el 3,45 % de pérdida*

¹⁰⁵³ **Anexo R-217:** Informe Deloitte de 23 de mayo de 2011, página 7.

¹⁰⁵⁴ **Anexo R-217:** Informe Deloitte de 23 de mayo de 2011, página 52.

¹⁰⁵⁵ **Anexo R-222 :** Demanda de T-Solar y las Sociedades tenedoras de las Plantas objeto del presente arbitraje de 4 de julio de 2011

¹⁰⁵⁶ **Anexo R-220:** Soporte documental de la Notificación telemática efectuada por el Tribunal Supremo, de la Sentencia de 24 de septiembre de 2102 a ISOLUX, el 27-09-2011, a las 11:27:09''.

¹⁰⁵⁷ **Anexo R-217:** Informe Deloitte de 23 de mayo de 2011, p. 52.

¹⁰⁵⁸ **Anexo R-217:** Informe Deloitte de 23 de mayo de 2011, p. 54.

relativa para el conjunto de instalaciones de T-Solar cuya retribución se establece en el Real Decreto 661/2007.”

846. Resulta que con la adopción del Decreto Ley 14/2010 y de la Ley 2/2011 que tuvo como consecuencia aumentar el abono de primas de 25 a 30 años, el TIR inicialmente fijado al 6,4% por el RD 661/2007 paso finalmente al 6,19% después de impuestos¹⁰⁵⁹. Es sobre la base de este TIR, cuantificado por Deloitte en el 2011, a un 6,19% que la Demandante decidió invertir, como ya lo estableció el Tribunal Arbitral¹⁰⁶⁰. Eso era el nivel de rendimiento de su inversión cuando ésta fue hecha.
847. El Tribunal Arbitral llega a una primera conclusión, la Demandante no puede argumentar que ocurrió una expropiación de su inversión ya que el TIR actual queda por encima del TIR de 6,19%. Para que se pruebe la expropiación de la inversión de la Demandante, el TIR actual tendría que ser inferior al 6,19% en una proporción que pueda calificarse de “sustancial y significante”.
848. El Tribunal Arbitral ha determinado que no era el caso cuando examinó la solicitud de la Demandante relativa a la vulneración de sus expectativas legítimas¹⁰⁶¹.
849. En el expediente quedo establecido que la “rentabilidad razonable” consagrada por el RDL 9/2013 y establecida por el Real Decreto 413/2014, es del 7,398%¹⁰⁶².
850. El TIR real y actual de las Plantas fue calculado por los peritos de la Demandada a partir de los métodos de cálculo utilizados por los peritos de Deloitte en el 2011, actualizados para tomar en consideración los métodos de cálculo previstos por las últimas evoluciones legislativas. Llegaron a la conclusión de que la “*TIRp media ponderada después de impuestos de las plantas del RD 661/2007 asciende al 7,11% y para las 34 plantas objeto del presente proceso arbitral, al 7,19%*” y que esta TIR “*es superior a la rentabilidad establecida en la Normativa Española en el momento en que los promotores de las plantas acometieron su inversión*”¹⁰⁶³.
851. El Tribunal Arbitral constata que ni los expertos de Deloitte ni los expertos de KPMG llegaron una demostración contraria. La Demandante y sus expertos decidieron consagrar desarrollos escasos sobre la relevancia y la evaluación de la rentabilidad razonable de las Plantas en este arbitraje de tal forma que no contradijeron de manera precisa ni convincente los argumentos de la Demandada.
852. A la luz de aquellas observaciones, el Tribunal Arbitral constata que no ocurrió una expropiación de la inversión de la Demandante puesto que los rendimientos de los cuales

¹⁰⁵⁹ Memorial de Duplicata, ¶641; Anexo R-217: Informe Deloitte de 23 de mayo de 2011, pp. 52-55.

¹⁰⁶⁰ Ver *supra*, ¶ 811.

¹⁰⁶¹ Ver *supra*, ¶ 810

¹⁰⁶² Ver *supra*, ¶ 809

¹⁰⁶³ Informe Mac Group Altran del 28 de julio de 2015, p.38-39.

gozaba una rentabilidad al momento de invertir no eran superiores al 6,19% y que la actual rentabilidad de las Plantas es muy superior a esta rentabilidad al alcanzar el 7,11%. En ningún modo se puede hablar de una perdida “severa” o “radical”, según el criterio aceptado por la propia Demandante¹⁰⁶⁴.

853. Tomando en cuenta que Tribunal Arbitral concluye que las medidas adoptadas por el Reino de España no eran expropiatorias, resulta inútil decidir sobre la excepción relativa al poder regulatorio del Estado como prerrogativa que excluye el derecho a percibir una compensación¹⁰⁶⁵. Tampoco hace falta examinar los argumentos de las Partes relativos a los daños pedidos por la Demandante.
854. En base a lo anterior, el Tribunal Arbitral rechaza la solicitud de la Demandante relativa a la violación por el Reino de España del Artículo 13 TCE.

C. COSTOS

855. Según el Artículo 43 del Reglamento de Arbitraje de la SCC los costos del arbitraje incluyen los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, la cuota administrativa y los gastos de la SCC, así como los costos razonables incurridos por las partes.
856. El Artículo 43(5) del Reglamento establece que, salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal Arbitral, a petición de parte, deberá distribuir los costos del arbitraje entre las partes, tomando en cuenta el resultado del caso y otras circunstancias relevantes.
857. En el presente caso, no existe acuerdo contrario de las partes respecto de la distribución de costos.
858. La Demandante solicitó que el Tribunal Arbitral condene a la Demandada al pago de la totalidad de los costos y gastos que se deriven del presente procedimiento arbitral. Por su parte, la Demandada solicitó que el Tribunal Arbitral condene a la Demandada al pago de la totalidad de los costos y gastos incurridos en el presente procedimiento arbitral. Los importes correspondientes se mencionan en la Sección VI.C del presente Laudo.
859. Por un lado, la Demandante inició el presente arbitraje sobre la base de alegadas violaciones al TCE por el Reino de España, arbitraje cuyo ámbito fue ampliado por la misma Demandante cuando solicitó la acumulación del mencionado arbitraje con el procedimiento arbitral iniciado por ella bajo el número SCC V 2014/074. Sin embargo, resulta que ninguno de los argumentos desarrollados por la Demandante permitieron concluir en la violación por el Reino de España de sus obligaciones bajo el TCE.

¹⁰⁶⁴ Memorial de Réplica, ¶738.

¹⁰⁶⁵ Memorial de Contestación, ¶¶1007 y siguientes; Memorial de Réplica, ¶¶704 y siguientes.

860. Por otro lado, la Demandada presentó con éxito muy limitado 7 objeciones a la jurisdicción del Tribunal Arbitral, ya que, cinco de esas objeciones jurisdiccionales fueron rechazadas.
861. Por lo anterior, el Tribunal Arbitral declarará en la parte resolutiva de este Laudo que la Demandada deberá sufragar el 30% de la totalidad de los costos y gastos que se deriven del presente procedimiento, y la Demandante el 70% de los mismos.
862. La Demandada asumirá el 30% de los costos del arbitraje fijados por la SCC que incluyen también los honorarios y gastos de los árbitros, en un importe total de 565 220,58 EUR. Tomando en consideración que la Demandada adelanto el 50% de aquellos costos, la Demandante tendrá que reembolsarle el 20% del importe pagado, o sea 113 044, 11 EUR.
863. En relación con los costos incurridos por las partes para su representación y defensa en el procedimiento, la Demandante, por carta del 22 de enero de 2016, pidió aclaraciones y justificaciones sobre los costos de la Demandada. El Tribunal Arbitral toma nota de que los gastos declarados por la Demandante son superiores a los de la Demandada por más de €550.000. Eso no conlleva que los gastos de la Demandante parezcan excesivos al Tribunal Arbitral puesto que esta diferencia se explica por el hecho de que la Demandada no contrató a abogados de bufetes exteriores. Sin embargo, es suficiente para que el Tribunal Arbitral considere que los gastos de la Demandada son razonables, sin necesidad de justificación adicional.
864. Resulta que la Demandada tiene que soportar el 30% de los gastos de la Demandante o sea de 1 368 606 EUR sin incluir los costos del arbitraje fijados por la SCC, y que la Demandante tiene que soportar el 70% de los gastos incurridos por la Demandada, o sea de 785 690 EUR sin incluir los costos del arbitraje fijados por la SCC.
865. A consecuencia; la Demandante tendrá que pagar a la Demandada el importe de 139 401,2 EUR correspondiente a la diferencia entre el 70% de 785 690 EUR y el 30% de 1 368 606 EUR.
866. La Demandada pidió sobre sus gastos intereses a “*una tasa de interés razonable desde la fecha en que se incurra en dichos costes hasta la fecha de su pago efectivo*”¹⁰⁶⁶. Sin embargo, al no conocer las fechas precisas de realización del pago de cada una de las sumas correspondientes, el Tribunal Arbitral condenara la Demandante a pagar intereses solo a partir de la fecha del presente laudo.
867. Tratándose del Reino de España, la aplicación del interés legal español parece razonable.

¹⁰⁶⁶ Memorial de Duplica, ¶1000

VIII. DECISION

868. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral resuelve:

- a) Declarar que carece de jurisdicción para conocer de la controversia sobre la supuesta vulneración por el Reino de España de obligaciones derivadas del apartado (1) del Artículo 10 TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012;
- b) Rechazar todas las demás excepciones de jurisdicción de la Demandada y declararse competente para resolver la presente disputa, con la excepción del tema mencionado en a);
- c) Rechazar, toda vez que sea necesario, las excepciones de inadmisibilidad de la Demandada;
- d) Rechazar las Demandas de la Demandante;
- e) Decide que las Partes son responsables solidarias del pago de los siguientes costos de arbitraje:
 - Los honorarios del Sr. Yves Derains de 225 592 EUR, gastos de 4 459,83 EUR y viáticos totales de 2000 EUR;

Además, la Demandante será responsable del pago del 20% de IVA aplicable a los siguientes importes: 67 677,6 EUR (correspondientes al 30% de los honorarios) y 1337,949 EUR (correspondientes al 30% de los gastos).

- Los honorarios del Prof. Guido Tawil de 135 355 EUR, gastos de 5 948,09 EUR y viáticos totales de 2500 EUR;
- Los honorarios del Sr. Claus Von Wobeser de 135 355 EUR, gastos de 12 161,66 EUR;
- Los honorarios administrativos de la SCC de 41 849 EUR;
- Además, la Demandante será responsable del pago del 25% de IVA aplicable al importe de 12 554,7 EUR (correspondiente al 30% de los honorarios administrativos).

Esas sumas serán pagadas mediante los anticipos de fondos pagados por las Partes a la SCC.

Entre las Partes, la Demandante debe sufragar el 70% de esos costos y la Demandada el 30%.

- f) Condenar a la Demandante a pagar a la Demandada:
- Por concepto de costos del arbitraje fijados por la SCC la suma de 113 044,11 EUR;
 - Por concepto de gastos razonables incurridos por la Demandada la suma de 139 401,2 EUR.
- g) Las sumas mencionadas en el apartado f) devengarán intereses a favor de la Demandada a la tasa legal en vigor en España a contar de la fecha de este laudo hasta la fecha del pago efectivo.
- h) Todas las otras demandas de las Partes están rechazadas.

RECURSO

En conformidad a la Sección 41 de la Ley Sueca de Arbitraje (SFS 1999: 116), una parte puede ejercer una acción en contra del laudo en relación a la decisión sobre los honorarios de los árbitros. Dicha acción debe ejercerse dentro de tres meses, contados desde la fecha en que la parte recibió el laudo, y debe presentarse ante el juzgado de primera instancia de Estocolmo.

Sede : Estocolmo, Suecia

Fecha : *12 de julio de 2016*



Dr. Guido Tawil
Co-árbitro

(en dudencia)



Sr. Claus von Wobeser
Co-árbitro


Yves Derains
Presidente

**ARBITRAJE BAJO EL REGLAMENTO DEL INSTITUTO DE
ARBITRAJE
DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO**

Isolux Infraestructure Netherlands B.V.

Demandante

c.

El Reino de España

Demandada

Arbitraje SSC V2013/153

**Opinión disidente del Árbitro
Prof. Dr. Guido Santiago Tawil**

1. Conuerdo con las conclusiones de mis distinguidos colegas árbitros en cuanto al reconocimiento de la jurisdicción de este Tribunal Arbitral para resolver la presente disputa entre la Demandante y el Reino de España.
2. En cuanto al fondo del asunto, coincido con mis co-árbitros en que no se ha acreditado, en el presente caso, la existencia de una expropiación indirecta de la inversión de la Demandante bajo el Artículo 13(1) del Tratado de la Carta de la Energía (“TCE”) a raíz de las medidas adoptadas por el Reino de España. En este punto, conuerdo con el *standard* aplicado por el voto mayoritario en el párrafo 839 del Laudo en cuanto a que, para que exista una expropiación indirecta, tiene que probarse una afectación sustancial o significativa sobre los derechos o los bienes del inversor que equivalga a una privación de su propiedad, situación que no se ha acreditado debidamente en este caso.
3. Lamentablemente, no puedo coincidir con la visión expresada por la mayoría sobre el tratamiento, en el caso concreto, de las “*expectativas legítimas*” que integran el estándar de “*trato justo y equitativo*” establecido en el Artículo 10(1) del TCE.
4. En primer lugar, no comparto las conclusiones explicitadas en los párrafos 772 y 775 del Laudo según las cuales el Reino de España no habría contraído compromisos con los inversores en razón del “*carácter general*” de las normas aplicables o de los potenciales destinatarios de ellas. Si bien el régimen de incentivos implementado por los RD 661/2007 y 1578/2008 no estaba dirigido a una “*generalidad*” indeterminada sino a un número reducido de interesados (como lo he expresado en otra oportunidad),¹ soy de la opinión que las expectativas legítimas pueden generarse a partir del ordenamiento jurídico vigente al momento de realizarse la inversión, máxime cuando las normas dictadas –como sucedió en este caso con los RD 661/2007 y 1578/2008– tuvieron la finalidad declarada de atraer inversiones en un determinado sector de la economía (es decir, en la generación de energías renovables). En este aspecto, mi posición es coincidente con las conclusiones expresadas por la UNCTAD sobre este punto.²

¹ Ver: mi Opinión Disidente en el caso SCC V 062/2012, *Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, de 21 de diciembre de 2015, ¶ 8.

² Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Trato Justo y Equitativo*, 2012, p. 69: “*Arbitral decisions suggest [...] that an investor may derive legitimate expectations either from (a) specific commitments addressed to it personally, for example, in the form of a stabilization clause, or (b) rules that are not specifically addressed to a particular investor but which are put in place with a specific aim to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment*”. En el mismo sentido, Randolph Dolzer y Christoph Schreuer, “*Principles of International Investment Law*”, Oxford University Press, Second Edition, 2012, p. 145.

5. En segundo lugar, no considero acertada la conclusión a la que arriba el voto mayoritario en cuanto a que la fecha a adoptar como referencia para determinar si se generaron expectativas legítimas en el caso concreto debía ser el 29 de octubre de 2012. En mi opinión, la fecha relevante a esos efectos era la de 29 de junio de 2012, es decir, el día en que la Demandante celebró (y entró en vigencia) el Acuerdo de Inversión.³ La existencia de condiciones suspensivas en el Acuerdo de Inversión o la posibilidad de que la Demandante pudiera retractar su decisión de inversión sin penalidades hasta el 29 de octubre de 2012 no son razones convincentes a efectos de determinar el momento a partir del cual las expectativas legítimas pudieron haberse generado. La fecha de 29 de octubre de 2012 podría resultar un límite válido en relación a eventuales acciones o reclamos entre accionistas, pero no adquiere similar relevancia frente al Estado receptor de la inversión y respecto de cuyas conductas debe evaluarse esa fecha a fin de determinar si se generaron o no expectativas legítimas.
6. Mi principal discrepancia con la decisión de la mayoría radica, sin embargo, en el modo en que se valoraron las circunstancias de hecho para determinar la "previsibilidad" de las medidas adoptadas por el Reino de España. En otras palabras, si el cambio de régimen jurídico producido en España luego de haberse realizado la inversión era previsible para la Demandante, circunstancia que –en caso afirmativo– le impediría invocar expectativas legítimas como fundamento de su reclamo.
7. Sea que se adopte al efecto la fecha de 29 de junio o la de 29 de octubre de 2012, al tiempo de la inversión se encontraba plenamente vigente el esquema normativo en régimen especial puesto en funcionamiento por los RD 661/2007 y 1578/2008, fijando un *"Feed in Tariff"* ("FIT") fijo con una vigencia temporal, que se declaraba no alcanzado por futuras revisiones tarifarias. La Demandante realizó su inversión –obteniendo los derechos adquiridos de una inversión anterior– bajo un marco normativo específico que le garantizaba un régimen de remuneración especial y las medidas cuestionadas por la Demandante (la Ley 15/2012, el RDL 2/2013 y, fundamentalmente, el RDL 9/2013) fueron, en todos los casos, posteriores a la fecha de la inversión.⁴

³ Tanto la mayoría como la minoría del Tribunal Arbitral coinciden que, en el caso, se verificó la existencia de una inversión y que ella califica para ser protegida por el derecho internacional. Ver, así, Laudo, §§ 687 a 693 y 834.

⁴ En este aspecto, tanto el voto mayoritario como esta opinión disidente coinciden en que el origen del conflicto es posterior a la fecha de la inversión. La discrepancia se suscita en relación a la fecha que debe considerarse como de referencia a fin de determinar si el obrar previo del Reino de España permitía o no al inversor invocar

-  8. Si bien el régimen establecido por los RD 661/2007 y 1578/2008 había sido parcialmente modificado por los RD 1565/2010 y RDL 14/2010 y se conocía el informe de la Comisión Nacional de Energía (CNE)⁵ de 7 de marzo de 2012 que daba cuenta de ciertas dificultades en el financiamiento del sistema y la necesidad de adoptar reformas, no se han aportado elementos que permitieran suponer, al 29 de junio o al 29 de octubre de 2012, que el Reino de España eliminaría por completo el FIT –lo que sucedió recién un año después con la sanción del RDL 9/2013 de 12 de julio de 2013–, sin reconocer una compensación para los eventuales titulares de derechos afectados por esa medida. Entre el 29 de junio y el 29 de octubre de 2012 el único hecho relevante ocurrido en materia regulatoria fue el comienzo de la tramitación de la que varios meses después resultaría la Ley 15/2012 de medidas fiscales para la sostenibilidad energética de 27 de diciembre de 2012 que estableció, entre otros, un impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (“IPVEE”) y respecto de cuyo cuestionamiento el Tribunal Arbitral ha declarado su falta de jurisdicción.⁶
9. No está en discusión la potestad del Estado receptor de modificar su legislación en cualquier momento, en tanto nadie cuenta con un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes y reglamentos. El Estado receptor puede siempre modificar un régimen jurídico de alcance general o particular por razones de interés público. Pero ello no impide reconocer que si con dicho accionar legítimo se afectan derechos adquiridos o expectativas legítimas, corresponde indemnizar los perjuicios ocasionados. Se trata de un típico supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita, ampliamente reconocida en la doctrina y jurisprudencia comparada y en relación a la cual el derecho español se ha transformado merecidamente, desde al menos mediados del siglo XX, en una fuente de conocimiento de particular valía.⁷

las expectativas legítimas por él alegadas y sus consecuencias. Ver, al respecto, Laudo, ¶ 704 y 781/804, en especial 787.

⁵ Ver: Informe de la Comisión Nacional de Energía sobre el Sector Eléctrico Español, del 7 de marzo de 2012, Anexo R-69.

⁶ Laudo, ¶ 741.

⁷ Si bien pueden rastrearse algunos supuestos de reconocimiento de responsabilidad estatal por actividad lícita ya en la Ley de 9 de abril de 1842 que –como consecuencia de la Primera Guerra Carlista– declaraba obligación de la Nación “indemnizar los daños materiales causados así en el ataque, como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios, etc.”, la sanción de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (“LEF”) importó la consagración legislativa en España de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto por su actividad lícita como ilícita. La LEF –norma de avanzada al tiempo de su sanción en el derecho comparado– consagró en el artículo 121.1 de su texto original un principio de alcance general de singular importancia al señalar que “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran

10. En consecuencia, una vez que la Demandante realizó su inversión, adquiriendo el derecho al FIT bajo la normativa entonces vigente, no resulta razonable suponer que el Estado eliminaría ese derecho sin una adecuada compensación.
11. Por el contrario, tener que prever que el Estado eliminará un derecho adquirido sin la correspondiente compensación no parece ser una conducta exigible razonablemente a un inversor con anterioridad al conocimiento efectivo de las normas implicadas, hecho éste que de ningún modo pudo suceder, en este caso, con anterioridad al 29 de junio de 2012 o, a todo evento, al 29 de octubre de 2012.
12. Si se admite, por hipótesis, que el sistema de retribución especial (FIT) podía ser eliminado por el Reino de España sin compensación, lo mismo podría eventualmente alegarse, en el futuro, en relación a la posibilidad de que el Estado decida eliminar la garantía de rentabilidad razonable contenida en el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico (LSE). Frente al potencial ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria no encuentra razón válida para distinguir, a diferencia del voto en mayoría, entre una garantía (el derecho al FIT) y otra (el derecho a una rentabilidad razonable) a efectos compensatorios.⁸
13. En síntesis, cuando un inversor cumple con los requisitos establecidos por la normativa vigente para ser acreedor a un beneficio específico y determinado, su desconocimiento posterior por parte del Estado receptor de la inversión viola una expectativa legítima. El Reino de España se encontraba facultado para modificar o eliminar el régimen de promoción instaurado. No obstante ello, eliminar el beneficio otorgado a quienes habían invertido en función de ese régimen especial sin reconocer una compensación adecuada representa, en mi opinión, una violación de las expectativas legítimas creadas y, con ello, del trato justo y equitativo protegido en el artículo 10 del TCE.

en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento *normal* o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo" (la cursiva me pertenece). Ver, en sentido concordante, el principio general consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978.

⁸ No sostengo que esto último sería válido sino que –a modo de hipótesis y a fin de evidenciar los problemas que me presenta esa construcción– la eliminación de uno u otro derecho sin compensación encontrarían sustento y objeciones análogas.

14. En función de la decisión adoptada por la mayoría del Tribunal Arbitral, no corresponde que me pronuncie respecto a la existencia o inexistencia del daño alegado, el método de valuación utilizado o el *quantum* de la compensación requerida.



Prof. Dr. Guido Santiago Tawil

Árbitro

Fecha: 6 de julio de 2016