

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A  
INVERSIONES**

En el procedimiento de arbitraje entre

**RWE INNOGY GMBH  
Y  
RWE INNOGY AERSA S.A.U.**

Demandantes

y

**REINO DE ESPAÑA**

Demandado

**Caso CIADI No. ARB/14/34**

---

LAUDO

---

***Miembros del Tribunal***

Sra. Anna Joubin-Bret, Árbitro  
Sr. Judd L. Kessler, Árbitro  
Sr. Samuel Wordsworth QC, Presidente

***Secretaria del Tribunal***

Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

*Fecha de envío a las Partes:* 18 de diciembre de 2020

## REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

*En representación de RWE Innogy GmbH y  
RWE Innogy Aersa S.A.U.:*

Sra. Marie Stoyanov  
Sr. Antonio Vázquez-Guillén  
Sra. Virginia Allan  
Sr. David Ingle  
Sr. Pablo Torres  
Sra. Patricia Rodríguez  
Allen & Overy LLP  
Serrano 73  
28006 Madrid  
España

y

Sr. Jeffrey Sullivan  
Gibson, Dunn & Crutcher LLP  
Temple Avenue  
Londres, EC4Y 0HB  
Reino Unido

*En representación del Reino de España:*

Sr. José Manuel Gutiérrez Delgado  
Sra. Gabriela Cerdeiras Megías  
Sr. Pablo Elena Abad  
Sr. Antolín Fernández Antuña  
Sra. Patricia Froehlingsdorf Nicolas  
Sra. María del Socorro Garrido Moreno  
Sr. Rafael Gil Nievas  
Sra. Lourdes Martínez de Victoria Gómez  
Sra. Elena Oñoro Sainz  
Sra. Amaia Rivas Kortazar  
Sr. Mariano Rojo Pérez  
Sr. Diego Santacruz Descartín  
Sr. Javier Torres Gella  
Sr. Alberto Torró Molés  
Abogacía General del Estado  
Depto. Arbitrajes Internacionales  
c/ Calle Marqués de la Ensenada, No. 14-16  
2ª. Planta  
28004 Madrid  
España

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN Y PARTES .....	1
II.	ANTECEDENTES PROCESALES .....	1
III.	LAS CUESTIONES DE CUANTÍA RESTANTES.....	4
	A. Las Posiciones de las Partes .....	5
	(1) La Posición de las Demandantes.....	5
	a. El Reembolso .....	5
	b. Tratamiento Fiscal de la Indemnización por Daños y Perjuicios .....	10
	c. Sensibilidades Adicionales de los Daños y Perjuicios. Ausencia de Cosa Juzgada .....	11
	(2) La Posición del Demandado .....	13
	a. La Interpretación Jurídica Alternativa de la Decisión del Tribunal .....	13
	b. Reembolso .....	15
	c. Montos Relacionados con el Coeficiente de Cobertura .....	16
	d. Montos relacionados con el impuesto a las ganancias .....	18
	e. Cuestiones adicionales sobre daños. Cosa juzgada .....	18
	B. El Análisis del Tribunal.....	20
	(1) <i>Cosa juzgada</i> .....	20
	(2) La determinación del Tribunal con respecto a la restitución de las sumas ya abonadas a las Demandantes en el período entre la adopción del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014 .....	26
	(3) Daños resultantes de la determinación de incumplimiento en virtud de la naturaleza desproporcionada de las nuevas medidas adoptadas .....	33
	(4) Conclusión relativa a los rubros indemnizatorios dispuestos en la Decisión .....	38
IV.	CUESTIONES RESTANTES EN MATERIA DE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS .....	38
	A. El Tax Gross-Up.....	38
	(1) Las Posiciones de las Partes.....	38
	a. La Posición de las Demandantes .....	38
	b. La Posición del Demandado .....	39
	(2) El Análisis del Tribunal .....	39
	B. Intereses .....	40
	(1) Las Posiciones de las Partes.....	40
	a. La Posición de las Demandantes .....	40
	b. La Posición del Demandado .....	41

(2) El Análisis del Tribunal .....	41
C. Costes .....	43
(1) Las Posiciones de las Partes.....	43
a. La Posición de las Demandantes .....	43
b. La Posición del Demandado.....	43
(2) El Análisis del Tribunal .....	43
V. LAUDO.....	47

**TABLA DE TÉRMINOS DEFINIDOS**

Audiencia	Audiencia sobre méritos y jurisdicción, celebrada en París, Francia, los días 15-19 de mayo de 2017
C-[#]	Anexo Demostrativo de las Demandantes
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CL-[#]	Autoridad Legal de las Demandantes
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 18 de marzo de 1965
Decisión	Decisión del Tribunal sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Ciertas Cuestiones de Cuantía, de fecha 30 de diciembre de 2019
Ddo. C-Mem.	Memorial de Contestación sobre Méritos y Memorial sobre Jurisdicción del Demandado, de fecha 20 de mayo de 2016
Ddo. Dúplica	Dúplica sobre Méritos y Réplica sobre Jurisdicción del Demandado, de fecha 19 de enero de 2017
Ddo. Observaciones	Observaciones del Demandado sobre el Informe Conjunto de los Peritos, de fecha 1 de mayo de 2020
Ddo. PHB	Escrito posterior a la Audiencia del Demandado, de fecha 14 de julio de 2017
Ddo. Respuesta	Observaciones de Respuesta del Demandado al Informe Conjunto de los Peritos, de fecha 19 de mayo de 2020
Ddo. Skeleton	Resúmenes de Argumentos del Caso del Demandado, de fecha 5 de mayo de 2017

Dtes. Comentarios	Comentarios de las Demandantes sobre el Informe Conjunto de los Peritos, de fecha 1 de mayo de 2020
Dtes. Dúplica.	Dúplica de los Demandantes sobre Jurisdicción, de fecha 2 de marzo de 2017
Dtes. Mem.	Memorial de los Demandantes sobre Méritos, de fecha 26 de febrero de 2016
Dtes. PHB	Escrito posterior a la Audiencia de las Demandantes de fecha 28 de julio de 2017, modificado el 7 de agosto de 2017
Dtes. Réplica	Réplica de los Demandantes y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de los Demandantes, de fecha 11 de noviembre de 2016
Dtes. Respuesta	Escrito de Respuesta de las Demandantes al Informe Conjunto de los Peritos, de fecha 19 de mayo de 2020
Dtes. Skeleton	Resúmenes de Argumentos de las Demandantes, de fecha 24 de abril de 2017
Peritos	Compass Lexecon y BDO en conjunto.
R-[#]	Anexo Demostrativo del Demandado
RE	Energía Renovable
RfA	Solicitud de Arbitraje de las Demandantes, de fecha 16 de diciembre de 2014
RL-[#]	Autoridad Legal del Demandado
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI de 2006
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía, adoptado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994
TIR	Tasa Interna de Retorno
Tr. Día [#] [Disertante(s)] [página:línea]	Transcripción de la Audiencia

Tribunal	Tribunal de Arbitraje constituido el 4 de noviembre de 2015
----------	---

## I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. El presente caso se refiere a una diferencia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**” o el “**Centro**”) sobre la base del Tratado sobre la Carta de la Energía, que entró en vigor el 16 de abril de 1998 para Alemania y el Reino de España (el “**TCE**” o el “**Tratado**”), y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (el “**Convenio del CIADI**”).
2. Las demandantes son RWE Innogy GmbH (“**RWE**”), sociedad constituida conforme a las leyes de Alemania, y RWE Innogy Aersa S.A.U. (“**RWE Innogy Aersa**”), sociedad constituida conforme a las leyes del Reino de España (en conjunto, las “**Demandantes**”). El demandado es el Reino de España (“**España**” o el “**Demandado**”).
3. Las Demandantes y el Demandado se denominarán, en conjunto, las “**Partes**”. Los representantes de las Partes y sus domicilios se encuentran detallados en la página (i) *supra*.
4. La presente diferencia se relaciona con las medidas implementadas por el Gobierno de España que modificaron el marco regulatorio y económico de los proyectos de energía renovable.
5. Para los antecedentes legales y fácticos del caso, el Tribunal se remite a la sección IV de su Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Ciertas Cuestiones de Cuantía, de fecha 30 de diciembre de 2019 (la “**Decisión**”).

## II. ANTECEDENTES PROCESALES

6. El 30 de diciembre de 2019, el Tribunal emitió su Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Ciertas Cuestiones de Cuantía (la “**Decisión**”). La Decisión se adjunta al presente Laudo, y constituye una parte integral de éste.
7. En la Decisión, el Tribunal se pronunció en los siguientes términos:



*“Por los motivos que anteceden, el Tribunal decide lo siguiente:*

*(1) Que no goza de jurisdicción para dirimir las reclamaciones relativas al incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE con respecto a las dos Medidas Impositivas introducidas por la Ley 15/2012 de 27 de diciembre de 2017, pero que las excepciones jurisdiccionales del Demandado por lo demás se rechazan.*

*(2) Que el Demandado ha incumplido el Artículo 10(1) del TCE (i) en la medida en que ha procurado la restitución por las Demandantes de las sumas que el Demandado había pagado previamente en virtud del régimen vigente con anterioridad a la adopción de las Medidas en Disputa, y (ii) la naturaleza desproporcionada de las nuevas medidas que ha adoptado, específicamente con respecto a Urano, Grisel II, Bancal I y II, Siglos I y II, y Cepeda.*

*(3) Todas las otras reclamaciones y solicitudes de las Partes se rechazan.*

*(4) Se ordena a las Partes a que traten de lograr un acuerdo respecto al monto indemnizatorio que debe pagar el Demandado a las Demandantes con respecto a sus incumplimientos de las obligaciones tal como se identifica en el párrafo (2), de conformidad con las determinaciones del Tribunal. En una primera etapa se invita a las Partes a negociar, a más tardar el **23 de enero de 2020**, un calendario razonable dentro del que deberán tratar de lograr un acuerdo. Si las Partes no lo lograran, dicho calendario será fijado por el Tribunal mediante indicaciones ulteriores.*

*(5) Si las Partes no lograran un acuerdo de conformidad con (4) supra, el Tribunal, previa consulta a las Partes, establecerá un calendario para presentaciones posteriores de las Partes sobre la indemnización que debe pagarse a las Demandantes.*

*(6) La decisión sobre la determinación final de la indemnización se reserva y se determinará en el Laudo, junto con las decisiones del Tribunal sobre intereses, impuestos y costas”<sup>1</sup>.*

8. Para los antecedentes procesales previos, el Tribunal se remite a la sección II de la Decisión.
9. El 6 de febrero de 2020, de conformidad con el subpárrafo 748(4) de la Decisión, y tras la prórroga de dos semanas otorgada por el Tribunal, las Partes comunicaron al Tribunal su consenso respecto del calendario dentro del cual intentar lograr un acuerdo sobre el monto indemnizatorio. Las Partes propusieron hacerlo en la forma de un informe pericial

---

<sup>1</sup> Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Ciertas Cuestiones de Cuantía, 30 de diciembre de 2019 (la “Decisión”), ¶ 748.

conjunto, e incluyeron el calendario propuesto para la elaboración y presentación del informe conjunto de los peritos.

10. Las Partes discreparon de la modalidad de sus eventuales presentaciones (si las hubiere) sobre cuestiones directamente relacionadas con el informe conjunto de los peritos. El 6 de febrero de 2020, las Demandantes expresaron su opinión de que las presentaciones deberían ser simultáneas, en tanto el Demandado afirmó en su comunicación de 13 de febrero de 2020, que deberían presentarse en forma secuencial.
11. El 15 de febrero de 2020, el Tribunal informó a las Partes que las presentaciones indicadas *supra*, si las hubiere, deberían ser simultáneas, con la posibilidad de que las Partes solicitaran la autorización del Tribunal para una ronda de respuesta (simultánea), si resultare necesaria.
12. El 17 de abril de 2020, las Partes proporcionaron al Tribunal el *Informe Conjunto de los Peritos en Respuesta a la Decisión del Tribunal sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Ciertas Cuestiones de Cuantía*, de fecha 16 de abril de 2020 (el “**Informe Conjunto de los Peritos**”). [Traducción del Tribunal]
13. El 1 de mayo de 2020, las Demandantes presentaron Comentarios sobre el Informe Conjunto de los Peritos (“**Dtes. Comentarios**”), conjuntamente con las Autoridades Legales CL-194 a CL-206.
14. Ese mismo día, el Demandado presentó Observaciones sobre el Informe Conjunto de los Peritos (“**Ddo. Observaciones**”), conjuntamente con las Autoridades Legales RL-0101 y RL-0102.
15. El 19 de mayo de 2020, las Demandantes efectuaron sus Presentaciones de Respuesta al Informe Conjunto de los Peritos (“**Dtes. Respuesta**”), conjuntamente con el Anexo Demostrativo C-0347 y las Autoridades Legales CL-0207 y CL-0208.
16. Ese mismo día, el Demandado presentó sus Observaciones de Respuesta al Informe Conjunto de los Peritos (“**Ddo. Respuesta**”).

17. El 20 de mayo de 2020, el Demandado presentó una solicitud “condicional” en el supuesto de que el Tribunal siguiera la “interpretación jurídica alternativa” que sugiriera el Demandado [Traducción del Tribunal], en cuyo caso el Demandado solicita que se le brinde la oportunidad de verificar las nuevas pruebas de las Demandantes y de presentar observaciones sucintas respecto de las cifras presentadas por las Demandantes en su presentación de 19 de mayo de 2020.
18. También el 20 de mayo de 2020, (i) el Tribunal tomó nota de la solicitud del Demandado del mismo día, y observó que la consideraría al analizar las respuestas de las Partes; (ii) las Demandantes presentaron observaciones respecto de la solicitud del Demandado de 20 de mayo de 2020; y (iii) el Tribunal acusó recibo y tomó nota de la comunicación de las Demandantes de 20 de mayo de 2020 en respuesta a la comunicación del Demandado de la misma fecha, y advirtió que el Tribunal consideraría las respectivas comunicaciones de las Partes de 20 de mayo de 2020, si procediera, al analizar las respuestas de las Partes.
19. El 16 de noviembre de 2020, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

### **III. LAS CUESTIONES DE CUANTÍA RESTANTES**

20. El Tribunal hace referencia a los párrafos 685 y 729-747 de la Decisión. Tal como se observara allí, el Tribunal ha determinado la existencia de un incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE en lo que respecta a lo siguiente –
  - i. la devolución de las sumas ya pagadas a las Demandantes en el período comprendido entre la implementación del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014;
  - ii. la desproporcionalidad con respecto a algunas plantas de las Demandantes, a saber, las plantas eólicas Urano, Grisel II, Bancal I y II, Siglos I y II, y la planta hidroeléctrica Cepeda.
21. En cuanto al incumplimiento (i), el Tribunal determinó en el párrafo 731 de la Decisión que “las Demandantes sostienen que debe restituirse una suma de EUR 19,4 millones, lo

cual no se ha objetado. Solo se requiere una verificación y cuantificación exacta de las sumas abonadas”.

22. En cuanto al incumplimiento (ii), el Tribunal determinó en los párrafos 732-746 de la Decisión que ello configura una indemnización con respecto al incumplimiento relativo a los impactos desproporcionados a las plantas Urano, Grisel II, Bancal I y II, Siglos I y II, y Cepeda que el Tribunal debe evaluar, utilizando como base la Tabla 10 del segundo informe de Compass Lexecon y la hoja de cálculo subyacente.
23. En consonancia con la Decisión y las órdenes impartidas por el Tribunal, ahora el Tribunal cuenta con el beneficio del Informe Conjunto de los Peritos y también las presentaciones de las Partes tal como se sintetizarán *infra*.

## **A. LAS POSICIONES DE LAS PARTES**

### **(1) La Posición de las Demandantes**

24. Las Demandantes hacen referencia a los dos rubros indemnizatorios abordados en el Informe Conjunto de los Peritos: (i) el “**Reembolso**”, que definen como la devolución de las sumas ya pagadas a las Demandantes en el período comprendido entre la implementación del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014 (el “**Período Interino**”); y (ii) la reducción de la retribución de las instalaciones de las Demandantes por debajo del umbral de una rentabilidad adecuada. Al hacerlo, abordan asimismo las alternativas planteadas en el Informe Conjunto de los Peritos para cuantificar ambos rubros indemnizatorios.
  - a. *El Reembolso*
25. Las Demandantes recuerdan que el RDL 9/2013 revocó y reemplazó al RD 661/2007, al introducir un nuevo límite “superior” – la “rentabilidad admisible” – que una instalación podría percibir durante la “vida regulatoria” de la planta; los pagos se definieron posteriormente en la Orden IET 1025/2014 (a la que también se hace referencia como la

“Orden Ministerial de junio de 2014”), que resultó aplicable de manera retroactiva al mes de julio de 2013<sup>2</sup>.

26. Según las Demandantes, el Reembolso, o aplicación retroactiva de la Orden IET 1025/2014, implicaba que se les exigía a las plantas “que devolvieran la diferencia entre los pagos percibidos efectivamente desde el mes de julio de 2013 y los pagos que habrían percibido con arreglo a la Orden Ministerial de junio de 2014”<sup>3</sup>. [Traducción del Tribunal]
27. En lo que se refiere al Reembolso, las Demandantes afirman, además, en primer lugar, que el Reembolso constituye una violación del TCE, tal como ha sido determinado no sólo por el presente Tribunal, sino por los tribunales de *RREEF*, *BayWa*, *Watkins*, *PV Investors* y *Hydro Energy* cuando sometieron a consideración las mismas Medidas en Disputa<sup>4</sup>.
28. En segundo lugar, las Demandantes afirman que la obligación de pago del Reembolso se impuso a 21 de las 24 instalaciones de las Demandantes, y no se circunscribió a las 10 plantas de las Demandantes consideradas por el Tribunal en su Decisión. Según las Demandantes, la información relativa a las 10 plantas había sido proporcionada por Compass Lexecon en su Primer Informe, como un ejemplo de las plantas que habían sufrido el Reembolso y que debían efectuar pagos en efectivo a la CNMC<sup>5</sup>.
29. En tercer lugar, las Demandantes aducen además que los daños causados por el Reembolso no se encuentran limitados por la cifra de EUR 19,4 millones, proporcionada por Compass Lexecon sólo con fines ilustrativos. La cifra no pretendió cuantificar el pleno impacto del Reembolso, que se cuantificó en el Informe Conjunto de los Peritos<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 13.

<sup>3</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 16.

<sup>4</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶15-17 (notas al pie omitidas).

<sup>5</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 6, 16, 22.

<sup>6</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 18-24.

30. Las Demandantes observan la discrepancia entre los Peritos respecto de la cuantificación del impacto del Reembolso:
31. Para Compass Lexecon: (i) la Decisión exige la cuantificación de daños con respecto a todas las instalaciones de las Demandantes que debieron restituir sumas ya percibidas conforme al Reembolso; (ii) el Reembolso resultó aplicable a 21 de las 24 plantas de las Demandantes; (iii) aquéllas puestas en servicio con anterioridad al año 2004 (es decir, las 10 plantas de las Demandantes) debían realizar la restitución mediante transferencia de efectivo a la CNMC, en tanto aquéllas puestas en servicio con posterioridad al año 2004 (es decir, las 11 restantes) debían efectuar la restitución a modo de compensación contra ingresos futuros y abonarla en cuotas mensuales; (iv) “ambas formas de restitución son equivalentes: se trata de sumas percibidas que debían reembolsarse” [Traducción del Tribunal]; y (v) en consonancia con la Decisión del Tribunal de que “*las Demandantes tienen derecho al reembolso de todas las sumas abonadas*”, las 21 plantas de las Demandantes deberían ser tomadas en consideración en la cuantificación de daños<sup>7</sup>.
32. Para BDO: (i) sólo deberían considerarse las 10 plantas de las Demandantes que no percibieron el Pago Especial al amparo del Nuevo Régimen. No se les abonaron los pagos pendientes que tenían derecho a percibir por la electricidad que ya habían vendido durante el Período Interino. Dado que España nunca los abonó, ese dinero nunca debió ser reembolsado, estas sumas deberían excluirse de la cuantificación de daños<sup>8</sup>; (ii) otras plantas han afrontado el Reembolso, pero en tanto perciben un Pago Especial, ello les permitirá obtener una rentabilidad razonable antes de impuestos; y (iii) en consecuencia, BDO sólo consideró las 10 plantas de las Demandantes en su análisis de daños<sup>9</sup>.
33. En aras de refutar la posición de BDO, las Demandantes sostienen lo siguiente: (i) en tanto los Peritos coinciden en que el Reembolso resultó aplicable a 21 plantas de las Demandantes y no sólo a 10 de ellas, los daños debieran cuantificarse para las 21 plantas<sup>10</sup>; (ii) la Decisión exigió la cuantificación respecto de “*la devolución de las*

---

<sup>7</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 25-31 (notas al pie omitidas).

<sup>8</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 25, 32.

<sup>9</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 32. Informe Conjunto de los Peritos, ¶¶ 18-20.

<sup>10</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 34.

*sumas ya pagadas a las Demandantes en el período comprendido entre la implementación del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014*”<sup>11</sup>, y efectivamente indicó que los daños por Reembolso deberían circunscribirse a las 10 plantas<sup>12</sup>; (iii) la referencia en la Decisión a la restitución efectuada por las 10 plantas de las Demandantes y el monto relacionado de EUR 19,4 millones, se originó a partir de lo que las Demandantes afirman constituyó un “ejemplo de carácter ilustrativo” proporcionado por Compass Lexecon en su Segundo Informe, y no cuantifica los daños de Reembolso<sup>13</sup> [Traducción del Tribunal]; y (iv) el argumento de BDO de que las 11 plantas continúan percibiendo Pagos Especiales y que podrían obtener una rentabilidad razonable antes de impuestos, no se refiere al primer rubro indemnizatorio relacionado con la cuantificación del Reembolso<sup>14</sup>.

34. En cuanto al argumento del Demandado de que el Reembolso debería circunscribirse a las 10 plantas debido a que (i) constituye “cosa juzgada”, y (ii) que plantear un caso respecto de las 21 plantas resultaría “tardío”, las Demandantes alegan que (i) no tiene sentido sugerir que la verificación y cuantificación que exige la Decisión sean “cosa juzgada” o “tardías” [Traducción del Tribunal]; (ii) las sumas totales han sido verificadas y cuantificadas; (iii) Compass Lexecon ha proporcionado explicaciones en cuanto a las restituciones efectuadas por las 21 plantas; y (iv) los daños resultantes se han cuantificado en el Informe Conjunto de los Peritos<sup>15</sup>.
35. Las Demandantes afirman que el hecho de que España no abonara sumas adeudadas a las Demandantes no la exime de su obligación de pago de daños y perjuicios en virtud del Reembolso<sup>16</sup>. Ésta constituye otra área de disenso entre los Peritos<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Decisión, ¶ 729(i) (énfasis agregado por las Demandantes).

<sup>12</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 35.

<sup>13</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 36.

<sup>14</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 37.

<sup>15</sup> Dtes. Respuesta, ¶¶ 17-21.

<sup>16</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 41-53. Dtes. Respuesta, ¶ 24.

<sup>17</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 41.

36. Las Demandantes explican que el Nuevo Régimen introdujo un sistema de pagos diferidos, según el cual, las sumas adeudadas a las plantas de las Demandantes acumuladas durante el Período Interino, se encontraban sujetas a pagos mensuales parciales determinados por referencia al “*coeficiente de cobertura*” o “*coverage ratio*”<sup>18</sup>.
37. En consecuencia, con anterioridad al mes de junio de 2014, las Demandantes sólo percibieron una parte (60%) de la suma que se les adeudaba por la electricidad producida y vendida durante el Período Interino. Una vez que se aprobó la Orden Ministerial de 2014, “en lugar de pagar la suma restante adeudada a las Demandantes y exigir la restitución de esa suma, España simplemente canceló el pago adeudado a las Demandantes”<sup>19</sup>. [Traducción del Tribunal]
38. Las Demandantes refutan el argumento del Demandado de que “*la restitución como tal no existió*” ya que no existió “*transferencia de dinero [...] al Tesoro español*” [Traducción del Tribunal], y que, por ende, los daños debieran reducirse a cero. Las restituciones implicaban dinero que se les quitó a las Demandantes y se le transfirió al Demandado. El pago se exigía a las plantas, con inclusión de las 10 plantas, en la forma de facturas negativas expedidas a cada planta, que debían liquidarse mediante restituciones efectuadas a la CNMC, una entidad 100% de titularidad de España y bajo su control. Las Demandantes afirman que el total de dichas facturas negativas ascendía a la suma de EUR 31.564.458. Según las Demandantes, el mecanismo de compensación descrito *supra* constituye una forma de pago y una apropiación directa de los ingresos de las Demandantes<sup>20</sup>.
39. Las Demandantes sometieron a consideración del Tribunal la explicación de Compass Lexecon sobre este particular: “[d]esde una perspectiva económica negarles a las Plantas de las Demandantes el derecho al cobro por la energía ya producida y vendida (a crédito del Gobierno) equivale a solicitarles a las Plantas de las Demandantes el

---

<sup>18</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 42-43.

<sup>19</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 45-49. Dtes. Respuesta, ¶ 23.

<sup>20</sup> Dtes. Respuesta, ¶¶ 9-16.



*reembolso de pagos percibidos por la energía ya producida y vendida*”<sup>21</sup>. [Traducción del Tribunal]

**b. Tratamiento Fiscal de la Indemnización por Daños y Perjuicios**

40. Las Demandantes observan que los Peritos disienten de la manera en la cual un ‘escudo fiscal’ que podría resultar de las pérdidas operativas netas, los deterioros de activos, y las depreciaciones de una entidad afectaría la cuantificación de daños de las Demandantes<sup>22</sup>.
41. Compass Lexecon tiene en cuenta el escudo fiscal de las Demandantes – las pérdidas operativas netas, los deterioros, y las depreciaciones reales tal como fueran reportados en las cuentas anuales correspondientes al año 2013 – para determinar la indemnización por daños y perjuicios adeudada a las Demandantes para colocarlas en la posición en la que se habrían encontrado de no haber sido por los incumplimientos del Demandado<sup>23</sup>.
42. BDO, por el contrario, justifica no considerar las obligaciones fiscales del mundo real de las Demandantes que resultarían aplicables en el escenario “contrafáctico” porque en su opinión (i) las pérdidas operativas netas o deterioros de activos no guardan relación alguna con la ejecución del proyecto; y (ii) el escudo fiscal “*no es consistente con los costes de inversión utilizados para calcular las TIR*”<sup>24</sup>. [Traducción del Tribunal]
43. Las Demandantes afirman que la posición de BDO es absurda y no se encuentra sustentada por los siguientes motivos: (i) para la aplicación del escudo fiscal en el mundo real, no es necesario que esté vinculado a la “*ejecución del proyecto*” [Traducción del Tribunal]; y (ii) las TIR que informan las determinaciones del Tribunal en su Decisión se calculan antes de impuestos, y no reflejan las obligaciones fiscales de las Demandantes<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 51.

<sup>22</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 55.

<sup>23</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 61.

<sup>24</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 63-64.

<sup>25</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 64-65.

c. *Sensibilidades Adicionales de los Daños y Perjuicios. Ausencia de Cosa Juzgada*

44. Las Demandantes han incluido dos sensibilidades, que en su opinión “constituyen el único medio de lograr la reparación íntegra consistente con las conclusiones del Tribunal en la Decisión” [Traducción del Tribunal]. Se encuentran incluidas en el Apéndice A del Informe Conjunto de los Peritos<sup>26</sup>.
45. En primer lugar, las Demandantes hacen referencia a la elección del Tribunal de una tasa de rentabilidad antes de impuestos de 7,398% como el marco comparativo para evaluar la proporcionalidad de las Medidas en Disputa. Esta determinación se adoptó sobre la base de una rentabilidad después de impuestos de 7% – determinada como relevante por el Tribunal tras valorar las pruebas obrantes en el expediente<sup>27</sup> - asociada con el régimen tarifario en España para las energías renovables y con la aplicación de un margen de apreciación<sup>28</sup>.
46. Las Demandantes señalan que el Informe Conjunto de los Peritos muestra la diferencia entre la tasa antes de impuestos de 7,398% y la rentabilidad después de impuestos de 7%, y sostienen que el Tribunal debería otorgar la indemnización por daños y perjuicios aplicando una rentabilidad después de impuestos de 7%, aun teniendo en cuenta el margen de apreciación, que el Tribunal determinó que no debería ser particularmente amplio<sup>29</sup>.
47. Las Demandantes sostienen que esto debería estar en consonancia con las determinaciones de los tribunales de *Hydro Energy*, *RREEF*, *NextEra* y *PV Investors* que exigían que España garantizara que los inversores percibirían una tasa de rentabilidad razonable<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 8.

<sup>27</sup> Dtes. Respuesta, ¶ 3.

<sup>28</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 9, 67, 82.

<sup>29</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 9, 67-68, 76, 86.

<sup>30</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 70-75 (notas al pie omitidas).

48. En segundo lugar, las Demandantes también hacen referencia a la elección por parte del Tribunal de “*la tasa de descuento de 7,61% propuesta por las Demandantes*”<sup>31</sup>, arguyendo que debiera aplicarse a los flujos de caja adicionales percibidos por las plantas de las Demandantes para lograr una rentabilidad razonable, y sostienen que se trata de un error involuntario y que la tasa de descuento debería ser el WACC de 6,06%<sup>32</sup>.
49. Las Demandantes refutan el argumento del Demandado de que la rentabilidad mínima y la tasa de descuento adecuadas constituyen cosa juzgada y sólo pueden estar sujetas a revisión hasta el dictado del Laudo. Ello, sobre la base de los siguientes fundamentos: (i) el hecho de no presentar su argumento sobre esta cuestión podría considerarse como una renuncia al amparo de la Regla 27 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, y tal como fuera determinado por el Comité *ad hoc* en el caso *Lemire*, resultaría contrario a la economía procesal y alentaría a que las partes opusieran sus objeciones más adelante a modo de ataque a un laudo desfavorable<sup>33</sup>; (ii) las Demandantes alegan que su único deseo es que los daños resultantes del impacto desproporcionado que las Medidas en Disputa tuvieron en determinadas plantas de las Demandantes, tal como lo determinara el Tribunal, se cuantifiquen correctamente, y sostienen que no desean volver a litigar cuestiones sobre las que el Tribunal ya se pronunció<sup>34</sup>; y (iii) las Demandantes sostienen que “la conclusión del Tribunal respecto de la proporcionalidad no puede considerarse cosa juzgada antes de que se haya realizado la evaluación necesaria” [Traducción del Tribunal], e invocan en sustento la decisión de *RREEF*<sup>35</sup>.
50. Las Demandantes solicitan al Tribunal que otorgue una indemnización por daños y perjuicios en la suma de EUR 60.531.860, sobre la base del (i) cálculo de la

---

<sup>31</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 89, que cita la Decisión, ¶ 744, que a la vez cita Dtes. Mem., ¶ 568, y Compass Report, Tabla 11.

<sup>32</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 89-94.

<sup>33</sup> Dtes. Respuesta, ¶ 5, que cita *Joseph Charles Lemire Joseph Charles Lemire c. República de Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Anulación, 8 de julio de 2013, ¶ 203 (“*Lemire*”) (CL-0207).

<sup>34</sup> Dtes. Respuesta, ¶ 7.

<sup>35</sup> Dtes. Respuesta, ¶ 8, que cita *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, 30 de noviembre de 2018. ¶ 472 (“*RREEF*”) (RL-0099).

indemnización por daños de Compass Lexecon; (ii) una rentabilidad después de impuestos de 7%; y (iii) una tasa de descuento de 6,06%<sup>36</sup>.

51. Alternativamente, las Demandantes proporcionan también otros tres escenarios con el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios de Compass Lexecon en el supuesto de que Tribunal optare por otorgar una indemnización por daños y perjuicios aplicando otras tasas de rentabilidad y descuento:

- a) Indemnización por daños y perjuicios en la suma de EUR 58,55 millones, aplicando una rentabilidad después de impuestos de 7%, y una tasa de descuento de 7,61%;
- b) Indemnización por daños y perjuicios en la suma de EUR 48,55 millones, aplicando una rentabilidad antes de impuestos de 7,398%, y una tasa de descuento de 6,06%; e
- c) Indemnización por daños y perjuicios en la suma de EUR 47,19 millones, aplicando una rentabilidad antes de impuestos de 7,398%, y una tasa de descuento de 7,61%<sup>37</sup>.

## (2) La Posición del Demandado

### a. *La Interpretación Jurídica Alternativa de la Decisión del Tribunal*

52. Según el Demandado “las cuestiones abordadas en la Decisión del Tribunal podrían no haber sido interpretadas de manera precisa por los equipos periciales de las Partes en materia económica”. Ello obedece a que identifican el término *restitución* con el “Reembolso” como el “primer rubro indemnizatorio”<sup>38</sup>. [Traducción del Tribunal]

53. En el supuesto de que el Tribunal no haya considerado esos dos términos como sinónimos, las conclusiones del Informe Conjunto de los Peritos respecto del “primer rubro indemnizatorio” deberían modificarse [Traducción del Tribunal],

---

<sup>36</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 95-96.

<sup>37</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 97.

<sup>38</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 12.

proporcionándole al Tribunal, a petición de este, una tabla que desglose los dos rubros indemnizatorios<sup>39</sup>.

54. El Demandado afirma que las ganancias acumuladas durante el Período Interino se dedujeron de las liquidaciones ulteriores de la CNMC, y que las Demandantes no han aportado pruebas, tales como transferencias electrónicas o recibos bancarios, de que “estas liquidaciones equivalieran a una restitución específica de las plantas a la CNMC”<sup>40</sup>. [Traducción del Tribunal]
55. Pese a su opinión de que la carga de la prueba les corresponde a las Demandantes, el Demandado, a la luz de la insistencia de las Demandantes de que habían existido “*pagos en efectivo*”, solicitó a la CNMC que brindara información respecto de las liquidaciones de las plantas de las Demandantes desde el mes de junio de 2014 en adelante. A partir de un análisis preliminar de los documentos que el Demandado pudo obtener, el Demandado afirma en su Respuesta “que efectivamente pudieron existir algunas restituciones, aunque no está en condiciones de cuantificarlas” [Traducción del Tribunal], y sugiere que el Tribunal ordene a los peritos que analicen las liquidaciones relevantes de la CNMC, que el Demandado podría proporcionar<sup>41</sup>.
56. El Demandado explica además que el saldo de las liquidaciones siempre fue positivo, ya que resultaban aplicables determinadas deducciones, que no podían superar el 50% del monto por pagar<sup>42</sup>.
57. Según el Demandado, si “debiera interpretarse el término *restitución* como una transferencia de dinero de las plantas al Reino de España, el primer rubro indemnizatorio debería reducirse a **cero euros**”<sup>43</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>39</sup> Ddo. Observaciones, ¶¶ 13-14, 28.

<sup>40</sup> Ddo. Observaciones, ¶¶ 17-18. Ddo. Respuesta, ¶ 4.

<sup>41</sup> Ddo. Respuesta, ¶¶ 5-7.

<sup>42</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 19.

<sup>43</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 24.

b. *Reembolso*

58. El Demandado advierte la discrepancia entre los Peritos respecto de la cantidad de plantas sujetas al Reembolso, en donde (i) BDO circunscribe los daños a 10 plantas que ya no perciben subsidios, indicadas por las Demandantes y sujetas a la Decisión del Tribunal; en tanto (ii) la posición de Compass Lexecon es que la indemnización debería incluir a “*todas las plantas sujetas al Reembolso*”<sup>44</sup>. [Traducción del Tribunal]
59. El Demandado asevera además que existe disenso respecto de la interpretación que se le debería dar a la Decisión del Tribunal, lo cual constituye una cuestión jurídica<sup>45</sup>.
60. El Demandado recuerda que el Tribunal rechazó en su Decisión el argumento de las Demandantes respecto de la retroactividad de las Medidas en Disputa, con excepción de las 10 plantas y el presunto pago de EUR 19,4 millones al que se hubieran referido inicialmente las Demandantes, aunque ahora aducen que dicha referencia fue solamente “de carácter ilustrativo” [Traducción del Tribunal]. El Demandado arguye que esta conclusión constituye cosa juzgada y no debiera someterse a debate<sup>46</sup>.
61. El Demandado observa que las Demandantes ahora arguyen que los daños no deberían circunscribirse a las 10 plantas, sino a todas las plantas de las Demandantes que experimentaron un efecto económico similar. Aunque limitan su cálculo a 21 de ellas, excluyendo las tres plantas restantes que percibieron ingresos adicionales, y fueron compensadas durante las liquidaciones ulteriores<sup>47</sup>. El Demandado aduce que ello constituye una inconsistencia adicional, dado que a partir del argumento de las Demandantes parecería que “resulta irrelevante si la liquidación de sumas percibidas se realizó compensando las sumas percibidas contra los ingresos futuros o mediante transferencias en efectivo a la CNMC”<sup>48</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>44</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 30. Ddo. Respuesta, ¶ 10, que cita Dtes. Observaciones, ¶ 40.

<sup>45</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 31.

<sup>46</sup> Ddo. Observaciones, ¶¶ 32-35, 39. Ddo. Respuesta, ¶¶ 12, 16.

<sup>47</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 13.

<sup>48</sup> Ddo. Respuesta, ¶¶ 13-14, que citan Dtes. Observaciones, ¶¶ 28-29.

62. El Demandado arguye lo siguiente: (i) que el Tribunal, haciendo referencia a los EUR 19,4 millones alegados por las Demandantes, sólo ordenó a los Peritos la “*verificación y cuantificación exacta de las sumas abonadas*”; (ii) que la conclusión del Tribunal de que las 10 plantas constituían una excepción a su conclusión general respecto de la retroactividad, no se extiende a las demás plantas y constituye cosa juzgada; (iii) que, en cualquier caso, el nuevo argumento de las Demandantes resulta tardío; (iv) que tal como lo ha explicado BDO, las plantas restantes perciben “*pagos especiales que les permitirán a esas plantas devengar una rentabilidad razonable antes de impuestos*”<sup>49</sup> [Traducción del Tribunal]; y (v) que, en consecuencia, la indemnización debería circunscribirse a las 10 plantas a las que el Tribunal hiciera referencia en su Decisión<sup>50</sup>.

**c. Montos Relacionados con el Coeficiente de Cobertura**

63. El Demandado recuerda que conforme a la Disposición Transitoria Tercera del RDL 9/2013 (ulteriormente, Ley 24/2013), los pagos efectuados revestían el carácter de “*pagos a cuenta*”, donde el monto final que debía abonarse a las plantas se ajustaría de conformidad con el nuevo régimen. En consecuencia, entre los meses de enero y mayo de 2014, las plantas percibieron un porcentaje de las tarifas resultante de la aplicación por parte de la CNMC del “*coeficiente de cobertura*”<sup>51</sup>.

64. El Demandado explica que (i) en pos de determinar la “*cuantificación exacta de las sumas abonadas*”, BDO se refirió a la suma realmente abonada y ulteriormente deducida, en tanto Compass Lexecon consideró las sumas que, en su opinión, *deberían haberse abonado* a las Demandantes<sup>52</sup>; y (ii) que ambos Peritos “*coinciden en que las Demandantes nunca percibieron las sumas relacionadas con el Coeficiente de Cobertura y, en consecuencia, nunca fueron reembolsadas al Demandado*”<sup>53</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>49</sup> Informe Conjunto de los Peritos, ¶ 19.

<sup>50</sup> Ddo. Observaciones, ¶¶ 39-41. Ddo. Respuesta, ¶¶ 15-20.

<sup>51</sup> Ddo. Observaciones, ¶¶ 43-44.

<sup>52</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 45.

<sup>53</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 46. Informe Conjunto de los Peritos, ¶ 31.

65. Según el Demandado, Compass Lexecon hizo referencia en sus cálculos al monto que se habría adeudado entre enero y mayo de 2014 “*ante la ausencia de las Medidas en Disputa*”, cuando el Tribunal solicitó a los peritos que cuantificaran el monto *pagado*<sup>54</sup>. [Traducción del Tribunal]
66. El Demandado menciona el presunto pago diferido de las sumas conforme al Artículo 19 de la Ley 24/2013, señalando que (i) el Tribunal no consideró que dicha disposición fuese contraria a las obligaciones del Demandado en virtud del TCE, por lo cual debería tomarse en cuenta el *coeficiente de cobertura* para los escenarios *real y contrafáctico*; (ii) tras la promulgación de la Ley 24/2013, los pagos mensuales a las plantas se realizaron de conformidad con el “*coeficiente de cobertura*”, sujeto a la existencia de fondos en el Sistema Eléctrico; (iii) las plantas sólo tenían derecho a percibir pagos en virtud del RDL 9/2013, ya que el RD 661/2007 se había derogado; (iv) las plantas recibieron, de manera provisional, “las tarifas que se habrían adeudado conforme al Real Decreto 661/2007 y que debieron cancelarse después de la promulgación de la Orden Ministerial 1045/2014”<sup>55</sup>. [Traducción del Tribunal]
67. Por último, el Demandado señala que los montos por encima del *coeficiente de cobertura* vigente en cada una de las cancelaciones mensuales nunca se pagaron, no estaban sujetos a restitución y no deben ser considerados por el Tribunal bajo el primer rubro indemnizatorio<sup>56</sup>.
68. Como resultado de ello, el Demandado sostiene que el monto de reembolso no debe exceder EUR 14,82 millones<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Ddo. Observaciones, ¶¶ 50, 53.

<sup>55</sup> Ddo. Respuesta, ¶¶ 25-30.

<sup>56</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 34.

<sup>57</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 55. Informe Conjunto, Tabla 3 (“Resumen de montos de reembolso alternativos, expresados en millones de EUR”). El Demandado advierte que esto requeriría que se pague el monto final, aunque ajustado de conformidad con el Informe Conjunto de los Peritos, ¶ 13 (“Los Peritos consideran que, sin perjuicio de los montos que deberían haberse abonado a las Plantas de las Demandantes, ya sea bajo el primer o el segundo rubro indemnizatorio, estos no necesariamente se traducen íntegramente en daños para las Demandantes”). [Traducción del Tribunal]



d. *Montos relacionados con el impuesto a las ganancias*

69. El Demandado también advierte el desacuerdo de los Peritos sobre los datos para calcular el impuesto a las ganancias que debe pagarse en el escenario real y *contrafáctico*: (i) las pérdidas operativas negativas (“NOL”) acumuladas a fines de 2012; (ii) el monto de deterioros durante 2013; y (iii) el monto de depreciación<sup>58</sup>.
70. En tal sentido, el Demandado alega que (i) “la valuación fiscal debe ser coherente con los flujos de caja utilizados para calcular la rentabilidad de las plantas de las Demandantes”<sup>59</sup>; (ii) los datos mencionados “no pueden tomarse en cuenta si no guardan relación alguna con el proyecto o no son coherentes con los datos utilizados para calcular las TIR”<sup>60</sup>. [Traducción del Tribunal]

e. *Cuestiones adicionales sobre daños. Cosa juzgada*

71. El Demandado alude a las “*Cuestiones adicionales sobre daños*” incluidas por Compass Lexecon en el Apéndice A del Informe Conjunto de los Peritos, a saber: (i) una tasa de rentabilidad razonable basada en una cifra de 7% después de impuestos, en lugar de la tasa de 7,398% antes de impuestos elegida por el Tribunal; y (ii) el descuento de daños hasta el 20 de junio de 2014 en el WACC de las Plantas de 6,06%, en lugar del coste del capital de 7,61%<sup>61</sup>.
72. El Demandado asevera que el Tribunal ya resolvió en su Decisión las cuestiones relativas a (i) la tasa de rentabilidad razonable y (ii) la tasa de descuento, que tales conclusiones revisten carácter de *cosa juzgada* y que, por lo tanto, no pueden volver a considerarse<sup>62</sup>.
73. El Demandado, fundándose en *ConocoPhillips, Electrabel y RREEF*,<sup>63</sup> sostiene que (i) las conclusiones del Tribunal en su Decisión constituyen cosa juzgada; (ii) deben

---

<sup>58</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 56. Informe Conjunto de los Peritos, ¶¶ 36-37. Ddo. Respuesta, ¶ 35.

<sup>59</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 57. Informe Conjunto de los Peritos, ¶ 48.

<sup>60</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 58.

<sup>61</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 2.

<sup>62</sup> Ddo. Observaciones, ¶¶ 3-6.

<sup>63</sup> *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. y ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/30, Decisión sobre la solicitud de reconsideración de la Demandada, 10 de marzo de 2014, ¶ 21 (“*ConocoPhillips*”) (RL-0102); *Electrabel S.A. c. Hungría*, Caso CIADI

incorporarse en el Laudo; (iii) no es posible que un tribunal reconsidere las conclusiones a las que arribó en una decisión anterior; y (iv) esas decisiones previas solo pueden estar sujetas a revisión ulterior dentro de los límites de los recursos posteriores al laudo en virtud del Convenio del CIADI<sup>64</sup>.

74. Según el Demandado, las Demandantes se basan en un presunto escudo fiscal, que no guarda relación con la ejecución del proyecto, para evitar la carga tributaria. El Demandado considera que el beneficio de ese escudo fiscal “debería limitarse a esos NOL y deterioros de activos directamente derivados del desempeño operativo de las plantas”<sup>65</sup>. [Traducción del Tribunal]
75. En cuanto a la tasa de rentabilidad razonable, el Demandado recuerda que el Tribunal resolvió en su Decisión que la cifra de 7,398% constituye “una cifra mínima apropiada que protege en contra de una carga excesiva y desproporcionada que se impone sobre inversores como las Demandantes respecto de la necesidad del Demandado de hacer frente al Déficit Tarifario”<sup>66</sup>. Esa decisión, agrega el Demandado, es cosa juzgada y no debería reabrirse el debate sobre esta cuestión<sup>67</sup>.
76. El Demandado sostiene que el petitorio de las Demandantes para que el Tribunal rectifique la cifra de 7,398% es procesalmente inadmisibile, y que sus argumentos son imprecisos y deben desestimarse, con los costes correspondientes atribuidos a las Demandantes<sup>68</sup>.
77. El Demandado alega que el hecho de que las Demandantes se basen en el enfoque adoptado por los tribunales de *NextEra*<sup>69</sup> y *RREEF*<sup>70</sup> con respecto a la tasa de rentabilidad

---

No. ARB 07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, ¶10.1 (“*Electrabel*”) (RL-0002); y *RREEF*, ¶ 209 (RL-0099).

<sup>64</sup> Ddo. Observaciones, ¶¶ 7-8.

<sup>65</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 39.

<sup>66</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 41, que cita la Decisión del Tribunal, ¶ 599(d).

<sup>67</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 44.

<sup>68</sup> Ddo. Respuesta, ¶¶ 45-46.

<sup>69</sup> *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/11, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, 12 de marzo de 2019 (CL-0195).

<sup>70</sup> *RREEF* (CL-0134).

razonable es inapropiado. Si bien el Tribunal conocía las conclusiones de esos tribunales al dictar su Decisión, optó de todos modos por un valor de referencia distinto<sup>71</sup>.

78. Con respecto a si la rentabilidad es apropiada o no y el margen de apreciación que se otorgará al Demandado de conformidad con la Decisión del Tribunal, el Demandado señala que es inapropiado que las Demandantes se basen en los valores de referencia utilizados en *RREEF* y *PV Investors*<sup>7273</sup>.
79. El Demandado critica a las Demandantes por (i) intentar que el Tribunal reconsidere su decisión respecto de la cifra de 7,398% antes de impuestos como tasa de rentabilidad razonable; y (ii) proporcionar nuevos cálculos partiendo del supuesto de que las conclusiones del Tribunal fueron incorrectas; y señala que no es necesario que el Tribunal reconsidere su decisión consciente y fundada en cuanto al valor de referencia que debe aplicarse<sup>74</sup>.
80. El Demandado sostiene, asimismo, que la solicitud de las Demandantes de revisión de la decisión del Tribunal en relación con la tasa de descuento de 7,61% (originalmente propuesta por las Demandantes) que se aplicaría “*con respecto a los flujos de caja que se habrían obtenido solo en el futuro*”<sup>75</sup> es inadmisibles desde el punto de vista procesal y errónea desde el punto de vista económico<sup>76</sup>.

## **B. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

### **(1) Cosa juzgada**

81. Dada su potencial importancia para ambos rubros indemnizatorios solicitados, el Tribunal considera primero los argumentos de las Partes sobre el efecto de cosa juzgada (según corresponda) de la Decisión.

---

<sup>71</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 47.

<sup>72</sup> *PV Investors c. Reino de España*, Caso CPA No. 2012-2014, Laudo Final, 28 de febrero de 2020.

<sup>73</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 48.

<sup>74</sup> Ddo. Respuesta, ¶¶ 50-51.

<sup>75</sup> Decisión del Tribunal, ¶ 744.

<sup>76</sup> Ddo. Respuesta, ¶¶ 52, 54-55.

82. Tal como se señalara *supra*, la postura del Demandado, en referencia a las decisiones de *ConocoPhillips, Electrabel y RREEF*, se basa en la premisa de que el principio de cosa juzgada rige para la Decisión y, por consiguiente, el Tribunal no puede volver a analizar cuestiones sobre las que ya se pronunció<sup>77</sup>. Las Demandantes plantean tres argumentos al respecto.
83. Como cuestión inicial, las Demandantes señalan, en referencia a *Lemire c. Ucrania*, que probablemente se vean obligadas a oponerse a los términos y el contenido de la Decisión ahora para evitar una conclusión ulterior (en una instancia de anulación) de que habían realizado algún tipo de renuncia<sup>78</sup>. Sin embargo, el Tribunal advierte que *Lemire* versaba sobre una serie de presuntas inobservancias procesales que, según el comité de anulación, podrían y deberían haberse planteado antes del procedimiento de anulación, de modo de evitar una renuncia conforme a la Regla 27 de las Reglas de Arbitraje del CIADI<sup>79</sup>. La situación en el presente procedimiento no es comparable. No hay indicios de que el Tribunal hubiese incurrido en irregularidades procesales en su Decisión y la Regla 27 no aplica. Fue sólo en ese contexto que el comité de anulación de *Lemire* mostró interés en la economía procesal y resolvió que, si no había renunciado, “*significaba que la Demandada se reservaba esa irregularidad procesal como futura munición contra un posible laudo desfavorable*”<sup>80</sup>. [Traducción del Tribunal]
84. Las Demandantes también aseveran que en el presente caso existe una interacción inevitable entre responsabilidad y cuantificación de daños y que, de conformidad con *RREEF c. España*, la determinación de los daños debe informar la conclusión sobre proporcionalidad, de modo tal que esta última no se considere cosa juzgada antes de realizar el cálculo de daños necesario<sup>81</sup>. Esto es erróneo. El párrafo citado en *RREEF* tiene que ver con esa conclusión del tribunal de que “*estaría en condiciones de determinar si las medidas adoptadas por el Demandado han tenido un impacto negativo*

---

<sup>77</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 7.

<sup>78</sup> Dtes. Respuesta, ¶¶ 5-6.

<sup>79</sup> *Lemire*, ¶ 203.

<sup>80</sup> *Lemire*, ¶ 216; cf. Dtes. Respuesta, ¶ 6.

<sup>81</sup> Dtes. Respuesta, ¶ 8, que hace referencia a *RREEF*, ¶ 472 (RL-0099).

*en la expectativa legítima de rentabilidad razonable de las Demandantes recién después de evaluar la pérdida sufrida por ellas, en vista de todos los elementos pertinentes*”<sup>82</sup> [Traducción del Tribunal]. Por lo tanto, el pasaje citado da lugar a conclusiones específicas sobre la existencia de una expectativa legítima a una rentabilidad razonable a las que el Tribunal no arribó. Este Tribunal no considera que el tribunal de *RREEF* haya tenido la intención de reflejar un principio general de que la valoración de la proporcionalidad debe aguardar la consideración detallada de los daños que forma parte de una fase de cuantificación. Todo dependerá de cada caso específico. En el presente caso, el Tribunal ya se pronunció sobre desproporcionalidad.

85. En cuanto al efecto de cosa juzgada más concretamente, las Demandantes no dicen que las decisiones de los casos que cita el Demandado (*ConocoPhillips*, *Electrabel* y *RREEF*) sean erróneas, sino que consideran que son casos limitados. Según las Demandantes, estos casos “*se refieren a la posibilidad de reconsiderar una decisión sobre jurisdicción o derecho aplicable*”, mientras que, en cambio, las Demandantes “*no tienen intenciones de impugnar las decisiones del Tribunal sobre estas cuestiones o volver a litigar una cuestión sobre la que el Tribunal ya se pronunció*”<sup>83</sup>. [Traducción del Tribunal]
86. Si bien la conclusión sobre cosa juzgada en *RREEF* puede considerarse limitada del modo que alegan las Demandantes<sup>84</sup>, el Tribunal no considera que el análisis o la conclusión sobre cosa juzgada en *ConocoPhillips* se limite a cuestiones de jurisdicción o derecho aplicable. Esa decisión de *ConocoPhillips* hacía referencia al carácter de cosa juzgada de una serie de determinaciones tomadas en una Decisión sobre Jurisdicción y Fondo de fecha 3 de septiembre de 2013, en la que se resolvieron varias cuestiones, entre otras, la aceptación y el rechazo de diversas reclamaciones de violaciones de un tratado. Todas las determinaciones, sin distinción en cuanto a jurisdicción o responsabilidad, se consideraron cosa juzgada. En referencia al caso *Electrabel*, el tribunal señaló en un pasaje que cita tanto el Demandado como las Demandantes:

---

<sup>82</sup> *RREEF*, ¶ 472 (RL-0099).

<sup>83</sup> Dtes. Respuesta, ¶ 7.

<sup>84</sup> *RREEF*, ¶ 209 (CL-0134).

“Según la práctica, estas decisiones [siete determinaciones sobre jurisdicción y responsabilidad incluidas en la Decisión de 3 de septiembre de 2013 sobre Jurisdicción y Fondo] deben incorporarse al Laudo. Tanto en teoría como en la práctica es aceptado que aquellas decisiones que resuelven cuestiones controvertidas entre las Partes tienen efecto de cosa juzgada. ‘Son de naturaleza definitiva, y no pueden ser objeto de reconsideración por las Partes o por el Tribunal en ninguna etapa ulterior del arbitraje’”<sup>85</sup>.

87. Luego, el tribunal explicó por qué no era posible llegar a otra conclusión en referencia al Convenio o a las Reglas de Arbitraje:

¿Llevan las disposiciones del Convenio y las Reglas citadas por la Demandada a un resultado diferente a esta conclusión? El Tribunal considera que no, por dos motivos. En primer lugar, estas disposiciones se refieren a cuestiones procesales. El Artículo 44 del Convenio del CIADI establece expresamente las facultades del tribunal de resolver cuestiones procesales no reguladas por el Convenio o las Reglas de Arbitraje, y la Regla 38(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI tiene un alcance mucho más limitado. Su naturaleza esencialmente procesal surge de los casos citados por la Demandada. Los relativos al Artículo 44 estaban relacionados con suspensiones, autorización de presentaciones *amicus curiae* y participación de los representantes legales. Con frecuencia se sostiene que el objeto del Artículo 44 es el de permitir que se subsanen lagunas procesales. No se le puede interpretar de modo tal de conferir una amplia facultad de decisión sustantiva no explícitamente otorgada.

Del carácter de subsanación de lagunas de esta disposición surge el segundo motivo por el cual el Tribunal concluye que estas normas procesales no pueden dar origen a una facultad de reconsideración. La estructura general y las normas detalladas del Convenio del CIADI fueron diseñadas claramente para permitir la revisión o recursos respecto de las decisiones de un tribunal solo después del dictado del Laudo. No hay ninguna laguna que se pueda subsanar mediante la facultad que aquí se propone. La Sección 3 de la Parte IV del Convenio del CIADI establece las Facultades y Funciones del Tribunal, y ninguna de estas disposiciones siquiera sugiere una facultad de esa naturaleza. La Sección 4 se refiere sucintamente al Laudo en sí mismo. Y en la Sección 5, se confiere al Tribunal la facultad de interpretar y revisar el Laudo, y a un Comité *ad hoc* la facultad de anular el Laudo con base en determinados fundamentos. Ésas son las únicas formas en las que se pueden cuestionar, modificar o desestimar decisiones como la de septiembre de 2013. Naturalmente, estos recursos posteriores al laudo se encuentran a disposición de ambas Partes. Estas normas y esa estructura excluyen la posibilidad de interpretar el Convenio de modo tal que confiera al Tribunal las facultades de reconsideración propuestas. Esta interpretación del Convenio se ve también

---

<sup>85</sup> *ConocoPhillips*, ¶ 21 (RL-0102).

ratificada por los antecedentes de su redacción mencionados supra (párrafo 18)”<sup>86</sup>.

88. No se cuestiona ni esta conclusión ni el razonamiento subyacente. Además, la conclusión y el razonamiento subyacente tampoco pueden considerarse limitados a la posibilidad de reconsiderar una decisión sobre jurisdicción o una conclusión sobre derecho aplicable. Por ende, debemos preguntarnos si las Demandantes tienen razón al afirmar que “*no tienen intenciones de... volver a litigar una cuestión sobre la que el Tribunal ya se pronunció*”<sup>87</sup> [Traducción del Tribunal]. Ese interrogante se considera apropiado por referencia a los rubros de reclamaciones individuales en las secciones (2) y (3) *infra*.
89. En aras de la completitud, el Tribunal advierte que, en el pasaje de *Electrabel* que cita el Demandado<sup>88</sup>, el tribunal manifestó su intención de que la decisión que estaba por tomar fuera “*definitiva*” y no hizo referencia a cosa juzgada. En el régimen que establece el Convenio del CIADI, esto puede considerarse una caracterización más precisa. Según el análisis realizado en *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania (TANESCO)*:

“[313] Las decisiones de los tribunales son, desde luego, vinculantes en el marco del procedimiento, pero esto no las convierte en cosa juzgada. Esto ocurre con las resoluciones procesales y las medidas provisionales, tal como se señalara anteriormente. Una característica esencial de la cosa juzgada es que la sentencia en cuestión produce efecto sobre las partes fuera del procedimiento en el que se dicta. Sin embargo, las decisiones de los tribunales solo producen efecto dentro del procedimiento hasta que se incorporan en el laudo final.

[314] Esta conclusión se encuentra ratificada por la estructura y arquitectura del propio Convenio del CIADI. Los Estados Contratantes tienen la obligación de reconocer al laudo carácter obligatorio (Art. 54(1)); el reconocimiento y la ejecución se contemplan sólo con respecto al laudo

---

<sup>86</sup> *Id.*, ¶¶ 22-23.

<sup>87</sup> Dtes. Respuesta, ¶ 7.

<sup>88</sup> Ddo. Observaciones, ¶ 7, que hace referencia a *Electrabel*, ¶ 10.1 (RL-0002): “Esta Decisión se dicta sólo con respecto a la primera fase de este procedimiento de arbitraje, en relación con cuestiones actuales de jurisdicción y responsabilidad, y no con respecto a cuestiones de cuantificación de daños (incluso intereses). Si bien necesariamente se describe como “Decisión” y no como “Laudo” conforme al Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI, es intención del Tribunal que las diversas decisiones y razonamientos contenidos en esta Decisión tengan carácter definitivo y no estén sujetas a reconsideración por las Partes o el Tribunal en ninguna fase ulterior de este procedimiento de arbitraje”. [Traducción del Tribunal]

(Art. 54(2)); sólo los laudos se pueden impugnar a través de un procedimiento de anulación (Art. 52). A partir de estas disposiciones, se puede concluir que sólo los Estados Contratantes que sean parte del procedimiento están obligados a reconocer carácter vinculante a las decisiones del tribunal. Por lo tanto, las decisiones no pueden tener consecuencias jurídicas fuera del ámbito del procedimiento del CIADI en el cual se emiten (es decir, no pueden reconocerse, ejecutarse o impugnarse mediante anulación). De hecho, si las decisiones tuvieran efecto de cosa juzgada antes de incorporarse en el laudo final, el requisito de incorporación en el laudo final conforme al Artículo 48(3) sería redundante. ...

[318] El Tribunal considera que es incorrecto caracterizar las decisiones de los tribunales del CIADI, por oposición a sus laudos, como cosa juzgada. Son vinculantes dentro del ámbito del procedimiento, pero no imponen obligaciones a las partes u otros Estados Contratantes fuera de dicho procedimiento, como es el caso de los laudos que tienen efecto de cosa juzgada”<sup>89</sup>. [Traducción del Tribunal]

90. Por ello, las determinaciones anteriores como las de la Decisión se considerarían vinculantes para las Partes, pero no cosa juzgada como tal. Esto no quiere decir que tales determinaciones pudieran reconsiderarse a voluntad: siguen siendo vinculantes para las Partes. Además, tal como explicara el tribunal de *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, que avaló el enfoque del tribunal del caso *Standard Chartered Bank*:

“En palabras del segundo tribunal del caso *Amco Asia*, el enfoque se expone como principio general: ‘que un derecho, una cuestión o un hecho planteado en forma independiente y resuelto en forma independiente no puede cuestionarse’. Cualquiera que sea la justificación, estos tribunales expresan la opinión de que, en principio, una cuestión resuelta una vez en el curso de un arbitraje no debería retomarse en el marco del mismo procedimiento. Sin perjuicio de la cosa juzgada, fundamento de esta opinión resulta evidente: una visión contraria frustraría el propósito del arreglo eficaz de diferencias, lo que supondría la relitigación constante de cuestiones ya resueltas, con consecuencias adversas inevitables en términos de costos más elevados y procedimientos más extensos. Asimismo, la posibilidad de relitigar cuestiones pondría en peligro la seguridad jurídica y, en definitiva, menoscabaría la confianza de los usuarios en el sistema”<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania (TANESCO)*, Caso CIADI No. ARB/10/20, Laudo, 12 de septiembre de 2016, ¶¶ 312-313, 318 (“*TANESCO*”). Véase también *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Reconsideración y Laudo, 7 de febrero de 2017, ¶¶ 86-89 (“*Burlington*”).

<sup>90</sup> *Burlington*, ¶ 91.



91. El Tribunal no ha sido remitido a los casos *Standard Chartered Bank y Burlington Resources* y, en el presente caso, no considera que sea importante ese enfoque ligeramente distinto adoptado en tales casos. Si bien el Tribunal advierte la conclusión de los tribunales de *Standard Chartered Bank y Burlington Resources* de que puede resultar conveniente para un tribunal del CIADI reabrir una decisión en circunstancias excepcionales tales como, por analogía, cuando las circunstancias justifican la revisión conforme al Artículo 51 del Convenio<sup>91</sup>, no se presentaron ese tipo de circunstancias ante este Tribunal.

**(2) La determinación del Tribunal con respecto a la restitución de las sumas ya abonadas a las Demandantes en el período entre la adopción del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014**

92. Las Partes tienen visiones opuestas en cuanto qué decidió el Tribunal con respecto a la restitución de las sumas ya abonadas a las Demandantes en el período entre la adopción del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014. Corresponde para empezar, analizar la parte dispositiva de la Decisión, en la cual el Tribunal manifestó que:

“el Demandado ha incumplido el Artículo 10(1) del TCE (i) en la medida en que ha procurado la restitución por las Demandantes de las sumas que el Demandado había pagado previamente en virtud del régimen vigente con anterioridad a la adopción de las Medidas en Disputa; ...”<sup>92</sup>.

93. En línea con el principio básico, esto debe interpretarse siguiendo el razonamiento del Tribunal sobre este punto. En este sentido, en los párrafos 620-621 de la Decisión, el Tribunal resolvió:

“Respecto de la alegación de que se abonaron EUR 19,4 millones por parte de las diez plantas que no han percibido el Pago Especial al amparo del nuevo régimen durante el período comprendido entre la adopción del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014, y que dicho importe debía ser reembolsado subsiguientemente, el Tribunal considera que ello pertenece a otra cuestión. Dicha alegación fue presentada en la Réplica y en los alegatos de apertura y clausura, mientras que la única respuesta ha sido aceptar el principio de que no podría haber recuperado de importes previamente abonados. A saber:

---

<sup>91</sup> *TANESCO*, ¶¶ 319-322; *Burlington*, ¶¶ 92-106.

<sup>92</sup> Véase Decisión, ¶ 748(2).

‘Por último, habría una retroactividad prohibida en el ámbito del derecho internacional, que es el haber reclamado derechos adquiridos, es decir, las primas que hubieran cobrado excesivas. No se han reclamado ni se van a reclamar nunca bajo ningún concepto por ley.

Y si se hace, se podrá impugnar ante el Tribunal Supremo y se podrán recuperar’.

El Tribunal considera efectivamente que la exigencia por parte del Demandado del repago de los importes ya abonados - incluso los correspondientes al período comprendido entre la adopción del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014, constituiría una subversión del régimen jurídico anterior, y el incumplimiento del estándar de TJE contemplado en el Artículo 10(1). Sin embargo, las Demandantes señalan que se debía reembolsar la suma de EUR 19,4 millones. Este hecho no ha sido impugnado. Se deduce que, sujeto a la verificación y cuantificación precisa del importe abonado, ha habido incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE, y las Demandantes tienen derecho al reembolso de todas las sumas abonadas”.

94. A esta conclusión hizo referencia el Tribunal en los párrafos 729(i) y 731 de la Decisión, cuando señaló:

“(…) El Tribunal ha determinado la existencia de un incumplimiento del Artículo 10(1), pero este incumplimiento solo afecta a lo siguiente—

- (i) la devolución de las sumas ya pagadas a las Demandantes en el período comprendido entre la implementación del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014; (…)

En cuanto al incumplimiento (i) identificado *supra*, las Demandantes sostienen que debe restituirse una suma de EUR 19,4 millones, lo cual no se ha objetado. Solo se requiere una verificación y cuantificación exacta de las sumas abonadas”.

95. El razonamiento en los párrafos 620-621 se refiere a una afirmación específica de las Demandantes: que se abonaron EUR 19,4 millones por parte de las diez plantas que no han percibido el Pago Especial al amparo del nuevo régimen durante el período comprendido entre la adopción del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014, y que dicho importe debía ser reembolsado subsiguientemente. Así lo confirman las referencias que mencionó el Tribunal en una nota al pie en el párrafo 604 (nota al pie 728), es decir, la Réplica de las Demandantes, párrafo 478, que, a su vez, hace referencia al Segundo Informe de Compass Lexecon, párrafo 149. Ambos aluden a las 10 plantas que ya no

reciben ningún ‘pago especial’ y a los EUR 19,4 millones que supuestamente debían devolverse respecto de dichas plantas. En esta nota al pie, el Tribunal también hizo referencia al alegato de apertura de las Demandantes del Día 1/146 con respecto a esta suma de EUR 19,4 millones (es decir, con respecto a las 10 plantas únicamente), a saber:

“La Orden de junio de 2014 que establece los detalles se aplica como si hubiera estado vigente desde julio de 2013. Por eso, independientemente de cómo se defina el término “retroactivo”, creo que probablemente eso encaja en cualquier definición. Y esto obligó a RWE a devolver unos 19 millones en concepto de ingresos, EUR 19,4 millones de ingresos, porque siguieron pagando en virtud del 661 en ese período de incertidumbre y luego, cuando apareció la Orden, se la trató como si hubiera estado vigente desde julio de 2013, obviamente con un recorte importante, y RWE tuvo que abonar, solo por ese período de 11 meses, EUR 19,4 millones. Esto se puede ver en el segundo informe de Compass, párrafo 149”. [Traducción del Tribunal]

96. El Tribunal falló a favor de las Demandantes por lo que se refiere a una afirmación específica acerca de la supuesta devolución de EUR 19,4 millones con respecto a las 10 plantas, que el Tribunal consideró que no había sido cuestionada por el Demandado. De ello se desprende que la determinación en el párrafo 748(2) de la Decisión es limitada en este sentido. Está claro que, dado que la supuesta cifra de EUR 19,4 millones aún no había estado sujeta a verificación y cuantificación precisa, se omitió de la parte dispositiva. No hay fundamentos para reabrir esta determinación. No fue motivada por un error de hecho sino por el argumento de las Demandantes, que –como es comprensible– hizo hincapié en las 10 plantas que ya no recibían un pago especial conforme al Nuevo Régimen y que incluso se veían obligadas (supuestamente) a devolver ciertas sumas recibidas. El uso de la cifra de EUR 19,4 millones por parte de las Demandantes no fue meramente ilustrativo y no se interpretó como tal<sup>93</sup>. Además, en el contexto de la pregunta de si había habido cierta forma de cambio absoluto e irrazonable, o subversión, del régimen jurídico<sup>94</sup>, el enfoque específico del Tribunal en estas 10 plantas –que no iban a beneficiarse con el Nuevo Régimen y encima se vieron

---

<sup>93</sup> Cf. Dtes. Comentarios, ¶ 36.

<sup>94</sup> Véase Decisión, ¶ 610.

obligadas a devolver sumas recibidas en virtud del régimen anterior– no podía en modo alguno considerarse accidental<sup>95</sup>.

97. La única cuestión que queda pendiente en la Decisión es precisamente qué sumas (en su caso) devolvieron las Demandantes con respecto a estas 10 plantas.
98. Al respecto, es bien sabido que, durante el período comprendido entre la adopción del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014, las 10 plantas recibieron pagos de conformidad con el Régimen Especial anterior (establecido mediante RD 661/2007). En el período posterior a la Orden IET 1025/2014, España emitió las denominadas facturas negativas<sup>96</sup> y recuperó ciertas sumas que había pagado tras deducirlas de montos adeudados en concepto de electricidad generada por las 10 plantas. Tal como explicaran las Demandantes:

“Así, se emitieron facturas negativas a las plantas de las Demandantes por la suma total de EUR 31.564.458. Esta cifra coincide con el monto de reembolso pagadero, que excluye el impacto del coeficiente de cobertura calculado por BDO y Compass Lexecon y especificado en la Tabla 3 del Informe Conjunto.

Las facturas negativas emitidas a cada una de las plantas tuvieron que cancelarse mediante pagos realizados a la CNMC. La transferencia de dinero a la CNMC fue realizada por la CNMC que se apropió del dinero que las plantas tenían derecho a cobrar por la venta de electricidad generada durante los meses siguientes a junio de 2014. Esto se aplicó incluso a las 10 plantas que ya no tenían derecho a percibir incentivo alguno conforme al Nuevo Régimen. No hay dudas de que las centrales eléctricas en España tienen derecho a cobrar por la electricidad que venden a precio de mercado en el mercado libre. Sin embargo, en lugar de permitir que las 10 plantas contaran con el dinero correspondiente por la electricidad vendida, la CNMC se apropió de hasta la mitad de los ingresos mensuales de las Demandantes para cumplir con la obligación de pago impuesta por el Nuevo Régimen”<sup>97</sup>.  
[Traducción del Tribunal]

---

<sup>95</sup> El enfoque de los tribunales en *RREEF* y otros casos frente a alegaciones de retroactividad inadmisibles con respecto a otras reclamaciones sobre el RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014 carece de relevancia para la cuestión de qué resolvió el Tribunal en la Decisión. Cf. Dtes. Comentarios, ¶ 15. Además, tal como señalara correctamente el Demandado, el Tribunal manifestó en la nota al pie 751 de la Decisión que su conclusión sobre retroactividad difería de la conclusión a la que se arribó en *RREEF*, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, ¶¶ 326-329 (RL-0099).

<sup>96</sup> C-0347.

<sup>97</sup> Dtes. Respuesta, ¶¶ 14-15 (notas al pie omitidas).

99. El Tribunal no tiene dudas de que esto fue un modo de “procurar la restitución”<sup>98</sup> (ya que, de hecho, coincide con el enfoque de los peritos de ambas Partes en el Informe Conjunto de los Peritos). Es indistinto que “las plantas no hubieran tenido que transferir dinero al Demandado”<sup>99</sup>. Teniendo en cuenta la realidad económica y, más importante aún, lo que ordenó el Tribunal, es posible procurar la restitución de las sumas tanto deduciéndolas de las deudas impagas como exigiendo el pago por transferencia, y la denominada “interpretación legal alternativa de la Decisión del Tribunal”<sup>100</sup> que propone el Demandado puede desestimarse rápidamente. Es contradictoria tanto con el enfoque del propio perito del Demandado como con el significado claro de la parte dispositiva de la Decisión. [Traducción del Tribunal]
100. El Tribunal advierte que el Demandado ha alegado que las cifras que proporcionan las Demandantes en el párrafo 13 de su Respuesta y las denominadas facturas negativas fueron introducidas por las Demandantes sin autorización, y ha solicitado “que, si el Tribunal se inclina por la *interpretación legal alternativa* propuesta por el Reino de España, el Demandado tenga la oportunidad de verificar las nuevas pruebas de las Demandantes y presentar breves observaciones sobre las cifras que indicaron las Demandantes en la presentación de ayer”<sup>101</sup> [Traducción del Tribunal]. Conforme se desprende de lo antedicho, el Tribunal no se inclina a ello, ni acepta el alegato sobre la presentación no autorizada de las cifras y las facturas. En sus Observaciones, el Demandado aseveró que no hubo ninguna restitución (señaló expresamente en la nota al pie 21 que no se oponía a que las Demandantes presentaran constancias de presuntos pagos). Las Demandantes presentaron las llamadas facturas negativas junto con su Respuesta como prueba de que intimó a las plantas a que pagaran<sup>102</sup>. No ha habido ninguna objeción formal a la admisión de estas facturas en el expediente del presente arbitraje, y cualquier objeción en tal sentido habría sido insostenible porque (i) las facturas se presentaron en respuesta a una postura adoptada por el Demandado en sus

---

<sup>98</sup> Véase Decisión, ¶ 748(2).

<sup>99</sup> Cf. Ddo. Observaciones, ¶ 18.

<sup>100</sup> Ddo. Observaciones, sección III.

<sup>101</sup> Véase el correo electrónico del Demandado de fecha 20 de mayo de 2020.

<sup>102</sup> Dtes. Respuesta, ¶ 13.

Observaciones y (ii) las Demandantes afirman, y el Tribunal acepta, que los peritos de las Partes se valieron de las facturas para preparar el Informe Conjunto de los Peritos y que las cifras del párrafo 13 de la Respuesta de las Demandantes están incluidas en el modelo de Informe<sup>103</sup>.

101. En cualquier caso, el Demandado acepta que dedujo las sumas controvertidas en la fuente<sup>104</sup>, y las sumas respecto de las cuales se procuró la restitución han sido verificadas y cuantificadas en el Informe Conjunto de los Peritos.
102. La última cuestión que debe considerarse bajo este título se refiere a los montos vinculados al denominado coeficiente de cobertura. El funcionamiento del coeficiente de cobertura se explica en los párrafos 22-23 del Informe Conjunto de los Peritos en los siguientes términos:

“Luego de la promulgación de la Ley del Sector Eléctrico de 2013 (Artículo 19), en el año 2014, se introdujo un sistema de pago diferido en virtud del cual los ingresos devengados por los productores de fuentes de energías renovables (FER), incluidas todas las Plantas de las Demandantes, recibirían pagos de manera gradual y con demora en lugar de a requerimiento. De conformidad con este sistema, los ingresos regulados devengados en un mes se perciben en cuotas mensuales consecutivas. El monto de los ingresos devengados pagados hasta cualquier momento determinado en el tiempo es fijado por el denominado “coeficiente de cobertura”. El coeficiente de cobertura se calcula todos los meses como el coeficiente de los costes acumulados y los ingresos acumulados del Sistema Eléctrico Español (SEE) durante el año. Este coeficiente refleja que existe un desfase entre el momento en que se devengan los ingresos regulados del SEE y el momento en que dichos ingresos son cobrados por el SEE. Durante un año, a medida que el SEE cobra los ingresos, el coeficiente de cobertura se incrementa y finalmente alcanza el 100% (en ese momento en el tiempo, los productores de FER terminan de cobrar el 100% de sus ingresos devengados).

En el momento en que se calcularon los montos en concepto de reembolso, el mes de junio de 2014, el coeficiente de cobertura era de 60%. Esto significa que los productores de FER, incluidas las Plantas de las Demandantes, habían percibido solo el 60% de los ingresos regulados que habían devengado entre los meses de enero y mayo de 2014 (ambos inclusive)”. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>103</sup> Véase el correo electrónico de las Demandantes de fecha 20 de mayo de 2020.

<sup>104</sup> Cf. Ddo. Observaciones, ¶ 18.

103. Por ende, el eje de la queja de las Demandantes es que, “en el mes de junio de 2014, el pago diferido fue cancelado, y las Demandantes nunca recibieron los montos que se les adeudaban. ... En esencia, mediante la Orden de junio de 2014, España canceló unilateralmente una deuda que se había cristalizado y debía pagarse a las Demandantes en contraprestación de la energía eléctrica que las plantas de las Demandantes ya habían producido y vendido”<sup>105</sup>. [Traducción del Tribunal]
104. Sin embargo, tal como señala correctamente el Demandado, “ambas Partes coinciden en que las Demandantes nunca percibieron los montos vinculados al coeficiente de cobertura y, en consecuencia, aquéllos nunca les fueron devueltos al Demandado”<sup>106</sup> [Traducción del Tribunal]. Por definición, dichos montos, a saber, montos supuestamente exigibles que nunca les fueron pagados a las plantas de las Demandantes, se encuentran fuera del alcance del recupero tal como se define en el párrafo 748(2) de la Decisión, que alude a “la restitución [procurada] por las Demandantes de las sumas que el Demandado había pagado previamente en virtud del régimen vigente con anterioridad a la adopción de las Medidas en Disputa”. Como cuestión adicional y separada, la descripción por parte de las Demandantes de los pagos diferidos como una deuda cristalizada parece muy cuestionable a la luz del hecho de que los pagos correspondientes a este período se realizaron de todos modos a cuenta con arreglo a la Disposición Transitoria Tercera del RDL 9/2013<sup>107</sup>.
105. Por consiguiente, las Demandantes sólo tienen derecho a recuperar con respecto a la restitución de las sumas efectivamente pagadas en primer lugar y sólo en cuanto a las 10 plantas. Los Peritos han calculado este monto en EUR 14,82 millones<sup>108</sup>. Tal como explicaron los Peritos, no obstante, ésta no es la suma que debe otorgarse en concepto de daños y perjuicios, puesto que resulta necesario considerar el enfoque correcto en materia

---

<sup>105</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 48-49.

<sup>106</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 32.

<sup>107</sup> Ddo. Respuesta, ¶¶ 26-27; **R-0095**.

<sup>108</sup> Véase Informe Conjunto de los Peritos, Tabla 3.

de tributación y el valor del dinero en el tiempo<sup>109</sup>. Estos asuntos se consideran conjuntamente con las cuestiones incluidas en el segundo rubro indemnizatorio.

**(3) Daños resultantes de la determinación de incumplimiento en virtud de la naturaleza desproporcionada de las nuevas medidas adoptadas**

106. Cabe recordar que el Tribunal determinó que hubo un incumplimiento del Artículo 10 del TCE en virtud de la naturaleza desproporcionada de las nuevas medidas adoptadas por el Demandado, específicamente con respecto a algunas de las plantas de las Demandantes, a saber, las plantas eólicas Urano, Grisel II, Bancal I y II, y Siglos I y II, así como la planta hidroeléctrica Cepeda. Surgen tres cuestiones (dos de las cuales también se refieren a la indemnización por los daños y perjuicios que debe otorgarse con respecto a la restitución procurada).
107. La primera cuestión se relaciona con el tratamiento fiscal, esto es, un presunto “escudo fiscal” que, según las Demandantes y su perito (Compass Lexecon), existía gracias a la desgravación de las pérdidas operativas netas, los deterioros de activos y la depreciación.
108. Existe cierta coincidencia respecto de esta cuestión. Ambas Partes aceptan que los impuestos aplicables deben tenerse en cuenta de manera que la suma otorgada en concepto de daños y perjuicios sea neta de dichos impuestos, y ambas Partes aceptan la disponibilidad en principio de un escudo fiscal que comprende las pérdidas operativas netas, los deterioros de activos y la depreciación<sup>110</sup>. Asimismo, el punto de partida de las Demandantes, con el cual el Demandado no discrepa, es que el objetivo consiste en lograr la reparación íntegra y en restablecer la situación que habría existido si no se hubieran cometido los actos ilícitos<sup>111</sup>.
109. El Tribunal acepta que, por regla general, no deberían contabilizarse más impuestos que los que habría en lo que Compass Lexecon describe como el “mundo real”<sup>112</sup>. Si un escudo fiscal hubiera estado efectivamente disponible, en teoría, el Tribunal no encuentra

---

<sup>109</sup> Véase Informe Conjunto de los Peritos, sección II.3.

<sup>110</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 57-58; Ddo. Observaciones, ¶ 35; Informe Conjunto de los Peritos, ¶¶ 41 y 46.

<sup>111</sup> Dtes. Comentarios, ¶56.

<sup>112</sup> Informe Conjunto de los Peritos, ¶ 38.



razón alguna por la cual aquel no debiera tenerse en cuenta en consonancia con la siguiente posición de las Demandantes: “En tanto la indemnización por daños y perjuicios debe restituir a las Demandantes a la posición que habrían ocupado si no hubiera sido por los incumplimientos de España, el escudo fiscal también debe tenerse en cuenta en los cálculos de daños de los peritos”<sup>113</sup>. [Traducción del Tribunal]

110. La posición del Demandado es que los conceptos incluidos en el escudo fiscal – pérdidas operativas netas, deterioros de activos y depreciación – no pueden tenerse en cuenta, excepto que (i) se relacionen con la ejecución del proyecto y (ii) sean coherentes con los datos empleados a fin de calcular las TIR en la Tabla 10 del Segundo Informe de Compass Lexecon y la hoja de cálculo vinculada (CLEX-0235), que constituyen la base del cálculo de daños en el presente caso conforme a la Decisión.
111. En cuanto a (i), el Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que lo que importa es si el escudo fiscal existía en virtud de la legislación fiscal aplicable en España (respecto de lo cual hay coincidencia) y se habría aplicado a fin de reducir los ingresos gravables (lo que el Tribunal está dispuesto a inferir). En ausencia de prueba en contrario, también acepta que no existe requisito alguno que exija que el escudo fiscal se vincule a la ejecución del proyecto para que sea aplicable en el mundo real<sup>114</sup>. No se ha establecido a satisfacción del Tribunal que la supuesta falta de claridad en cuanto a si las pérdidas operativas netas fueron generadas por las plantas, así como el presunto hecho de que los deterioros de activos de 2013 se relacionan con otros activos de las Demandantes (activos intangibles, valor llave de negocio, etc.) ajenos a los costes de activos tangibles utilizados para el cálculo de la TIR, impactarían en la disponibilidad real del escudo fiscal o derivarían en alguna inconsistencia sustancial en el cálculo de daños<sup>115</sup>.
112. En cuanto a (ii), las Partes coinciden en que las TIR que constituyen la base de la decisión del Tribunal se calculan antes de impuestos. En función de esto, las Demandantes aseveran que resulta inevitable que estas TIR no reflejen las obligaciones tributarias de

---

<sup>113</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 61.

<sup>114</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 64.

<sup>115</sup> Cf. Ddo. Respuesta, ¶¶ 38-39.

las Demandantes y que determinar sobre la base de una supuesta inconsistencia que “las obligaciones tributarias de las Demandantes en el mundo real deberían ignorarse al momento del cálculo de daños es absurdo” [Traducción del Tribunal]<sup>116</sup>. Por el contrario, el Demandado sostiene que los cálculos realizados a efectos de arribar a los dos conjuntos de daños deben ser coherentes, incluso porque los daños comprendidos en el primer rubro indemnizatorio sirven para reducir los daños incluidos en el segundo rubro, dado que la percepción de los primeros aumentaría la TIR de las plantas. En este sentido, alega que las cifras en concepto de depreciación que Compass Lexecon pretende incluir en el escudo fiscal no se corresponden con CLEX-0235, en tanto dichas cifras comprenden la depreciación de los activos adicionales (activos intangibles, valor llave de negocio, etc.).

113. El Tribunal considera que la posición del Demandado tiene cierto aire de irrealidad. No se está diciendo que, en el marco de la legislación fiscal española aplicable, sería inadmisibles calcular las rentabilidades gravables depreciando exclusivamente los activos tangibles para luego tratar de incluir la depreciación de activos intangibles en un denominado escudo fiscal. Se trata de una cuestión de presunta inconsistencia, pero el Tribunal acepta la proposición básica de las Demandantes de que el Tribunal debería intentar replicar la situación fiscal real de las plantas, y no se ha establecido que el alcance de los activos depreciables deba ser exactamente el mismo cuando se calculan rentabilidades y se gravan impuestos ni que no hacerlo redunde en una discrepancia sustancial, incluso en la forma en que se calculan los dos rubros indemnizatorios. Se rechazan las alegaciones del Demandado acerca de esta cuestión.
114. La segunda cuestión que está comprendida en este rubro indemnizatorio se refiere a la posición de las Demandantes de que los daños y perjuicios deberían otorgarse sobre la base de una rentabilidad después de impuestos de 7%<sup>117</sup>. Sin embargo, tal como señalan correctamente las Demandantes, el Tribunal concluyó que una rentabilidad antes de impuestos de 7,398% constituía una tasa de rentabilidad mínima apropiada<sup>118</sup>, y el Tribunal dispuso el otorgamiento de daños y perjuicios sobre esa base con respecto a la

---

<sup>116</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 65.

<sup>117</sup> Dtes. Comentarios, sección 5.

<sup>118</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 81.

desproporcionalidad que impactaba en algunas de las plantas de las Demandantes, a saber, las plantas eólicas Urano, Grisel II, Bancal I y II, y Siglos I y II, así como la planta hidroeléctrica Cepeda: véase Decisión, en párrafos 599 y 735-742. Si bien las Demandantes se han concentrado en el párrafo 599(d) de la Decisión, surge claramente tanto de ese subpárrafo como del razonamiento complementario y posterior que el Tribunal decidió que los daños se calcularan sobre la base de una rentabilidad de 7,398%. De hecho, en el párrafo 599(e) de la Decisión, se arribó a la siguiente conclusión:

“El Tribunal considera excesiva y desproporcionada la carga sobre las Inversiones de las Demandantes en la medida en que no se alcanza incluso la cifra de rentabilidad antes de impuestos del 7,398% en términos de la rentabilidad proyectada de las plantas reales”.

115. Esta conclusión es vinculante para las Partes, sea que se considere estrictamente cosa juzgada o no (véase el análisis en (1) *supra*). La insinuación de las Demandantes de que el cálculo de daños debe influir en la determinación de proporcionalidad, de modo que la segunda no pueda considerarse cosa juzgada antes de que se haya llevado a cabo el cálculo de daños necesario, es errónea<sup>119</sup>.
116. En cuanto a si podría existir algún fundamento para reabrir las conclusiones sobre desproporcionalidad que se encuentran incluidas en la Decisión, la posición de las Demandantes es que el Tribunal actuó basándose en la percepción de que la cifra antes de impuestos de 7,398% y la cifra después de impuestos de 7% eran prácticamente equivalentes, mientras que el Informe Conjunto de los Peritos ahora ha demostrado que esto es incorrecto<sup>120</sup>. No obstante, surge claramente del párrafo que citan las Demandantes (párrafo 599(d) de la Decisión), al igual que de la Decisión más en general, que el Tribunal sabía bien que estas cifras antes de impuestos y después de impuestos eran diferentes y que la conclusión a que se arribó en el párrafo 599(e) no se basó en ningún error de percepción. Por lo tanto, aún si un error de percepción tal como el que se alega podría, en teoría, justificar reabrir la Decisión, no podría haber fundamento alguno

---

<sup>119</sup> Dtes. Respuesta, ¶ 8.

<sup>120</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 83-85.

para la reapertura. Se rechazan las alegaciones de las Demandantes acerca de esta cuestión.

117. La tercera cuestión se relaciona con la tasa de descuento que, tal como aceptan ambas Partes, el Tribunal fijó en 7,61% por referencia a la tasa propuesta por las Demandantes en el párrafo 568 de su Memorial<sup>121</sup>. Puede que las Demandantes tengan razón en que la intención, en este párrafo en particular, fue aludir a la tasa de descuento calculada por referencia al WACC, es decir, 6,06%, y no al coste de capital, esto es, 7,61%. Sin embargo, las Demandantes propusieron una tasa de descuento por referencia tanto al WACC como al coste de capital. Así lo explicaron en el Memorial:

“Compass ha llevado a cabo el análisis de descuento de flujos de caja utilizando los dos métodos siguientes: Un método de flujos de caja libres de la empresa (FCFF, por sus siglas en inglés), consistente en el flujo de efectivo del que dispone la empresa, basado en los ingresos durante el periodo de vigencia del proyecto, una vez que se han deducido todos los gastos de la explotación, los gastos de capital circulante y capital fijo, descontados a un tipo que refleje el coste de obtención de capital, tanto de fondos propios como de deuda de una empresa similar; y el método del flujo de caja libre del accionista (FCFE, por sus siglas en inglés), que también deduce todos los pagos de capital de la deuda neta y de intereses de deuda, descontados a un tipo que refleje el coste de obtención de capital accionarial de un proyecto similar”<sup>122</sup>.

118. En los párrafos 568 y 570 del Memorial, las Demandantes luego reclamaron daños y perjuicios por referencia a ambos métodos de descuento. Las Demandantes ahora arguyen que el descuento WACC debe preferirse y ha sido aplicado en general<sup>123</sup>, pero el Tribunal no entiende sobre la base de qué fundamento puede dar importancia adecuada a dichas alegaciones. Sin perjuicio de la posibilidad de que haya un error en el párrafo 568 del Memorial, el punto clave radica en que las Demandantes propusieron dos tasas de descuento, y el Tribunal aceptó la tasa de 7,61% en función de que fue propuesta por las Demandantes y era, y sigue siendo, correcta. Por consiguiente, el Tribunal rechaza la posición de las Demandantes sobre esta cuestión.

---

<sup>121</sup> Decisión, ¶ 744, que hace referencia a Dtes. Mem, ¶ 568.

<sup>122</sup> Dtes. Mem, ¶ 542.

<sup>123</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 83-85.

#### **(4) Conclusión relativa a los rubros indemnizatorios dispuestos en la Decisión**

119. A la luz del análisis precedente, la suma correcta que debe otorgarse a las Demandantes, calculada en el Informe Conjunto de los Peritos y que se refleja en su Tabla 1, asciende a EUR 28.080.000.
120. El Tribunal desea expresar su agradecimiento a los Peritos por el informe sumamente útil y accesible que emitieron.

#### **IV. CUESTIONES RESTANTES EN MATERIA DE CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS**

121. Tal como se indicó en la Decisión, el Tribunal aún debe establecer su posición con respecto al tax gross-up que reclaman las Demandantes, al igual que con respecto a los intereses y costes.

##### **A. EL TAX GROSS-UP**

###### **(1) Las Posiciones de las Partes**

###### *a. La Posición de las Demandantes*

122. Las Demandantes sostienen que, en aras de lograr la reparación íntegra, habían incluido previamente una reclamación de tax gross-up que reflejara los impuestos a pagar respecto de un otorgamiento de daños y perjuicios<sup>124</sup>.
123. Puesto que dicho tax gross-up debería cuantificarse sobre la base de la decisión del Tribunal en materia de daños, las Demandantes sugieren, en su lugar, que el Tribunal “ordene a España mantener indemnes a las Demandantes de cualquier monto en concepto de impuestos adeudado como resultado del Laudo del Tribunal” [Traducción del Tribunal]. Las Demandantes, a su vez, luego solicitarían que la indemnización por daños y perjuicios se pague a la Segunda Demandante, RWE Innogy Aersa S.A.U., que tiene residencia fiscal en España. Las Demandantes alegan que, en el supuesto de que las autoridades fiscales españolas determinen que deben pagarse impuestos respecto del Laudo, una vez que el Laudo se haya pagado a la Segunda Demandante, España debería

---

<sup>124</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 105.

pagarle la suma correspondiente a la Segunda Demandante al primer requerimiento de las Demandantes<sup>125</sup>.

**b. *La Posición del Demandado***

124. El Demandado sostiene que la reclamación de tax gross-up debería rechazarse por los siguientes motivos: (i) no ha sido justificada o fundada; (ii) no se ha aportado prueba alguna de que un otorgamiento futuro sería objeto de tributación en España; (iii) no se ha presentado ningún informe pericial en materia tributaria en sustento de esta reclamación; (iv) el Artículo 21.1 del TCE prohíbe las reclamaciones de tax-gross up; y (v) es especulativa, contingente e incierta<sup>126</sup>.

**(2) El Análisis del Tribunal**

125. El Tribunal advierte que la posición de las Demandantes con respecto a un tax gross-up ha evolucionado y pasado del pago de una suma adicional específica a una solicitud de una orden de indemnidad. Sin embargo, todavía es cierto que las Demandantes no han demostrado de manera suficiente que el Laudo será objeto de tributación en España tal como afirman. Si bien, en su Réplica, las Demandantes invocaron una consulta tributaria de la Dirección General de Tributos de 2007 realizada a fin de demostrar que deberían pagarse impuestos<sup>127</sup>, el Demandado alega que ni ésta ni otras consultas similares son aplicables al presente caso ni vinculantes de modo alguno para la Administración Tributaria española. En este sentido, asevera que en ninguna de las consultas aportadas se aborda el tratamiento fiscal de una compensación concedida en un laudo de un arbitraje internacional y que no existe correspondencia alguna entre los hechos y circunstancias, lo cual sería necesario para que surtan efecto vinculante. El Demandado observa además que la posición de las Demandantes carece del respaldo de un perito tributario<sup>128</sup>. A la luz de estos puntos, que no han sido refutados satisfactoriamente, y de la ausencia de

---

<sup>125</sup> Dtes. Comentarios, ¶106.

<sup>126</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 69.

<sup>127</sup> Dtes. Réplica, ¶ 732, que hace referencia a Anexo Demostrativo C-0220, Consulta Tributaria vinculante de la Dirección General de Tributos No. V0276-07, de fecha 14 de febrero de 2007, pág. 2.

<sup>128</sup> Ddo. Dúplica, ¶ 1123, que hace referencia a Anexo Demostrativo C-0245, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, Artículo 89.1.

autoridades legales en sustento de la reclamación de tax gross-up, el Tribunal considera que la reclamación de tax gross-up no se ha planteado de manera convincente.

126. Asimismo, el Tribunal estima que España hace lo correcto al identificar que hay dos Demandantes en el caso que nos ocupa, y parece estar aceptado que la Primera Demandante no sería objeto de tributación alguna en España: he ahí la oferta de las Demandantes de un compromiso de solicitar que la indemnización por daños y perjuicios se pague a la Segunda Demandante<sup>129</sup>. Esta no es una solución viable: el Tribunal habrá cumplido su cometido cuando dicte este Laudo y, por ende, no estaría en condiciones de garantizar que se asuma dicho compromiso ni de asegurar el cumplimiento. Asimismo, no se ha establecido que exista un problema que requiera una solución.

## **B. INTERESES**

### **(1) Las Posiciones de las Partes**

#### **a. *La Posición de las Demandantes***

127. Las Demandantes solicitan al Tribunal que otorgue intereses anteriores al Laudo a la tasa de 7,61% - el coste de capital – capitalizados mensualmente. Esto es así porque (i) más del 95% de los daños estimados se corresponden con pérdidas en la participación de las Demandantes en el capital; y (ii) el otorgamiento de intereses compuestos estaría en consonancia con la práctica más reciente de los tribunales en virtud de tratados de inversión<sup>130</sup>.
128. Las Demandantes solicitan además intereses posteriores al Laudo, también a la tasa de 7,61%, capitalizados mensualmente. El otorgamiento de intereses posteriores al laudo estaría en consonancia con lo que los tribunales han otorgado en otros arbitrajes entre inversores y Estados en contra del Reino de España en relación con las mismas medidas en disputa<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 106. Véase también Ddo. Dúplica, ¶ 1120.

<sup>130</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 101.

<sup>131</sup> Dtes. Comentarios, ¶¶ 102-104.

**b. La Posición del Demandado**

129. El Demandado sostiene que la tasa de 7,61% se encuentra asociada a las inversiones de alto riesgo y no se justifica<sup>132</sup>. Por consiguiente, el Demandado afirma que la tasa de interés aplicable a los bonos del Estado español debería ser la que se utilice para calcular los intereses tanto anteriores como posteriores al Laudo<sup>133</sup>.

**(2) El Análisis del Tribunal**

130. Ambas Partes han abordado la cuestión de la tasa de interés apropiada para la indemnización de daños y perjuicios otorgada sobre la base de que los intereses anteriores y posteriores al Laudo deberían estar sujetos a la misma tasa. El Tribunal no encuentra motivo alguno para apartarse de dicho enfoque, que encuentra sustento en diversos casos<sup>134</sup>.
131. En cuanto a la tasa de interés apropiada, las Partes difieren muy ampliamente: las Demandantes abogan por una tasa de 7,61% capitalizada mensualmente (basada en el método del coste de capital), en tanto que el Demandado pretende una tasa de 0,6% (la rentabilidad de un bono del Estado español a dos años).
132. Con respecto a la tasa, el Tribunal es consciente de que las tasas de interés han sido históricamente bajas durante el período iniciado en el mes de junio de 2014 y considera que no corresponde otorgar una tasa tan elevada como la de 7,61% que las Demandantes calculan como el coste de oportunidad del capital. El Tribunal acepta la posición del Demandado de que dicha tasa implicaría compensar a las Demandantes a una tasa ligada a una inversión de alto riesgo, cuando no se ha realizado una inversión semejante<sup>135</sup>. En este sentido, el Tribunal advierte que, si bien las Demandantes se han referido en sus escritos sobre intereses a tres casos relativos al Nuevo Régimen de España<sup>136</sup>, las tasas

---

<sup>132</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 64.

<sup>133</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 66.

<sup>134</sup> Véase, por ejemplo, *Ioan Micula, Viorel Micula y otros c. La República de Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Laudo, 11 de diciembre de 2013, ¶ 1269.

<sup>135</sup> Ddo. Respuesta, ¶ 64; Primer Informe BDO, ¶ 261.

<sup>136</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 103.



otorgadas en estos casos fueron las siguientes: 2,07% de intereses anteriores al laudo capitalizados mensualmente, y 2,50% de intereses posteriores al laudo capitalizados mensualmente (*Eiser*); 0,906% de intereses anteriores al laudo capitalizados mensualmente, y 1,60% de intereses posteriores al laudo capitalizados mensualmente (*Masdar*); y 1,4% de intereses anteriores al laudo capitalizados mensualmente, y 3,5% de intereses posteriores al laudo capitalizados mensualmente (*Foresight*).

133. El Tribunal, sin embargo, no considera apropiada la tasa de 0,6%, que propone el Demandado con respecto a la rentabilidad de un bono del Estado español a dos años, por referencia a la rentabilidad correspondiente al mes de junio de 2014. Aunque el Tribunal acepta que puede que la rentabilidad de un bono del Estado español sea apropiada, no lo sería fijar una tasa como si las Demandantes fueran inversores a corto plazo que le prestaban dinero a España voluntariamente. El Tribunal considera más adecuada la rentabilidad de un bono del Estado español a 10 años y está dispuesto a adoptar el método del Demandado fijando la tasa por referencia a la rentabilidad correspondiente al mes de junio de 2014 que, en consonancia con diversos otros laudos, calcula en 2,07%. Estima que los intereses a esta tasa deberían pagarse a partir del 30 de junio de 2014, es decir, el final del mes en el cual se adoptó la Orden IET 1045/2014.
134. En cuanto a si los intereses deberían ser simples o compuestos, por supuesto que no existe una práctica uniforme, pero el Tribunal considera que, al menos en el contexto actual, lo mejor a efectos de alcanzar la meta de eliminar todas las consecuencias del acto ilícito es una orden de intereses compuestos, capitalizados mensualmente como se pretende. Tal como alegan correctamente las Demandantes, el otorgamiento de intereses compuestos ha sido adoptado en diversos casos en el marco del arbitraje CIADI en virtud de tratados de inversión<sup>137</sup>.
135. Por lo tanto, el Tribunal otorga intereses desde el 30 de junio de 2014 hasta la fecha del presente Laudo a la tasa de 2,07%, capitalizados mensualmente, así como intereses desde

---

<sup>137</sup> Véanse los casos y materiales mencionados en Dtes. Memorial, ¶ 575; véase también Dtes. Comentarios, ¶ 101.

la fecha del Laudo hasta la fecha de pago a la tasa de 2,07%, también capitalizados mensualmente.

## C. COSTES

### (1) Las Posiciones de las Partes

#### a. *La Posición de las Demandantes*

136. Las Demandantes sostienen que el Tribunal ha determinado que el Demandado ha incumplido sus obligaciones asumidas frente a las Demandantes en virtud del TCE. En consecuencia, las Demandantes arguyen que tienen derecho a recibir el pago íntegro de sus costes en el procedimiento que nos ocupa a título de indemnización íntegra por los daños y perjuicios soportados, incluidos todos los gastos en que hubieran incurrido o vayan a incurrir las Demandantes en concepto de honorarios y gastos de los árbitros, del CIADI, de los asesores jurídicos, de los peritos y de los consultores<sup>138</sup>.
137. Las Demandantes solicitan la oportunidad de presentar una declaración sobre costes actualizada, en vista de que han incurrido en costes adicionales a los que se reflejan en su declaración sobre costes de 16 de febrero de 2019<sup>139</sup>.

#### b. *La Posición del Demandado*

138. El Demandado alega que ha prosperado en la mayoría de las reclamaciones que plantearon las Demandantes. España arguye que el monto reclamado por las Demandantes es especulativo y solicita al Tribunal que ejerza su amplia discrecionalidad para realizar un otorgamiento de costes a favor del Demandado<sup>140</sup>.

### (2) El Análisis del Tribunal

139. De conformidad con el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI:

“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en

---

<sup>138</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 107.

<sup>139</sup> Dtes. Comentarios, ¶ 108.

<sup>140</sup> Ddo. Respuesta, ¶71.

el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”.

140. Surge de esta disposición que el Tribunal tiene muy amplia discrecionalidad con respecto a la asignación de los costes (en sus diversas formas) entre las partes. Ni aquí ni en ninguna otra parte del Convenio o de las Reglas de Arbitraje se brinda orientación en cuanto a la manera en que debe ejercerse la discrecionalidad.
141. Ambas Partes han solicitado sus costes en el presente arbitraje, en función del rechazo de la postura de la otra Parte. Se infiere que ambas han adoptado el principio – que se aplica, con frecuencia, pero lejos de universalmente, en los arbitrajes CIADI en virtud de tratados de inversión – de que la parte vencida debería sufragar los costes.
142. La realidad del presente caso es que ninguna de las Partes puede considerarse totalmente vencedora. Las Demandantes han logrado establecer la jurisdicción sobre la mayor parte de sus reclamaciones, pero no prosperaron con respecto a las reclamaciones de incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE en cuanto a las dos Medidas Impositivas introducidas por la Ley 15/2012 de 27 de diciembre de 2012. Las Demandantes han logrado establecer un incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE, pero no prosperaron en algunos aspectos de la reclamación y no han recuperado el monto que pretendían. Tal como surge del presente Laudo, muchas de sus reclamaciones efectuadas por referencia al Informe Conjunto de los Peritos fueron rechazadas.
143. Al mismo tiempo, cada aspecto de las reclamaciones fue planteado de forma razonable y perseguido con habilidad y corrección, y lo mismo puede decirse de las defensas y excepciones jurisdiccionales planteadas por el Demandado. Asimismo, las cuestiones de derecho y de hecho planteadas en el caso han sido diversas y complejas, aunque hay inconsistencias evidentes en muchas de las cuestiones fundamentales en lo que respecta al conjunto de los casos de arbitraje pertinentes.
144. En estas circunstancias, y con especial referencia al respaldo implícito de ambas Partes en el presente caso al principio en virtud del cual la parte vencida debería sufragar los costes, el Tribunal considera apropiado reconocer el hecho de que las Demandantes han

establecido un incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE y han tenido que llevar adelante un procedimiento extenso y costoso en aras de demostrar los actos ilícitos del Demandado. Por lo tanto, considera apropiado ordenar que el Demandado sufrague el 50% de los costes en que incurrieron las Demandantes durante la fase de jurisdicción y responsabilidad<sup>141</sup>, al igual que los costes del arbitraje en su totalidad, esto es, los honorarios y gastos del Tribunal, los costes del Centro y otros gastos relacionados.

145. En cuanto a los costes legales y otros gastos que las Demandantes han incurrido en el curso de la fase de jurisdicción y responsabilidad del arbitraje, el Tribunal tomará como base las cifras incluidas en la Declaración sobre Costes de las Demandantes de fecha 26 de febrero de 2019. Si bien las Demandantes han solicitado permiso para presentar una Declaración sobre Costes actualizada, los costes posteriores al 26 de febrero de 2019 surgieron considerablemente con respecto a la fase de cuantificación de daños, y el Tribunal considera que cada Parte debería sufragar sus propios costes legales y de otra índole relativos a dicha fase de cuantificación<sup>142</sup>. Conforme a la Declaración sobre Costes de las Demandantes de fecha 26 de febrero de 2019, sus costes legales y de otra índole, al igual que sus desembolsos (tales como viáticos y hospedaje), correspondientes a la fase de jurisdicción y responsabilidad ascienden al monto de EUR 5.367.797,18, que, no obstante, incluye pagos efectuados al CIADI por EUR 619.978,70<sup>143</sup>. El Tribunal considera que, en vista de la escala del presente arbitraje, los costes en que se incurrió

---

<sup>141</sup> La Árbitro Joubin-Bret adopta una opinión diferente de los otros miembros del Tribunal con respecto a un aspecto central del análisis del Tribunal en materia de asignación de costes. El Tribunal podría haber concentrado su análisis en determinar si cada aspecto de las reclamaciones se planteó de forma razonable, tal como se hizo con las defensas y excepciones jurisdiccionales que planteó el Demandado. Asimismo, las cuestiones de derecho y de hecho planteadas en el caso han sido diversas y complejas, aunque hay inconsistencias evidentes en muchas de las cuestiones fundamentales en lo que respecta al conjunto de los casos de arbitraje pertinentes. Sin embargo, los otros dos miembros del Tribunal han preferido limitarse en su análisis en vista de que ambas partes han afirmado por separado que los costes deben seguir el resultado. La Árbitro Joubin-Bret opina que la realidad en el presente caso es que ninguna de las Partes puede considerarse totalmente vencedora o perdedora. Además, si el Tribunal tuviera que juzgar el éxito en función de los montos reclamados *vis-à-vis* los montos otorgados a las Demandantes en este caso, tendría que tener en cuenta que está otorgando menos del 10% de los montos reclamados por las Demandantes. Por consiguiente, sería más apropiado que el Tribunal limitara el recupero de los costes de las Demandantes (como máximo) al 10% de sus propios costes legales y de otra índole.

<sup>142</sup> El Tribunal recuerda que, luego de sus escritos sobre costes de febrero de 2019, las Partes realizaron un pago anticipado adicional, tal como solicitaba la carta de 10 de enero de 2020.

<sup>143</sup> Declaración sobre Costes de las Demandantes, 26 de febrero de 2019.

fueron razonables. Por consiguiente, el Tribunal otorga a las Demandantes el 50% del monto de EUR 4.747.818,48, a saber, EUR 2.373.909,24.

146. Los costes del arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal, los cargos administrativos del CIADI y los gastos directos, ascienden a lo siguiente (en USD)<sup>144</sup>:

Honorarios y gastos de los árbitros	
Sr. Samuel Wordsworth QC	USD 401.444,52
Sr. Judd L. Kessler	USD 437.286,25
Sra. Anna Joubin-Bret	USD 155.685,08
Cargos administrativos del CIADI	USD 232.000,00
Gastos directos (estimados)	USD 205.064,87
<b>Total</b>	<b><u>USD 1.431.480,72</u></b>

147. Los costes anteriores se han pagado con los anticipos que efectuaron las Partes en partes iguales. En consecuencia, los costes del arbitraje correspondientes a cada Parte ascienden a USD 715.740,36.
148. Por consiguiente, el Tribunal ordena al Demandado pagar a las Demandantes USD 623.886,96 por el porcentaje invertido de los anticipos de las Demandantes al CIADI y EUR 2.373.909,24 en concepto de costos legales y de otra índole, al igual que otros gastos, de las Demandantes.

---

<sup>144</sup> Tras retomar su posición en calidad de miembro del Tribunal en el caso que nos ocupa, la Árbitro Joubin-Bret informó a las Partes que, debido a su reciente nombramiento como Secretaria de la CNUDMI, había pedido autorización específica al Secretario General de las Naciones Unidas para poder desempeñar sus tareas de árbitro como miembro del personal de las Naciones Unidas. La Árbitro Joubin-Bret fue sujeta a ciertas restricciones por parte de la ONU en cuanto a los honorarios que podía cobrar en el presente caso y no reclamó pago alguno por el tiempo invertido en el caso durante el año 2017. Posteriormente, en vista de las muchas presentaciones adicionales que realizaron las Partes y del tiempo invertido en el caso, luego de analizar la cuestión con sus coárbitros y pedir asesoramiento a la Secretaria General del CIADI, solicitó autorización al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas para contabilizar su tiempo a una tasa por hora reducida de 1 USD/hora y así lo informó a las Partes mediante una carta de 29 de noviembre de 2018.

## V. LAUDO

149. Por las razones expuestas en su *Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Ciertas Cuestiones de Cuantía* de 30 de diciembre de 2019 y en el cuerpo del presente Laudo, el Tribunal declara, ordena y resuelve lo siguiente:

- a) Que el Demandado pague a las Demandantes la suma de EUR 28.080.000 en concepto de compensación por los daños resultantes de sus actos ilícitos determinados en la *Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Ciertas Cuestiones de Cuantía* adoptada por el Tribunal.
- b) Que el Demandado pague intereses respecto de la suma otorgada *supra* desde el 30 de junio de 2014 hasta la fecha de pago total de todas las sumas adeudadas de conformidad con el presente Laudo a la tasa de 2,07%, capitalizados mensualmente.
- c) Que el Demandado sufrague el 100% de los costes del arbitraje. Que, por ende, el Demandado pague a las Demandantes la suma de USD 623.886,96 por el porcentaje invertido de los anticipos de las Demandantes al CIADI.
- d) Que el Demandado reembolse a las Demandantes la suma de EUR 2.373.909,24 con respecto a los honorarios legales y otros costes y gastos en que hayan incurrido las Demandantes en relación con la fase de jurisdicción y responsabilidad.
- e) Que sujeto a lo indicado en el párrafo c) *supra*, cada Parte sufrague los honorarios legales y otros costos y gastos en que haya incurrido en relación con la fase de cuantificación de daños.
- f) Todas las otras reclamaciones y solicitudes de las Partes se rechazan.

[Firmado]

[Firmado]

---

Sr. Judd L. Kessler

Árbitro

*(Ver opinión separada<sup>145</sup>)*

Fecha: 1 de diciembre de 2020

---

Sra. Anna Joubin-Bret

Árbitro

Fecha: 16 de diciembre de 2020

[Firmado]

---

Sr. Samuel Wordsworth QC

Presidente del Tribunal

Fecha: 15 de diciembre de 2020

---

<sup>145</sup> Como se enfatiza en la Opinión Separada del Árbitro Kessler, él se sumó plenamente a la Decisión y se suma plenamente a este Laudo. Los Árbitros Wordsworth y Joubin-Bret desean expresar su respeto sincero y permanente por el Árbitro Kessler y, al igual que el Árbitro Kessler, enfatizar los años de esfuerzo común y cuidadosas deliberaciones, aunque no comparten las diferentes percepciones abordadas en su Opinión Separada.

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A  
INVERSIONES**

En el procedimiento de arbitraje entre

**RWE INNOGY GMBH  
Y  
RWE INNOGY AERSA S.A.U.**

Demandantes

y

**REINO DE ESPAÑA**

Demandado

**Caso CIADI No. ARB/14/34**

---

**OPINIÓN INDEPENDIENTE DEL  
SR. JUDD L. KESSLER**

---



## I. Introducción y antecedentes

1. He coincidido en el presente Laudo (en adelante, el “Laudo”), así como en la Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y ciertas cuestiones de Cuantía (en adelante, “la Decisión”), y concuerdo con mis distinguidos colegas en muchas de las cuestiones de esta diferencia compleja y desafiante. Entre los puntos de acuerdo, están incluidos la jurisdicción y el derecho aplicable, como también el estándar de Trato Justo y Equitativo conforme al derecho internacional, que comprende, fundamentalmente, el principio de buena fe y, como elemento de este último, la protección de las expectativas legítimas. Las principales cuestiones de hecho incluyen, desde luego, las obligaciones que contrajo cada una de las partes, sin perjuicio de que hayan cumplido o no con dichas obligaciones. y, por último, la indemnización (en su caso) que correspondería otorgar a las Demandantes –propietarias y operadoras de no menos de 24 plantas eólicas e hidráulicas diferentes en España, de distintos tamaños, en distintos emplazamientos, con inversiones realizadas en distintas circunstancias y en distintos momentos–.

2. Como prefacio de esta Opinión Independiente, considero importante explicar el razonamiento que adopté al escribirla. A mi entender, la obligación de un tribunal integrado por tres árbitros es, en lo posible, ventilar entre ellos todas las discrepancias en cuanto a los hechos o el derecho (que casi siempre las hay) y, eventualmente, en lo posible, dictar un laudo coherente que sea ejecutable. Tengo un gran respeto por mis distinguidos colegas, al igual que por el gran esfuerzo y la integridad profesional que han dado lugar a la Decisión y al Laudo. Sin embargo, tal como verán, tengo serias preocupaciones por parte del razonamiento que condujo al resultado. He concurrido tanto en la Decisión como en el Laudo. Lo contrario posiblemente debilitaría o socavaría los años de esfuerzo común. Quiero dejar en claro que no tengo ninguna intención de hacer eso.

3. Pero sí me siento obligado a expresar en detalle mi percepción diferente de muchas de las cuestiones involucradas en esta diferencia. Lo hago no como árbitro designado por la parte demandante, decepcionado por la cuantía del Laudo, sino por motivos que considero más fundamentales. Si se me permite ser tan audaz, he tomado como modelo la conocida Opinión Independiente del Prof. Thomas Wälde en *Thunderbird Gaming c. México*, en la cual, si bien concurrió plenamente en el resultado, expresó sus opiniones divergentes en unas 130 páginas de

brillante perspicacia y erudición<sup>1</sup>. Claramente, su propósito consistía en influir en los tribunales futuros que lucharan con las cuestiones complejas y difíciles que suponen los casos de arbitraje de inversión. Solo me inspiro en él. Las opiniones aquí vertidas, sea que se consideren válidas o no, son mi entera responsabilidad.

4. Los principales lineamientos de las circunstancias que dieron lugar a este y varios otros casos en los que estuvo involucrado el Demandado son bien conocidos. España creó un programa de incentivos que hacia el año 2004 se volvió bastante específico y atractivo para los inversores. Estos incentivos se ajustaron, de alguna manera, en 2007 pero se mantuvieron vigentes hasta 2013. En 2007/2008, la economía mundial atravesó una crisis severa que afectó fuertemente al Reino de España, al igual que al resto de los países del mundo. Uno de los efectos de esa crisis fue la disminución del consumo de energía eléctrica a nivel minorista, lo que redujo drásticamente los fondos disponibles para cubrir el coste de incentivos en Régimen Especial de Energías Renovables. Esto también trajo aparejado un aumento del déficit tarifario que llevó al Demandado a promulgar las Medidas en Disputa que redujeron sustancialmente la remuneración de los productores de ER en Régimen Especial. España sostiene que se vio obligada a realizar estos cambios, que se encontraban dentro de sus facultades normativas, con el fin de proteger tanto al público como la sostenibilidad de la red de energía eléctrica de España. Las Demandantes alegan que los cambios principales introducidos en el régimen jurídico en virtud del cual invirtieron vulneraron sus derechos conforme al TCE, por lo cual tienen derecho a percibir indemnización.

5. Si bien considero que lo que antecede representa una descripción bastante general de las circunstancias que dieron lugar a esta diferencia, sostengo una postura muy distinta acerca de los elementos importantes del contexto y de los hechos de esta diferencia respecto de la de mis distinguidos colegas. Cabe señalar que coincidimos que el Reino de España violó el Artículo 10(1) del TCE y que corresponde otorgar algún tipo de indemnización a las Demandantes. No obstante, salvo esas dos conclusiones, habría ponderado los hechos de otro modo y habría arribado a otro resultado en casi todos los demás aspectos.

6. Por mi parte, habría concluido que España sí asumió un compromiso firme, o su equivalente, frente a las Demandantes; que, en otros aspectos más importantes, el Demandado no brindó Trato Justo y Equitativo a las Demandantes; y, en consecuencia, que las Demandantes

---

<sup>1</sup> International Thunderbird Gaming Corp. c. México, CNUDMI, Laudo (26 de enero de 2006).

deberían recibir una indemnización significativamente mayor. Dado que la presente es una opinión independiente y que mis preocupaciones son bastante amplias y concretas, no he incluido referencias exhaustivas a otras decisiones o laudos en partes de esta opinión. Reconozco que esta decisión puede ser objeto de críticas, pero mi principal objetivo es dejar en claro mis inquietudes y los motivos correspondientes. A mi entender, el motivo de una diferencia de opiniones tan marcada entre los miembros del Tribunal no surge de la parcialidad que tengan hacia una u otra parte o del hecho de que no haber comprendido las pruebas y los argumentos presentados por las Partes. Todos los miembros del Tribunal conocen bien las leyes en materia de inversión internacional en general y el estándar de TJE en particular.

7. Yo considero, y no es algo que he conversado directamente con mis colegas, que, al menos en parte, estas opiniones discrepantes provienen de diferentes escuelas de pensamiento jurídico con respecto a toda la actividad del arbitraje internacional en materia de inversiones. Si tengo razón, y quizá me equivoque, estas diferencias tienen sus raíces, por un lado, en los orígenes del arbitraje en materia de inversiones en el cual, después de la Segunda Guerra Mundial, hubo una necesidad urgente de incrementar el flujo de recursos de inversión privada hacia los países en vías de desarrollo. Por otro lado, más recientemente, una cantidad significativa de profesionales y juristas han sugerido que el proceso del arbitraje en materia de inversiones no se encuentra lo suficientemente estructurado. Sostienen que los tribunales intervinientes en cuestiones relativas a inversiones no deberían centrarse tanto en las tribulaciones de los inversores privados. En cambio, deberían ser más deferentes con las decisiones de los Gobiernos –en especial, los Gobiernos electos democráticamente– y sus respectivos organismos. En mi opinión, un mayor abudamiento de estos enfoques discrepantes puede ayudar a explicar cómo este árbitro podría abordar esta diferencia de un modo tan distinto al razonamiento de mis distinguidos colegas.

## II. Directrices para el Análisis

8. Si bien reconozco que cualquier intento de resumen de esas cuestiones complejas podría causar disgusto, ofrezco las siguientes descripciones de lo que yo considero dos pilares o directrices de análisis, y de qué manera podrían relacionarse con una apreciación distinta de los hechos y del derecho con respecto a esta diferencia.

A. Escuela de pensamiento A: los fundamentos y el crecimiento del arbitraje de inversiones

9. El sistema que conocemos como “arbitraje de inversiones” surgió de los mismos esfuerzos posteriores a la Segunda Guerra Mundial que dieron origen al Banco Mundial, el FMI, el PNUD y los Bancos de Desarrollo Regionales, además de numerosos programas de ayuda bilateral. El mundo en vías de desarrollo tenía la necesidad urgente de financiación del desarrollo y la demanda superaba con creces los fondos disponibles en aquel entonces en estas nuevas instituciones. Para la década de los sesenta, en líneas generales, los niveles de asistencia extranjera se habían estancado. Como resultado, la posibilidad de mejoras importantes en la vasta cantidad de países en vías de desarrollo se vio muy restringida, en el mejor de los casos. Se esperaba que la inversión extranjera privada fuera al rescate y aumentara drásticamente los recursos disponibles para el desarrollo. También, se observaba que los países en vías de desarrollo aun atraían solo una pequeña proporción del flujo mundial de inversiones privadas.

10. Esta situación surgió de la percepción de la comunidad empresarial mundial de que debían tomarse medidas drásticas para proteger la inversión extranjera privada frente a los riesgos políticos y/o de naturaleza no comercial en los países en vías de desarrollo, cuyos sistemas jurídicos solían considerarse débiles y poco confiables. Si bien la protección contra la expropiación era el riesgo que mayor preocupación generaba, las empresas tenían inquietudes similares acerca de los peligros que presentaban otras medidas gubernamentales descritas con menos facilidad, que podían menoscabar gravemente los derechos o bienes de los inversores extranjeros<sup>2</sup>.

11. De esta forma, los líderes mundiales tomaron la iniciativa de crear la Convención de Washington y una institución dentro del Grupo del Banco Mundial dedicada a administrar un sistema basado en normas para la solución de diferencias en materia de inversión internacional de manera transparente, de conformidad con principios de derecho internacional ampliamente aceptados. También se esperaba que esta nueva institución (que actualmente conocemos como el CIADI) pudiera relevar al Banco Mundial de ciertas “cargas extracurriculares” –específicamente, el hecho de verse obligado a intervenir en la solución de diferencias en materia inversiones con

---

<sup>2</sup> Anthony R. Parra, *The History of ICSID*, 12 (2012).

países en vías de desarrollo–, muchas veces bajo la gran presión de parte de un gobierno miembro opulento presionado para respaldar a uno de sus inversores<sup>3</sup>. Los funcionarios del Banco Mundial también instaron a los países signatarios del Convenio del “CIADI” a negociar tratados bilaterales de inversión (TBI) –también conocidos como acuerdos internacionales de inversión (“AII”)– que establecieran un foro arbitral neutro, como el CIADI, para la solución de diferencias. La expectativa era que estos acuerdos permitieran a los inversores, al tomar decisiones importantes en materia de inversiones a largo plazo, ampararse en los compromisos y obligaciones contraídos por el Gobierno de un Estado receptor. En ese caso, si surgiera alguna diferencia, los inversores podrían esperar una solución razonablemente rápida y equitativa basada en principios de derecho internacional ampliamente aceptados.

12. Un Informe sobre el Desarrollo Mundial de 2005 sintetizó los beneficios esperados del sistema de la siguiente manera:

“Los gobiernos se benefician de un mecanismo de compromiso que puede responder a las preocupaciones de los inversionistas y que, por consiguiente, les ayuda a atraer más inversiones a menor costo y también a reducir el riesgo de que cualquier disputa posterior se politice. Las empresas se benefician de riesgos reducidos y de un mecanismo más confiable para proteger sus derechos en caso de que se deteriore la relación con el gobierno anfitrión”<sup>4</sup>.

13. El Informe también consideró el uso de los tratados de inversión como una “herramienta potencialmente poderosa para elevar la credibilidad de sus compromisos contractuales y políticos”<sup>5</sup>.

14. Con su franqueza característica, Jan Paulsson expresa las razones por las cuales los tratados protegen las inversiones extranjeras de la siguiente manera:

“. . . El objetivo político obvio es tener acceso a capital internacional al coste más bajo posible. Los inversores son racionales: insistir con

---

<sup>3</sup> *Id.*, pág. 141; véase también Judd L. Kessler, *Investment Arbitration, Legitimacy and National Law in Latin America: An Arbitrator’s Perspective*, Am. Rev. of Int. Arb. 2016, (Vol. 27, No.3), págs. 265-8; 298-310.

<sup>4</sup> Informe sobre el Desarrollo Mundial (2005), pág. 179.

<sup>5</sup> *Ibid.*; véase también Jan Paulsson, *The Power of States to make Meaningful Promises to Foreigners*, Journal of International Dispute Settlement Vol.1, No. 2 (2010), págs. 341-352; doi10.1093/jnlids/idq 013.

que quienes actúan en nombre del Gobierno tienen un derecho ilimitado a alterar los términos de las inversiones en el supuesto interés público llevaría a una privación de poder y dependencia trágicas. Si los estados fuesen incapaces de realizar promesas confiables —porque su malinterpretada ‘soberanía’ les resta poder para ello—, el objetivo político de atraer inversión extranjera sería ilusorio”<sup>6</sup>. [Traducción del Árbitro Kessler]

15. Por último, al firmar tratados de inversión, los Gobiernos soberanos también se comprometen a cumplir con las obligaciones emergentes de dichos tratados como parte de su legislación nacional, aun si se interpretase que esas obligaciones comprenden estándares más exigentes que aquellos que se aplican habitualmente en la legislación nacional. Lo que es más importante, se consideraba que los estándares establecidos en los tratados de inversión impondrían una carga muy leve o no impondrían carga adicional alguna a aquellas naciones con sistemas jurídicos muy desarrollados.

B. Escuela de pensamiento B: la crítica del arbitraje de inversiones en relación con cuestiones de legitimidad, debida deferencia a las decisiones gubernamentales y la necesidad de un análisis de proporcionalidad.

16. Durante los últimos 20 años al menos, profesionales, juristas y Gobiernos, principalmente de Europa, han manifestado su preocupación de que los tribunales de arbitraje en materia de inversiones no están lo suficientemente conectados con las fuentes políticas de legitimidad en comparación, por ejemplo, con los tribunales permanentes autorizados por la legislación local. Se considera que esos tribunales de arbitraje *ad hoc* otorgan una deferencia insuficiente a las decisiones de los organismos autorizados por los Gobiernos electos democráticamente y carecen de experiencia suficiente o no conocen en profundidad las circunstancias nacionales. Por último, estos críticos insisten en que los tribunales de arbitraje se beneficiarían, en gran medida, con el uso de análisis de proporcionalidad, una técnica que tuvo sus orígenes en el derecho administrativo alemán. Comprende un sofisticado proceso de tres etapas que ha resultado muy útil, *inter alia*, en la elaboración de relaciones complejas entre la Unión Europea y sus distintos Gobiernos miembros y sistemas judiciales.

---

<sup>6</sup> Paulsson *op cit.*, en 341.

17. En síntesis, el análisis procedería, más o menos, de la siguiente manera: en primer lugar, ¿la medida tenía un objetivo gubernamental legítimo (en lugar de una finalidad arbitraria o corrupta)? En caso afirmativo, la medida se considera “adecuada”. En segundo lugar, ¿fue “necesaria” la medida? En otras palabras, habiendo determinado que el objetivo era “adecuado”, ¿fue racional/apropiada la medida? ¿Tuvo el Estado a su razonable disposición medios menos restrictivos para alcanzar el objetivo dado? Y, en tercer lugar, aun si se determinara que los requisitos anteriores se han cumplido, ¿el impacto de la medida sobre las partes afectadas fue “desproporcionado”? Y, al contestar este interrogante, en el proceso de toma de decisiones, ¿consideró el Gobierno debidamente el impacto de sus decisiones sobre los intereses de las partes afectadas?<sup>7</sup>

18. Quienes plantean este enfoque consideran que el mayor uso del análisis de proporcionalidad en el arbitraje internacional en materia de inversiones posibilitaría un equilibrio más minucioso entre los intereses públicos y privados. Insisten con que este enfoque obligaría a los tribunales de arbitraje *ad hoc* a ser más transparentes y justificar sus decisiones de forma más detallada. Por último, se considera que este enfoque podría permitir la aplicación de principios ajenos a las inversiones en el marco de argumentación del arbitraje en materia de inversiones, evitando así la fragmentación del derecho internacional entre sistemas funcionales y sistemas relacionados especialmente con las inversiones<sup>8</sup>.

19. Desde luego, hay partidarios y oponentes fervorosos de estos dos enfoques. Confieso mi inclinación hacia la Escuela de Pensamiento A, si bien respeto y coincido con ciertos elementos de la Escuela de Pensamiento B. Mi objetivo en este momento es simplemente resumir esas opiniones de modo de permitir una consideración equitativa de ellas, mientras analizamos las cuestiones detalladas que se plantearon en este caso.

### III. Elementos principales de la lógica de la Decisión/del Laudo

20. Al igual que cualquier decisión en un caso complejo, la Decisión y el Laudo llegan a sus conclusiones tras una serie de pasos. A los efectos de esta Opinión Independiente, limitaré

---

<sup>7</sup> Decisión ¶¶ 552-597.

<sup>8</sup> *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of Proportionality*. Benedict Kingsbury y Stephan W. Schill. ©Oxford University Press 2010. Publicado en 2010 por Oxford University Pres.; Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2002).

mis comentarios a ciertas cuestiones claves con respecto a las cuales tengo una percepción diferente. En síntesis, los pasos principales del razonamiento del Tribunal proceden de la siguiente manera:

21. La redacción de los Títulos I y II del TCE, en referencia a un marco jurídico estable y transparente, “hacen hincapié en el establecimiento a nivel nacional, a diferencia de la aceptación de obligaciones jurídicas internacionales para con los Inversores”<sup>9</sup>.

(1) Según la interpretación del Estándar de TJE que se realiza en la Decisión, no había ningún compromiso específico o promesa explícita de parte del Reino de España porque, *inter alia*:

(i) el supuesto “compromiso” de España surgió de una regulación de aplicación general –que no debería interpretarse como equivalente a un compromiso contractual– o, más concretamente, una “cláusula de estabilización”<sup>10</sup>.

(ii) La legislación de España contempla una jerarquía de leyes, reglamentaciones, etc., lo que significa que, cuando una ley establece una cierta política, ninguna reglamentación puede contradecirla o entrar en conflicto con ella, y esto es algo que los futuros inversores deben saber al tomar la decisión de invertir. Además, el Tribunal Supremo español ha resuelto, en varias ocasiones, por ejemplo, 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 eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución...<sup>11</sup>*

Dadas las circunstancias mencionadas *supra*, se concluye, en primer lugar, que no podría haber habido un compromiso firme con respecto a las tarifas de ER o, dicho de otro modo, la existencia de estas particularidades de la legislación española socava una reclamación de estos inversores basada en “expectativas razonables y legítimas”. Además, si analizamos esta transacción

---

<sup>9</sup> Decisión ¶ 438.

<sup>10</sup> Sin embargo, la Decisión reconoce que la ausencia de un compromiso específico no significa que el hecho de que el inversor haya invertido fundado en un determinado régimen tarifario deje de ser un factor relevante al momento de aplicar el estándar de TJE al amparo del Artículo 10(1). Decisión ¶ 462.

<sup>11</sup> *Fallo del Tribunal Supremo, 15 de diciembre de 2005 (R-0137); citado en el Laudo ¶234.*



teniendo en cuenta los estándares de negociación comercial habitual, había puntos débiles en el argumento de las Demandantes con respecto a la “diligencia debida” y la “fiabilidad”.

(iii) No obstante, se determina que estos supuestos puntos débiles en el argumento de las Demandantes no significan que las Demandantes no tengan derechos jurídicos si el Tribunal resuelve (tal como ocurrió) que ha habido un cambio completo en el sistema en el que se fundaron las Demandantes al invertir. Su indemnización se limitará, sin embargo, a aquellas situaciones en las que España no haya contemplado lo suficiente sus intereses o en las que las consecuencias sobre las inversiones de las Demandantes hayan sido “desproporcionadas”.

(iv) Por último, el Tribunal analiza si las Medidas de España fueron “proporcionadas” o “desproporcionadas”, para lo cual utiliza la prueba de tres partes descrita en ¶17, *supra*. La conclusión a la cual se arriba es que las Medidas de España estaban en conformidad con la prueba de proporcionalidad, salvo algunos pequeños ajustes con respecto a siete de las 24 plantas de las Demandantes. El Tribunal también exige que España devuelva a las Demandantes ciertas sumas que las Demandantes habían recibido en concepto de remuneración por una cierta cantidad de energía eléctrica vendida en 2013 y que luego se vieron obligadas a devolver al Demandado cuando el RD 413/2014 y la IET/1045/2014 bajaron retroactivamente el precio al cual se había autorizado anteriormente a las Demandantes a realizar dichas ventas.

#### IV. Una apreciación distinta de la diferencia

22. Con todo respeto, no estoy de acuerdo con ninguno de los elementos enunciados *supra* por las siguientes razones:

##### A. Los antecedentes del TCE y su relación con la aplicación del TJE

El análisis del Tribunal del alcance del Artículo 10(1) es detallado y preciso con respecto al lenguaje del TCE. En síntesis, el Tribunal razona que las inquietudes del TCE –en especial, en el Título I– van más allá de la protección de la inversión y comprenden, por ejemplo, referencias a “la no discriminación y la determinación de los precios en función del mercado”<sup>12</sup>. En cuanto a la protección de las inversiones, el Tribunal considera que las referencias en los Títulos I y II a un “marco jurídico estable y transparente” se centran en el establecimiento de dicho marco a

---

<sup>12</sup> Decisión ¶ 438.

nivel nacional, “a diferencia de la aceptación de obligaciones jurídicas internacionales para con los Inversores. . .”<sup>13</sup> Con respecto a las referencias al marco jurídico en el Título II, la Decisión indica que las normas que han de establecerse a nivel nacional deben respetar “*las legislaciones y las normas internacionales pertinentes sobre inversión y comercio*”<sup>14</sup>.

23. La Decisión plantea debidamente la cuestión acerca de cuáles son esas leyes o normas internacionales y, tras un análisis en los párrafos 423 a 438, señala:

“En opinión del Tribunal, los objetivos y propósitos del TCE son, por lo tanto, más equilibrados de lo que plantean las Partes, y encara la interpretación del Artículo 10(1) sobre dicho sustento”<sup>15</sup>.

No puedo estar de acuerdo. Concluir que el TCE es relativamente neutro con respecto a la protección de la inversión extranjera no es, en mi opinión, una conclusión apropiada. Considero que el análisis minucioso en la Decisión de las palabras del Artículo 10(1) no otorga la suficiente importancia al contexto y el origen del TCE. El Muro de Berlín cayó en noviembre de 1989.

24. Tal como explica el admirado Profesor Wälde, experto en el tema de la industria y las inversiones de energía:

“El contexto general del Tratado [el TCE] fue el esfuerzo por ayudar a las economías en transición de Europa Oriental a atraer inversiones, principalmente ayudándolas a instaurar una ley, la protección de la propiedad, el respeto de los contratos y la liberalización de las condiciones de inversión en el modelo de las economías del mercado occidental”<sup>16</sup>. [Traducción del Árbitro Kessler]

El Prof. Wälde prosigue:

“...El objeto primordial del Tratado [TCE] es fomentar la inversión privada mediante condiciones estables, equitativas y transparentes a un **“alto nivel” de protección**... Las herramientas –las ‘disciplinas de inversión’ en la parte III del Tratado– deben considerarse

---

<sup>13</sup> *Id.*

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> Decisión ¶ 439

<sup>16</sup> CL-0010; CM ¶ 397.

instrumentos para implementar el énfasis total en la promoción de las inversiones privadas...

...el Tratado [TCE] hace hincapié en un nivel “alto” (no “normal”, como en otros TBI) de protección de los inversores extranjeros, resalta la importancia de la “liberalización”, es decir, el abandono de la economía energética socialista planificada y los monopolios con un nuevo énfasis en la propiedad, los contratos y la competencia, y destaca todas las características de una economía de mercado en el sector energético, contrarias a la industria energética socialista – es decir, el respeto de la propiedad, en lugar del control estatal dominante, la separación de la titularidad e iniciativa empresarial privadas de la combinación politizada de estado, política e industria energética, y el trato justo y transparente del inversor extranjero–, en lugar de exponerlas a las volatilidades y altibajos de las maniobras políticas complejas y difíciles de comprender... Por lo tanto, el lenguaje del Tratado debe contemplarse teniendo en cuenta el contexto y los objetivos generales –la liberalización y modernización de las industrias energéticas aun dominadas por el Estado, y los objetos y fines–, con la finalidad de brindar, de manera jurídicamente vinculante y con máxima eficacia, un alto grado de seguridad de las inversiones...

Habiendo identificado detenidamente los objetivos pertinentes del Tratado, de manera formal, explícita y jurídicamente relevante (es decir, no establecidos por las opiniones y preferencias subjetivas del intérprete), está claro que, en líneas generales, el objeto del TCE es ofrecer una protección amplia, más que restrictiva, a los inversores energéticos extranjeros y sus inversiones”. (Énfasis agregado)<sup>17</sup> [Traducción del Árbitro Kessler]

25. Tal como indica la Decisión, en ¶447, el lenguaje del TCE en materia de protección de las inversiones no fue para nada novedoso. Para 1998, las naciones ya habían firmado más de 1700 TBI, casi todos los cuales exigían a las naciones receptoras no expropiar sin indemnizar y, entre otras cosas, otorgar un Trato Justo y Equitativo. Claramente, los países otrora comunistas carecían del tipo de marco jurídico propicio para inspirar la confianza de inversores extranjeros privados a largo plazo. Este trasfondo se ajusta cómodamente a las palabras del Artículo II del TCE, que confirma su finalidad de:

“establece[r] un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de

---

<sup>17</sup> *Id.*; CL. Mem. ¶ 401.

complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta [Europea de la Energía]”<sup>18</sup>.

26. Seguramente, este trasfondo y el objetivo de incrementar el flujo de capital abundante desde el oeste para desarrollar energía en Europa Oriental y transportar dicha energía hacia el oeste sugieren, al menos, una continuidad de protecciones mínimas de la inversión extranjera en el derecho internacional y, más probablemente, una expansión de dichas protecciones, tal como insiste el Prof. Wälde. Nada advierto en las disposiciones del TCE que sugiera, tal como lo hace la Decisión, que el TCE deba interpretarse en el sentido de que otorga una gran deferencia, por ejemplo, a las leyes nacionales de cualquier país signatario, mucho menos las naciones del ex bloque comunista.

B. El contexto y los hechos de la diferencia: la cuestión de un compromiso específico; expectativas legítimas

27. Todo el que haya tenido el honor de estar a cargo de resolver una diferencia entre un inversor y un Gobierno soberano sabe la importancia de la responsabilidad que ello conlleva. Como elemento humano de una institución humana, los árbitros deben procurar considerar los hechos y el derecho de modo tal de respetar plenamente a ambas Partes (en este caso, RWE como Demandantes y el Reino de España como Demandado).

28. La Decisión brinda una lista detallada de las diversas disposiciones legales y normativas promulgadas en el Reino de España –como también el momento en el que se realizó cada una de las inversiones– pero, en mi opinión, no analiza a fondo el contexto económico y comercial de la diferencia. Reconozco que las Partes pueden adoptar diferentes posturas con respecto a la importancia jurídica de ciertos hechos, pero, en lo que se refiere a ciertas cuestiones básicas, no hay discrepancia significativa.

29. El Reino de España reconoció que su balanza de pagos y, de hecho, su competitividad industrial (incluida la creación de puestos de trabajo) se vieron afectadas por el alto costo de las importaciones de recursos energéticos basados en el petróleo. España reconoció, asimismo, que su ubicación geográfica ofrecía condiciones atractivas para la generación de Energía Renovable (en adelante, “ER”) de todo tipo, pero que resultaba especialmente favorable

---

<sup>18</sup> C-0001; Cl. M. ¶ 395.

para la energía solar y eólica. Desde luego, la mayor generación a partir de estas fuentes de energía también permitiría una importante reducción de la huella de carbono de España, con lo cual se reduciría su aporte al calentamiento global.

30. En torno a la misma época, y por motivos muy similares, la Unión Europea se comprometió a fomentar un aumento en el porcentaje de generación de electricidad a partir de fuentes de ER para la región en su conjunto. En el período comprendido entre los años 2001 y 2009 adoptó, *inter alia*, dos directivas — la Directiva 2001/77/CE de la UE y la Directiva 2009/28/CE de la UE. Estas Directivas crearon requisitos específicos y vinculantes de que las naciones miembros adoptaran medidas concebidas para lograr la generación de ER de al menos 12% para el año 2010, y 20% para el año 2020. Al hacerlo, la UE señaló, asimismo, de manera sistemática, los beneficios de los acuerdos de Tarifas Reguladas (FIT) y desaconsejó en forma enfática y reiterada la introducción de cambios retroactivos a esos acuerdos tarifarios una vez implementados<sup>19</sup>.

31. Probablemente debería afirmarse en este contexto que las distintas naciones seguramente tienen opiniones diferentes respecto del papel del sector privado en sus economías. No existe desde luego orden internacional alguno que exija que las naciones atraigan inversiones extranjeras en términos generales. Y si una nación en efecto procura atraer inversiones internacionales, no existen fórmulas fijas para hacerlo. Pero una vez que se adoptan decisiones políticas respecto de la obtención de las inversiones que se procura atraer, se aplican normas internacionales, las cuales incluyen el requisito del Trato Justo y Equitativo. En pos de atraer inversiones en ER, España adoptó una serie de decisiones políticas. En primer lugar, podría haber establecido incentivos aplicables únicamente a nacionales españoles, en cuyo caso las normas de derecho internacional no resultarían aplicables. Pero, de hecho, los incentivos en materia de ER se ofrecieron también a los inversores extranjeros, y se procuró enérgicamente atraer inversiones de estos últimos. Se adoptó otra decisión política respecto de la naturaleza concreta de las inversiones en materia de ER para resultar elegible en el Régimen Especial. Esos incentivos podrían, por ejemplo, haberse circunscrito a inversiones “en nuevas instalaciones” (*greenfield*) — lo que significa inversiones realizadas para la construcción de nuevas instalaciones de producción

---

<sup>19</sup> Decisión, ¶ 131.

de ER [Traducción del Árbitro Kessler]. Pero, en realidad, el Régimen Especial también resultó aplicable a las inversiones realizadas para adquirir y operar instalaciones de producción de ER existentes. Por último, los términos específicos de los propios incentivos – esto es, las tarifas retributivas, así como la cantidad de años en los cuales estarían en vigor – implicaban otra opción. Tal como quedará demostrado *infra*, los incentivos de España se implementaron en un momento en el cual los costes de las centrales de producción de ER – en especial aquellas eólicas y solares – eran demasiado elevados como para que la inversión privada desasistida resultara viable. Por ello, y debido a que el momento de la inversión resulta, naturalmente, decisivo para los inversores a largo plazo, España optó por brindar incentivos que se relacionarían esencialmente con la vida operativa de cada categoría de equipamiento involucrado.

32. Desde la perspectiva actual, con una retrospectiva perfecta, uno podría ser crítico de una o más de estas decisiones políticas. En particular, parece que el Demandado podría haber previsto legítimamente que el coste de la capacidad eólica y solar se reduciría paulatinamente – de modo tal que después de un período dado, los costes de producción de ER bajarían de tal manera que ya no se necesitarían incentivos económicos adicionales<sup>20</sup>. Pero el tema central de este análisis no es realizar un ejercicio retrospectivo, sino simplemente dejar en claro que el Demandado tomó determinadas decisiones al invitar a los inversores, y que este constituye el marco político que se nos presenta en el contexto de la diferencia que nos ocupa.

33. Aunque España creó en principio una categoría separada para los productores de ER en el año 1994, la primera legislación de envergadura de España que incluyó este tema general fue la Ley del Sector Eléctrico de 1997 (“Ley 54/1997” o la “Ley del Sector Eléctrico”). Esta ley abarcaba una amplia gama de actividades diferentes vinculadas con la producción y transmisión, etc., de energía eléctrica. Esta ley incluía dos elementos de vital importancia para la diferencia que nos ocupa. En primer lugar, en el Título IV, traza una distinción entre el “Régimen Ordinario” para la producción eléctrica (Capítulo I del Título IV) y el “Régimen Especial”: que se centró especialmente en “energías renovables no consumibles”. Las características clave del Régimen Especial (Capítulo II del Título IV) también se diferenciaban de aquellas del “Régimen Ordinario”.

---

<sup>20</sup> En efecto, el Demandado ha aportado pruebas de que en la actualidad puede llevar a cabo subastas competitivas que redundarán en nuevas inversiones en la producción de ER sin la necesidad de incentivos. Sr. Santacruz, Día1/271.

34. Tal como se describiera en ¶¶131-132 de la Decisión, el Artículo 28(1) luego estableció un requisito de autorización administrativa previa para la construcción y explotación de instalaciones en Régimen Especial, mientras que el Artículo 30.4 estableció una serie de derechos y obligaciones para dichas instalaciones, que, *inter alia* preveía que:

“El régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en Régimen Especial se completará con la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan...

“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”<sup>21</sup>. (Énfasis agregado)

35. Según el Demandado, la disposición *supra* establece el principio de una “rentabilidad razonable” con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Pero a juicio de este árbitro, resulta de mayor importancia la afirmación de que el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en Régimen Especial se completará con la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan<sup>22</sup>. La primera reglamentación que implementara la disposición *supra* no fue sancionada hasta la promulgación del Real Decreto 2818/1998, el cual, en su Preámbulo, establecía lo siguiente:

*“Para las instalaciones basadas en energías renovables y de residuos el incentivo establecido no tiene límite temporal debido a que se hace necesario internalizar sus beneficios medioambientales y a que, por sus especiales características y nivel tecnológico, sus mayores costes no les permite la competencia en un mercado libre”*<sup>23</sup>. (Énfasis agregado).

36. Pero en el mes de marzo de 2004, el gobierno español derogó el RD2818/1998 y promulgó el RD436/2004, el cual, por primera vez, estableció un concreto sistema de retribución para el Régimen Especial. Contenía dos elementos clave que se mantuvieron, con variaciones

---

<sup>21</sup> R-3, ¶¶ 50-51.

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> C-0177 y R-98.

relativamente menores, desde el año 2004 hasta los años 2013-14. En primer lugar, una vez que se determinaba que las inversiones calificaban para el Régimen Especial podían cada año optar entre percibir una retribución (1) en forma de tarifa regulada, es decir, una única tarifa plana definida como porcentaje de la TMR establecida o (2) vender directamente en el mercado, en cuyo caso el operador recibiría el precio de mercado más un incentivo y una prima si la planta en cuestión tuviera derecho a percibirla<sup>24</sup>.

37. El RD436/2004 posteriormente agregó un segundo elemento clave respecto de cambios futuros en las tarifas retributivas. Las tarifas y primas establecidas en el RD434/2004 serían revisadas en el año 2006, y cada cuatro años a partir de entonces. Sin embargo, los Artículos 40(2) y (3) disponían lo siguiente:

“2. Las tarifas, primas, incentivos y complementos que resulten de cualquiera de las revisiones contempladas en esta sección entrarán en vigor el 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión.

3. Las tarifas, primas, incentivos y complementos que resulten de cualquiera de las revisiones contempladas en esta sección serán de aplicación únicamente a las instalaciones que entren en funcionamiento con posterioridad a la fecha de entrada en vigor referida en el apartado anterior, sin retroactividad sobre tarifas y primas anteriores”<sup>25</sup>.

38. Resulta evidente para este árbitro que España, habida cuenta de sus razones válidas y suficientes, había creado una invitación sofisticada a los inversores en ER a largo plazo. Reconociendo que los productores en el Régimen Especial empleaban tecnologías “que conllevan mayores costes que no les permite la competencia en un mercado libre”<sup>26</sup>, la invitación de España fue, en esencia, en los siguientes términos:

Deseamos expandir la producción eléctrica a partir de ER en España lo más rápido posible. En pos de incentivar la inversión en ER a largo plazo en España, se garantiza lo siguiente: Una vez que se apruebe que su planta califica para el Régimen Especial podrá vender la totalidad de su energía eléctrica ya sea (1) a una tarifa de mercado regulada favorablemente, o (2) directamente al mercado,

---

<sup>24</sup> Decisión, ¶¶ 144-145.

<sup>25</sup> Decisión, ¶ 146; se incluyó una disposición similar en el RD 661/2007, Sección 44.3.

<sup>26</sup> Véase ¶ 30 *supra*.



en cuyo caso percibiría el pago de un incentivo, y, en el supuesto de que calificare, también una prima.

Por último, sabemos que a fin de realizar estas inversiones necesita la garantía de estabilidad razonable. Por lo tanto, aunque las tarifas retributivas podrán cambiar a comienzos del año 2006, dichos cambios no afectarán las plantas ya aprobadas y en funcionamiento en ese momento — y los futuros cambios tarifarios solo entrarán en vigor el 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión. [Traducción del Árbitro Kessler]

39. Para un posible inversor, esto presentaba un mensaje claro e inequívoco. El inversor tenía conocimiento de sus costes de capital y operativos. El inversor podría comprender fácilmente la manera en la cual se establecían estas tarifas del Régimen Especial y conocía la vida operativa de su equipamiento. Si el inversor consideraba que estos incentivos eran suficientes para obtener un beneficio aceptable, España acogería esta inversión y se esforzaría al máximo para mantener la estabilidad en el largo plazo.

40. Tal como afirma correctamente el Demandado, este acuerdo no le garantizaba al inversor un beneficio anual particular en euros, ni siquiera un porcentaje de utilidad garantizado. Las declaraciones ministeriales y notas de prensa hacen referencia a una rentabilidad garantizada de (¿al menos?) 7% para las instalaciones eólica e hidroeléctricas<sup>27</sup>. Pero en términos comerciales concretos, resulta evidente que, según el sistema retributivo establecido, el éxito de toda inversión dependería, en efecto, de la eficiencia de la planta particular en términos de coste de capital, coste operativo y, fundamentalmente, el volumen real de energía producida y vendida a la red cada año durante la vida útil de su equipamiento de producción eólica, solar o hidroeléctrica. El cálculo retributivo era tarifa por unidad de energía – en cualquiera de las dos opciones multiplicada por la cantidad de MWh producidos.

41. Con el debido respeto a las intenciones del Demandado en ese momento, esto parece haber sido sin dudas lo que España pretendía y en lo que el inversor confió. En el vernáculo comercial, este era “el trato”. Existió una invitación por parte del Demandado y una aceptación mediante la confianza del inversor. Cada una de las plantas resultantes fueron luego, inicialmente, aprobadas a nivel administrativo como aptas para retribución conforme al Régimen Especial, o posteriormente se les otorgó la inscripción en el RAIPRE. En ambos casos se les retribuyó de la

---

<sup>27</sup> Decisión, ¶¶ 174-5.

misma manera. Los beneficios y las responsabilidades discurrían en ambas direcciones. Cada año el inversor operaba las plantas respectivas, mantenía registros, entregaba la energía eléctrica a la red, pagaba sus impuestos y procedía de igual forma cada año consecutivo. En consecuencia, cada año el Demandado necesitaba cantidades inferiores de productos importados de petróleo y mejoraba su huella de carbono. Esto continuó durante aproximadamente 10 años, desde el año 2004 hasta los años 2013-14. En función del artículo de Paulsson al que se hiciera referencia *supra*, el Demandado realizó “promesas significativas” a dichos inversores extranjeros [Traducción del Árbitro Kessler]. Lo hizo para mejorar el flujo de capital al sector de ER de España en términos más favorables. Lo hizo siguiendo el mejor consejo de la UE, así como de su propia CNE y otras fuentes informadas relacionadas — todas las cuales tenían conocimiento de que los sistemas de FIT no solo funcionaban, sino que funcionaban bien — sin embargo, en tanto y en cuanto se mantuviera una estabilidad razonable.

42. Las Demandantes, por su parte, creyeron que el Demandado hacía esta invitación de manera honesta y de buena fe y esto parecería haber representado buen juicio comercial. El expediente del presente caso muestra que, a partir del año 2004, esta invitación fue aceptada por las Demandantes, así como por muchos otros inversores que desde entonces han planteado reclamos similares. En efecto, si uno tiene dudas de que el Demandado, de hecho, reconoció la esencia de este acuerdo, no se necesita analizar más que el registro de las conversaciones de España con los inversores en el sector de ER en el año 2010. Aunque afirmaba que le asistía el derecho de introducir cambios al sistema retributivo, España dejó en claro que las reducciones temporales para las que procuraba obtener la concurrencia de los Inversores en el año 2010, serían únicamente por un año<sup>28</sup>.

43. Por lo tanto, la historia de estas y otras inversiones en el sector de ER durante este período es la historia de una campaña sumamente exitosa por parte del Demandado para atraer miles de millones de euros en inversiones en el sector de ER en España; así como para cumplir con las ambiciones y Directivas vinculantes de la UE respecto de la capacidad aumentada de producción de ER.

44. La cuestión que consiste en determinar si debiera considerarse que la invitación de España y las inversiones por parte de las Demandantes constituyen un “compromiso específico”

---

<sup>28</sup> Decisión, ¶¶ 183-5.

podría debatirse razonablemente. Los principios del *common law* normalmente aplicados a circunstancias como las que nos ocupa por lo general se encuentran bajo el epígrafe de la doctrina de *estoppel*. Pero el derecho civil también honra los mismos sólidos principios de equidad, a los que se hace referencia como *venire contra factum proprium*, o en el derecho español la Doctrina de los Actos Propios<sup>29</sup>. En esencia, ninguna parte podrá basarse en su propia incoherencia en perjuicio de otra parte. El origen de este principio se remonta a 12 siglos de jurisprudencia islámica y tiene profundas raíces en el derecho romano, el *common law*, y el derecho civil moderno<sup>30</sup>. A diferencia del *estoppel* en el *common law*, los actos propios resultan aplicables en tanto la conducta sea capaz de crear una expectativa objetiva en terceros — normalmente no se requiere de la confianza perjudicial real de la otra parte sobre la base de sus expectativas subjetivas<sup>31</sup>. En otros casos conocidos en materia de arbitraje de inversión, el Tribunal en *ADC c. Hungría* estableció que “[c]uando Hungría celebra y ejecuta estos contratos durante años y se beneficia plenamente de ellos, resulta contradictorio que Hungría ahora cuestione la legalidad y/o exigibilidad de estos Contratos”<sup>32</sup>. [Traducción del Árbitro Kessler]

45. Otra fuente en el mismo sentido es la reconocida Opinión Independiente del Prof. Wälde en el caso *Thunderbird Gaming c. República de México* respecto de situaciones que conllevan “invitaciones a invertir.” creo que él tenía razón en esa diferencia, aunque el presente caso es mucho más sólido en los hechos de lo que lo fuera *Thunderbird*. Sostuvo que en el marco de las “controversias de invitación” [Traducción del Árbitro Kessler], era un error analizar la diligencia debida y confianza como si un tribunal de arbitraje estuviera considerando una controversia comercial normal. Hizo hincapié en los desafíos que enfrentaba el inversor extranjero en un sistema jurídico, un sistema político y una cultura extraños. El inversor en *Thunderbird* era

---

<sup>29</sup> Véase, CHARLES T. KOTUBY JR. y LUKE A. SOBOTA, *GENERAL PRINCIPLES OF LAW AND INTERNATIONAL DUE PROCESS*, C. 119, (Oxford Univ. Press, 2017); Véanse también HÉCTOR MAIRAL, *THE DOCTRINE OF ACTOS PROPIOS AND THE ADMINISTRATION OF JUSTICE* ¶¶ 2, 5 (1988) (que analiza la doctrina en España); MARCELO J. LÓPEZ MESA, *THE DOCTRINE OF ACTOS PROPIOS IN JURISPRUDENCE* 93-95 (1997) (que analiza la doctrina en España y Argentina) Rubén S. Stiglitz & Gabriel A. Stiglitz, *Actos Propios*, in *Contracts* 491-512 (1994) (que analiza la doctrina en España y Argentina); MIGUEL PASQUAU LIAÑO Y *VOIDABILITY OF CONTRACTS* 246-51 (1997) (que analiza la doctrina en España y Alemania). Tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, el principio de *venire contra factum proprium* constituye un “principio de derecho universal, de recepción en todos los sistemas jurídicos”. *Cobos Peña c. Asociación Mutualista de Ahorro y Crédito*, R.O. No.363, Fallo No. 195-2001 (6 de julio de 2001).

<sup>30</sup> Véanse *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, ¶ 207 (6 de febrero de 2008); *Caso Relativo al Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)*, Fondo del Asunto, Fallo, 1962 C.I.J. 6.

<sup>31</sup> Véase Mairal, nota al pie 28 *supra*.

<sup>32</sup> *ADC Affiliate Ltd. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo ¶ 75 (2 de octubre de 2006).

una sociedad relativamente pequeña y poco sofisticada, algo que RWE ciertamente no es. Sin embargo, si la descripción precedente de la iniciativa de España para atraer inversiones en el sector de ER fuere precisa, parecería ser de significancia jurídica dudosa insistir en la prueba más exhaustiva de las Demandantes en cuanto a diligencia debida y confianza en las circunstancias de la presente diferencia. Su opinión también hace referencias a los actos propios y a otras leyes nacionales que conducen a un resultado similar.

46. Pero, no importa. Si uno considera que esta postura representa tal vez, el derecho como debiera ser, en lugar de como es, podemos avanzar hacia un mérito jurídico que efectivamente acepta la Decisión, al menos en principio. La Decisión, (¶462) reconoce que aún en la ausencia putativa de un compromiso específico, ello no significa que un inversor, quien ha invertido conforme a un régimen tarifario dado, no tenga derechos con arreglo al estándar de TJE y al Artículo 10(1).

47. Si la Decisión hubiera procedido a partir de esa conclusión para el cálculo de la suma adeudada para compensar íntegramente a las Demandantes por el daño causado, no estaría yo escribiendo esta Opinión Independiente. Si se hubiera hecho esto, el grado de los daños ocasionados a las Demandantes de conformidad con los venerables principios del caso *Chorzów* podría haberse determinado calculando el valor presente de la reducción del flujo de caja para los años restantes del plazo conforme al sistema retributivo del Régimen Especial, y utilizando el DCF (tal como hubiera sugerido el perito de las Demandantes) para proponer un nivel adecuado de compensación. Al hacerlo, se eliminarían el impuesto del 7% y otros cambios modestos en la estructura retributiva original del flujo de caja previsto en el escenario hipotético. Pero esto no es lo que hizo la Decisión.

48. Por el contrario, la Decisión, mediante una serie compleja de pasos – intenta ponderar los intereses de estos inversores privados contra las responsabilidades mucho más amplias del Demandado de proteger los intereses de los ciudadanos españoles y la estabilidad política y económica del Reino de España. Al hacerlo, la Decisión da crédito a la defensa creativa de los abogados de España, que enmarcaron la presente diferencia como una que exige el reconocimiento del derecho soberano a regular de España, así como su necesidad de ejercer amplia discreción para abordar el interés público, no simplemente los intereses de inversores privados. Creo que esto constituye un error.

49. A mi juicio, la presente diferencia no pone en duda, en modo alguno, el derecho del Demandado a regular. Respetuosamente, creo que la Decisión debería haber adoptado de manera más adecuada la senda de los tribunales en los casos *Eiser*, *Novenergia* y *RREEF*, entre otros, que hallaron al Demandado definitivamente en falta<sup>33</sup>.

C. El Balance entre el Interés Público y los Intereses de los Inversionistas Privados: Una Visión Diferente

1. Breves Comentarios Respecto del Caso *Saluka*

50. Uno de los laudos más reconocidos en materia de arbitrajes de inversión sobre el tema del balance entre los intereses públicos y privados fue el Laudo en *Saluka*<sup>34</sup>. En ese caso el tribunal comenzó citando una disposición del caso *Mondev* que rezaba lo siguiente:

“[un] juicio de lo que es justo y equitativo no puede alcanzarse en abstracto, deberá depender de los hechos del caso particular”<sup>35</sup>.  
[Traducción del Árbitro Kessler]

51. *Saluka* determinó, además, con arreglo al tratado en cuestión, que el Preámbulo y las declaraciones de propósito del tratado, al igual que en el TCE, se encontraban vinculados directamente al estímulo de la inversión extranjera<sup>36</sup>. El tribunal concluyó asimismo que el fomento de la inversión extranjera no era el único objetivo del tratado, sino que constituía un elemento necesario además del objetivo general de fomentar la inversión extranjera y profundizar e intensificar las relaciones económicas de las partes. El tribunal determinó que esta redacción no acentuaba la protección que debería proporcionarse a los inversores extranjeros. En cambio, de una forma más equilibrada, el tribunal entendió que debería interpretarse que el “trato justo y equitativo” con arreglo al tratado si no estimulaba de manera proactiva el ingreso de capital de inversión extranjero, al menos no desalentaba el capital extranjero al proporcionar desincentivos a

---

<sup>33</sup> Esta referencia al laudo de RREEF se circunscribe a su conclusión respecto de la violación del Estándar de TJE, así como del Artículo 10(1) del TCE. Creo que el trato de la compensación adecuada por parte del tribunal fue equivocado, y efectuaré comentarios adicionales respecto de este tema, *infra*.

<sup>34</sup> Cl. Memorial, ¶ 456; Véase, por ejemplo, CL-0034, *Saluka Investment B.V. c. La República Checa*, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Fondo, 17 de marzo de 2006, ¶ 302.

<sup>35</sup> *Id.*, ¶ 285.

<sup>36</sup> *Id.*, ¶ 298.

los inversores extranjeros. El tribunal de *Saluka* concluye lo siguiente: “...La decisión de un inversor de realizar una inversión se basa en una evaluación del estado de la legislación y la totalidad del entorno comercial en el momento de la inversión, así como en la expectativa del inversor de que la conducta del Estado receptor con posterioridad a la inversión será justa y equitativa”<sup>37</sup>. [Traducción del Árbitro Kessler]

52. Tal como indicara en ¶¶23 a 26 *supra*, creo que las protecciones brindadas a los inversores con arreglo al TCE son más sólidas que aquellas del tratado en el caso *Saluka*. No obstante, considero que se trata de una expresión justa del alcance general del estándar de TJE. En lo que respecta al derecho del Estado a regular, el laudo *Saluka* cita con aprobación el lenguaje del laudo dictado en el marco de *S.D. Myers*, de que para determinar el alcance de la obligación de un Estado receptor en virtud del TJE, los tribunales deberían decidir “a la luz del alto grado de deferencia que el derecho internacional generalmente otorga al derecho de las autoridades nacionales a regular asuntos dentro de sus propias fronteras”<sup>38</sup>. Sin embargo, en comparación con el presente caso, los hechos en *Saluka* eran relativamente simples y contundentes. Existía una crisis financiera que afectaba a los cinco bancos más importantes de la República Checa. La esencia del argumento de las Demandantes se relacionaba con el hecho de que recibían un trato diferente, en su calidad de inversores extranjeros, a aquel que se les proporcionaba a los otros cuatro bancos. Sin embargo, la injusticia como sinónimo de “discriminación” no constituye una de las alegaciones de las Demandantes en el caso que nos ocupa. [Traducción del Árbitro Kessler]

53. La diferencia en el presente caso se funda en las Medidas adoptadas por España en los años 2013-14. Como sabemos, el Régimen Especial entró en vigor en el año 2004. Cuando analizamos los hechos — y en especial cuando analizamos la manera en la cual el Demandado gestionó sus responsabilidades respecto del Régimen Especial, emergen algunos elementos interesantes. Obviamente, la diferencia que nos ocupa fue ocasionada por las Medidas en Disputa en los años 2013-14. Pero el déficit tarifario comenzó en el año 2000. Si uno debiera equilibrar los intereses del público en general con los de inversionistas extranjeros privados, mucho podría depender de cuándo tiene lugar el balance. Como se verá *infra*, existieron numerosos momentos

---

<sup>37</sup> *Id.*, ¶ 301.

<sup>38</sup> *Saluka*, ¶ 305.

significativos durante el período comprendido entre el año 2004 y los años 2013-14. Una instantánea tomada en los años 2006, 2008 o 2010 supondría diferentes elementos de peso en las escalas imaginadas. Con esto en mente, procederemos a analizar el balance en el contexto de la presente diferencia, incluida la consideración del papel del Demandado en su carácter de regulador.

2. El Derecho a Regular y Su Relación, Si Existiere, con la Diferencia que Nos Ocupa

54. Una cuestión de importancia que, a mi juicio, ha provocado confusión en esta diferencia se relaciona, de un modo u otro, con el derecho putativo a regular del Demandado y, cuando proceda, a modificar leyes o reglamentaciones en aras del interés público. En aras de evitar toda duda, tal como enunciara anteriormente, diversos tribunales han determinado que, en ausencia de un compromiso específico, los Estados conservan el derecho a modificar sus regímenes regulatorios<sup>39</sup>. Dichos tribunales han determinado que “a fin de adaptarse a las nuevas circunstancias económicas, las facultades regulatorias del Estado se mantienen intactas”<sup>40</sup>[Traducción del Árbitro Kessler]. Y cuando no exista una cláusula de estabilización específica o su equivalente, los inversores deberán prever que esa legislación o reglamentaciones podrían estar sujetas a modificaciones<sup>41</sup>. Reconozco y acepto esto.

55. Pero la cuestión que nos ocupa es en qué medida las protecciones que ofrecen los Tratados y, específicamente, la obligación de brindar a los inversores un Trato Justo y Equitativo conforme al TCE podrán dar origen a una responsabilidad jurídica y compensación a pesar del reconocido derecho a regular del Estado.

56. La Decisión, debidamente toma nota del lenguaje del tribunal de *Eiser* en este sentido, concretamente que:

“...la obligación del Demandado en virtud del TCE de otorgar a los inversores un trato justo y equitativo sí protege a los inversores frente a un cambio fundamental del régimen regulatorio de una

---

<sup>39</sup> Véanse, por ejemplo, *Parkerings –Compagniet AS c. Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 332; *EDF (Services) Ltd. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, ¶¶ 217-218.

<sup>40</sup> CL-0049, *BG Group Plc. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 24 de diciembre de 2007, ¶ 298.

<sup>41</sup> CL-0052, *Micula c. Rumania*, ¶ 666.

forma que no tome en cuenta las circunstancias de las inversiones existentes realizadas sobre la base del régimen anterior. El TCE no le prohibía a España realizar cambios apropiados en el régimen regulatorio del RD 661/2007. Por ende, el Tribunal no acepta la alegación de las Demandantes de que el RD 661/2007 les otorgó derechos económicos inmutables que no podían alterarse mediante cambios del régimen regulatorio. Sin embargo, el TCE sí protegía a las Demandantes frente al cambio total e irrazonable que experimentaron aquí”<sup>42</sup>.

57. La Decisión advierte, además, la utilización de un lenguaje similar en el caso *Blusun*, que, a su vez, hace referencia al Laudo *El Paso*, que habla de “una absoluta alteración del entramado jurídico para las inversiones extranjeras”, así como el lenguaje del tribunal de LG&E que alude a “desmonta[r] totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas”. Por último, la Decisión toma nota de la conclusión del laudo *Blusun* en el siguiente sentido: “El énfasis recae sobre la subversión del régimen jurídico”<sup>43</sup>.

58. La Decisión reconoce que, además del caso *Eiser*, los tribunales de otros casos relativos a inversiones en España — incluido *Novenergia* — también han determinado que, incluso si no se encontró “compromiso específico” alguno frente al inversor, que la cuestión relevante:

“[todavía] *es si la declaración o la conducta es objetivamente suficiente para crear expectativas legítimas en el receptor. Dicha conducta o declaración puede tomar la forma de leyes o regulaciones*”<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Decisión, ¶ 449.

<sup>43</sup> Decisión ¶ 450; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. República Italiana* (Caso CIADI No. ARB/14/3, ¶ 363 (CL-0187), que hace referencia a *El Paso Energy International Co c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, ¶ 517; *LG&E Energy Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, ¶ 139.

<sup>44</sup> Decisión ¶ 456; *Novenergia II – Energy Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR c. España*, Caso CCE No. 2015/063, Decisión Final, 15 de febrero de 2018, ¶ 547.



59. En la misma línea, aunque en circunstancias diferentes desde el punto de vista fáctico, la Jueza Higgins afirmó en el caso *Martini*:

“En mi opinión, aquí se están estableciendo las distinciones correctas: en efecto, puede que los gobiernos tengan que poder actuar *qua government* y en aras del interés público. Ese hecho impedirá que se otorgue el cumplimiento específico (incluso la restitución) en su contra. Pero eso no significa liberarlos de la obligación de compensar a aquellos con los que han celebrado acuerdos específicos. Ese es el lugar razonable para fijar el equilibrio entre las expectativas de los inversores extranjeros y las necesidades de buena fe de los gobiernos de actuar en aras del interés público”<sup>45</sup>. [Traducción del Árbitro Kessler]

### 3. El Quid de la Cuestión

60. La Decisión admite que las Demandantes se encuentran protegidas del cambio total e irrazonable o de la subversión del régimen jurídico en virtud del cual invirtieron, si bien a la Decisión aún le preocupa que el reconocimiento de algo menos que un “compromiso específico” pueda “constituir [ ] una limitación excesiva a la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general”.

61. Considero que, en las circunstancias del presente caso, esta preocupación no se justifica, dado que la situación que dio lugar a la diferencia que nos ocupa, respetuosamente, no tiene nada que ver con una limitación a las facultades regulatorias del Demandado. En primer lugar, tal como ya se ha demostrado (véanse ¶ 29 a ¶ 40 *supra*), el Demandado creó la estructura de incentivos para las inversiones en ER por razones de interés nacional perfectamente atendibles. El Reino de España, por sí solo, estableció el detallado sistema retributivo que se implementó, primero, en el RD 434/2004 y se refinó aún más, luego, en el RD 636/2007. El Demandado sí parece haber tenido en mente que los inversores en virtud del Régimen Especial obtendrían lo que las autoridades del Demandado consideraban una rentabilidad razonable, a saber, 7,398% anual antes de impuestos. Sin embargo, lo que estableció el Demandado, de hecho, fue un sistema retributivo que concedía a los inversores la opción anual de dos medidas de retribución por unidad de energía eléctrica producida. La estructura no les garantizaba a los inversores ningún nivel

---

<sup>45</sup> R. Higgins, *The Takings of Property by the State: Recent Developments in International Law*, (III) Collected Courses of the Hague Academy of International Law, pág. 338; citada en *National Grid c. Argentina*, ¶151.

específico de rentabilidad, sino que les permitía, si eran eficientes, ganar tanto como pudieran. Asimismo, no encuentro prueba alguna en el expediente de que se hubiera informado a los participantes en el Régimen Especial que la continuidad de su retribución en virtud de dicho régimen dependiera, de algún modo, de los ingresos percibidos por el Demandado de los consumidores de electricidad o efectivamente de alguna otra cuenta presupuestaria o fuente de fondos. No se estableció ninguna condición semejante porque no existía.

62. En cuanto al derecho a regular del Demandado, me sorprendió la declaración de que, de conformidad con el sistema español de regulación aplicable a la energía eléctrica en general, los reguladores tenían asignada “una obligación de resultado”<sup>46</sup>. El Demandado había creado un sistema mediante el cual la retribución se calculaba multiplicando la tarifa aplicable (tarifa fija o precio de mercado más prima) por las cantidades de MWh producidas. Una vez que el Demandado hiciera eso, resulta difícil advertir cómo podría siquiera hablarse de “sobre-retribución”. No obstante, si de alguna manera esa fuera la verdadera preocupación y si las ganancias parecieran exceder la concepción de “rentabilidad razonable” que alberga el Demandado, se habría esperado que, a medida que se comisionaban las centrales eléctricas, los reguladores prestaran algo de atención a las rentabilidades reales obtenidas por las Demandantes y otros inversores en situación similar. Si hubiera parecido, por ejemplo, a partir de los años 2004 y 2005, que los incentivos que el Demandado había proporcionado a los inversores en Régimen Especial habían sido demasiado generosos – es decir, habían excedido genuinamente las rentabilidades que el Demandado había previsto al momento de establecer el régimen retributivo de ER -- los reguladores, sin objeción jurídica de nadie -- podrían haber reducido la tarifa regulada o el precio de mercado más prima – no para las plantas ya aprobadas – sino para los inversores futuros. Pero no se presentó prueba alguna de dicha atención regulatoria. Esto me parece interesante.

63. A medida que las inversiones en ER ingresaban a España, en el año 2010, se establecieron algunos límites a las cantidades mínima y máxima de KWh susceptibles de retribución en virtud del Régimen Especial, si bien el sistema retributivo se mantuvo inalterado. La única cuestión que sí recibió atención considerable fue el crecimiento del déficit tarifario. Y este cobró importancia recién después de la crisis económica mundial de los años 2007 y 2008.

---

<sup>46</sup> Resp. C-Mem. ¶ 342.

Ocasionó una reducción sustancial de los ingresos del Demandado a partir del consumo de energía eléctrica en el mercado minorista. Anteriormente, los ingresos obtenidos de las ventas de energía se habían utilizado para cubrir el coste de los incentivos proporcionados en virtud del Régimen Especial. Sin embargo, tal como se mencionara previamente, las inversiones en virtud del Régimen Especial no se habían atado ni condicionado de ninguna forma a los ingresos obtenidos por el Demandado de esa o cualquier otra fuente.

64. Por supuesto que la crisis económica mundial de los años 2007 y 2008 creó problemas serios para muchos países – y, tal vez, especialmente, para los países del sur de Europa. Estos países, incluido el Demandado, con anterioridad a los días del euro, habían podido adaptarse a las crisis importantes mediante la devaluación de sus monedas. Pero eso fue hace mucho tiempo. El Demandado obviamente enfrentó grandes presiones por las cuales merece compasión y comprensión. No obstante, la crisis de los años 2007 y 2008 no deshizo las condiciones en virtud de las cuales miles de millones de euros en inversiones en ER habían llegado a España a partir del año 2004 y siguieron llegando hasta el año 2013.

65. El Demandado ha prestado mucha atención a una serie de decisiones del Tribunal Supremo de España que indican que ninguna parte privada podría haber tenido la expectativa razonable de que cualquier regulación que afectara sus intereses comerciales no pudiera “cambiar”. Tal como se indicara *supra*, el derecho internacional también reconoce que los gobiernos deben poder modificar las leyes y regulaciones en aras del interés público a fin de adaptarse a un cambio de circunstancias. Diré más acerca de estas decisiones a continuación, pero lo que me sorprende es que, una vez más, el Demandado, en cualquier momento, si lo hubiera deseado, podría haber introducido diversos cambios en el Régimen Especial que habrían tenido un impacto directo en el déficit tarifario, cambios que casi seguramente no habrían dado lugar a consecuencias jurídicas negativas.

66. Por ejemplo, además de reducir el nivel de los incentivos al Régimen Especial para las inversiones futuras, tal como se sugiriera *supra*, el Demandado podría haber anunciado que, debido a las circunstancias económicas, autorizaría solo un número limitado de nuevas instalaciones generadoras en virtud del Régimen Especial. O bien el Demandado podría simplemente haber anunciado la eliminación del Régimen Especial a partir de una fecha determinada (para las instalaciones que aún no se encontraban en funcionamiento). Cualquiera de

estas dos opciones seguramente habría detenido el crecimiento del déficit tarifario. Pero, por supuesto, tales decisiones probablemente habrían detenido los grandes flujos de nuevas inversiones en ER – y ocasionado que el porcentaje de capacidad de generación de ER del Demandado cayera muy por debajo de los niveles requeridos por las Directivas vinculantes de la UE.

#### 4. La Importancia de las Decisiones del Tribunal Supremo Español

67. El sistema jurídico de España ciertamente se encuentra entre los más antiguos y sofisticados del mundo. Ningún árbitro serio puede considerar las decisiones del Tribunal Supremo español más que con el debido respeto. Sin embargo, con respecto a las decisiones vinculadas a la cuestión del “cambio” de las regulaciones, tales como aquellas que se citan en la Decisión (en ¶ 234 a ¶ 236 y ¶ 515 a ¶ 534), este árbitro se sorprendió ante la falta de algún tipo de análisis acerca del rol del derecho internacional emergente de los tratados de los cuales España es signatario. Conforme lo exige el Artículo 26 de la CVDT, las partes de un tratado deben adherir a sus términos y cumplir sus obligaciones de buena fe - (*Pacta Sunt Servanda*). El Artículo 27 establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

68. En efecto, en el Artículo 96 de la Constitución Española se establece lo siguiente:

*“1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.*

Esto significa que los términos del TCE, incluido el estándar de Trato Justo y Equitativo, se consideran parte del derecho español. En consecuencia, si el Demandado introdujera o un cambio en el derecho o las regulaciones españoles que podría haber derivado en una violación del estándar de TJE, el Demandado o debería haber ajustado sus actos al estándar de TJE, o haber brindado alguna explicación en cuanto al motivo por el cual el estándar no fuera aplicable, o debería haber enfrentado las consecuencias de una violación del derecho internacional.

69. Puesto que esto es así, me pareció notable que, en las decisiones citadas, el Tribunal Supremo no hiciera mención alguna del derecho internacional ni del TCE. En tanto ello es así,

parecería que las decisiones del Tribunal Supremo a las cuales se ha referido el Demandado fueran de importancia marginal, si la tuvieran, respecto de las cuestiones planteadas ante el Tribunal.

70. No obstante, en cualquier caso, tal como afirmó el tribunal de *CMS c. Argentina* en su Laudo:

“El Tribunal tiene presente que en su Decisión sobre Jurisdicción efectuó una distinción entre medidas de carácter económico general, como las referentes a la emergencia económica y financiera, y medidas orientadas específicamente a la realización de la inversión, y llegó a la siguiente conclusión:

‘...el Tribunal concluye en este aspecto que no tiene jurisdicción sobre medidas generales de política económica adoptadas por la República Argentina y que no puede emitir juicio sobre si acaso ellas son acertadas o equivocadas. Sin embargo, el Tribunal también concluye que tiene jurisdicción para examinar si medidas específicas que afectan la inversión del Demandante, o medidas generales de política económica que tienen una relación directa con la inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos’<sup>47</sup>.

71. Si el análisis de este punto aún parece dejar cierta preocupación acerca del derecho a regular del Demandado y la posible limitación indebida de su facultad de modificar las leyes y regulaciones en aras del interés público, puede que el siguiente caso hipotético resulte de utilidad. Para repasar, tanto la Decisión como la Sección IV.B de la presente opinión concluyeron que el Demandado, al menos a partir del año 2004, había invitado a las Demandantes a invertir sobre la base de dos arreglos tarifarios aprobados que solo se encontraban a disposición de las centrales eléctricas que calificaban para el Régimen Especial. El Demandado también estableció que, a partir del año 2006, estas tarifas retributivas podrían ser objeto de modificación, pero que los cambios no afectarían a las plantas que ya calificaban y producían en virtud del Régimen Especial. En el período comprendido entre los años 2004 y 2013, estas regulaciones permanecieron en vigencia con ajustes menores.

72. El déficit tarifario comenzó en el año 2000 y siguió creciendo – en particular, con posterioridad a la crisis económica mundial de los años 2007 y 2008. La deficiencia tarifaria española fue financiada, hasta el año 2014, por las empresas de servicios públicos más importantes

---

<sup>47</sup> *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8 (2005), ¶ 124; que cita su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 17 de julio de 2003, 42 ILM 788 (2003) ¶ 25-32, ¶33; véase también Laudo RREEF ¶ 593.

del Demandado que estaban a cargo de vender electricidad a los usuarios finales. El expediente demuestra que el aumento del déficit tarifario no se debió a un cambio en el coste de capital entre los años 2004 y 2014. En su lugar, derivó de la reducción de los ingresos pagados por los usuarios finales, ingresos que anteriormente habían sido la principal fuente de fondos empleada para pagar a los productores en Régimen Especial.

73. Con anterioridad a las Medidas, la obligación del Demandado frente a los inversores en Régimen Especial estaba conformada por un flujo de fondos suficiente para cubrir los pagos de incentivos a los productores adheridos al Régimen Especial todos los años, originalmente, durante el resto de la vida útil de la planta; luego, se vinculó al saldo restante del período establecido en 20 o 25 años. Dichas obligaciones de pagos pueden concebirse fácilmente como una especie de cronograma de amortización. Hasta el año 2014, estas fueron financiadas por las cinco empresas de servicios públicos más importantes de España.

74. Ahora imaginemos que, en lugar de financiar estos costes del Régimen Especial tal como el Demandado optó por hacer aquí, el Demandado hubiera recurrido a un importante banco internacional y celebrado un contrato de préstamo que le permitiera al Demandado cubrir el déficit tarifario del Régimen Especial. En estas circunstancias, luego de haberse comprometido a cancelar el préstamo de conformidad con sus términos, ¿parecería realista o posible que el Demandado pudiera entonces invocar su derecho a regular o apelar a un margen de apreciación para que lo proteja del incumplimiento? Muchos gobiernos soberanos se vieron sacudidos por la crisis de los años 2007 y 2008. El crecimiento del déficit tarifario fue solo un aspecto de una crisis macroeconómica más grande. Parecería que recurrir a una entidad financiera privada, o al Banco Mundial o al FMI, o bien la renegociación de la deuda, podría haber sido una solución más apropiada. Esta analogía con la situación de los beneficiarios del Régimen Especial seguramente no es perfecta, pero este árbitro considera que el razonamiento es sólido y determina que los argumentos planteados por el Demandado para defenderse de las reclamaciones de las Demandantes sobre la base de la amplia discrecionalidad soberana para regular son engañosos. Me saco el sombrero ante la habilidad del equipo jurídico del Demandado, pero no me convence.

V. Deferencia Apropiada; Proporcionalidad (Concebida y Aplicada)

A. Deferencia Apropiada

75. Como árbitro que intenta de buena fe brindar respeto y deferencia apropiada a las decisiones políticas de un gobierno soberano, muchas preguntas vienen a mi mente. Sin embargo, en la diferencia planteada al Tribunal, la primera y más seria pregunta es la siguiente: “¿A cuál gobierno legítimo y soberano del Reino de España debemos deferir?” El Demandado desarrolló y refinó las características del Régimen Especial de manera gradual a partir del año 1998. Con la promulgación del RD 434/2004 y las disposiciones ulteriores, optó por una estructura regulatoria destinada a atraer grandes inversiones en ER y tuvo mucho éxito en ello. Tras haber atraído grandes inversiones en ER sobre esta base y con plantas de ER ya instaladas y comprometidas a operar durante su vida útil (o durante 20 a 25 años, tal como preveía la modificación ulterior), el Reino de España enfrentó una crisis financiera que involucraba múltiples factores coadyuvantes. El Demandado decidió actuar enérgicamente a fin de abordar esta crisis y, entre los años 2013 y 14, promulgó las Medidas en Disputa. Al hacerlo, modificó las normas fundamentales conforme a las cuales se habían realizado estas inversiones.

76. El Tribunal le ha otorgado al Demandado un amplio grado de deferencia. Esto se logra dándole crédito al esfuerzo sofisticado y elaborado del Demandado por demostrar que las Demandantes solo tenían derecho a una “rentabilidad razonable”. Resulta entendible que el Demandado pudiera haber utilizado los medios que empleó, en vista del aprieto en que el gobierno se encontraba. Dadas las circunstancias, resulta entendible además que un tribunal intente de algún modo honrar plenamente las decisiones soberanas adoptadas tanto en el año 2004 como en los años 2013 y 2014. No obstante, no tenemos la tarea de resolver esta diferencia *ex aequo et bono*. El Demandando también apela a los principios de proporcionalidad y pretende aplicarlos. Ahora procedemos a esta consideración final.

B. Proporcionalidad

77. Parece que alguien le preguntó alguna vez al autor y humorista estadounidense Mark Twain qué pensaba de la música de Richard Wagner. Twain no simuló dominar la música clásica. “Me dicen”, dijo Twain, “que la música de Wagner es mucho mejor de lo que suena”. Este árbitro no simula dominar el respetado principio de proporcionalidad. Pero me queda claro

que la proporcionalidad, al menos en la medida aplicable a estos inversores, ni se acerca a ser tan buena como suena.

78. En aras de evaluar esto, retomamos el proceso de tres etapas del análisis de proporcionalidad sintetizado en ¶ 17 *supra*: En primer lugar, ¿las Medidas estaban dirigidas a un objetivo gubernamental legítimo (en lugar de a un propósito arbitrario o corrupto)? Aquí hubo claramente una necesidad de abordar una serie de graves problemas económicos, incluidos los costes emergentes del déficit tarifario. En estas circunstancias, las Medidas se considerarían “adecuadas”.

79. En segundo lugar, luego de considerar el objetivo razonable, ¿las Medidas eran “necesarias”, es decir, razonables/apropiadas? Tal como afirmó la Decisión, la cuestión que nos ocupa no consiste en determinar si había un estado de necesidad que excluyera la ilicitud<sup>48</sup>. La Decisión reconoce que pasar esta prueba es más difícil, pero concluye que las Medidas satisfacen dicho criterio. Entiendo, sin embargo, que, cuando el impacto en una parte es fuerte, el umbral de la “necesidad” debe levantarse sustancialmente<sup>49</sup>. En función del razonamiento proporcionado, a este árbitro le parece que la respuesta correcta podría y debería ser “no”. Estas Medidas no eran “necesarias”, dado que, si este era, en realidad, uno de los elementos de una crisis macroeconómica mucho más grande, había muchas otras maneras de obtener los fondos para resolverla.

80. No obstante, el Tribunal arriba a la conclusión opuesta sobre este criterio y entonces debemos proceder a analizar el impacto de las Medidas en las partes afectadas, las Demandantes RWE. Sin reiterar los cambios introducidos en los años 2013 y 2014, debería bastar con suministrar el lenguaje empleado en la Decisión con respecto al impacto en las Demandantes.

“En general, las plantas de las Demandantes se ven afectadas por la reducción de los ingresos futuros que excede los EUR 400 millones, y las Demandantes sufren una reducción del 54% en los flujos de caja proyectados de sus plantas. Ello constituye, desde cualquier punto de vista, reducciones muy significativas”<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Decisión ¶ 561; Cf. Cl. Reply ¶¶ 506, 585-7.

<sup>49</sup> TEDH, *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, 23 de septiembre de 1982, Serie A, No. 5, párr. 73. Véanse también Van Dijk y van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3.<sup>a</sup> Ed. (La Haya, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998) en 629; Burke-White y von Staden, ‘Investment Protection in Extraordinary Times’ 48 *Virginia Journal of International Law* (2008) en 347.

<sup>50</sup> Decisión ¶599(a) – basada en *Compass Lexecon* diapositiva 38 y Dr. Spiller, Día 3/956. No pareciera que las cifras hayan sido cuestionadas. Véase Sr. Pérez, Día 5/1447-1448. Véase también diapositiva 39, basada en el segundo informe de *Compass Lexecon*.



El Tribunal concluye que, al permitir a las Demandantes obtener su rentabilidad del 7,398%, el Demandado ha utilizado un estándar aceptable para impedir que las Medidas, en general, se declaren “desproporcionadas”. El Tribunal efectivamente determina que existe una violación del estándar de TJE, pero solo en la medida que siete de las plantas de las Demandantes obtuvieron rentabilidades por debajo de esa cifra mínima. En otras palabras, con esa única excepción, el Tribunal concluye que las Medidas han cumplido con éxito cada uno de los tres requisitos del análisis de proporcionalidad. Tengo una percepción diferente acerca de esta cuestión.

81. En primer lugar, en calidad de árbitro que funciona como parte de una institución basada en el Estado de derecho, me resulta imposible condonar los elementos procesales fundamentales que utilizó el Demandado al momento de establecer las Medidas en Disputa. Las Demandantes fueron invitadas a invertir en España de conformidad con términos y condiciones específicos. Tal como se reconociera anteriormente, no es que estas condiciones no pudieran modificarse, sino que los inversores estaban protegidos del “desmont[e] total [ ] [d]el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas”. Véanse ¶¶54-56 *supra*. Dejando de lado las inversiones realizadas con anterioridad al año 2004, el Demandado determinó que las Demandantes, en el caso de cada inversión en particular, calificaban en las condiciones establecidas para el Régimen Especial. Las Demandantes operaban sus plantas de ER con éxito, pagaban sus impuestos y, en general, se comportaban como ciudadanos societarios responsables. Luego de operar de forma exitosa durante alrededor de 10 años, me resulta imposible aceptar, en términos de cualquier interpretación del Estado de derecho, que las Demandantes – y otros inversores en Régimen Especial -- fueran sometidos a la “máquina del tiempo” que presentaron las Medidas en Disputa. Estoy seguro de que los abogados a nivel mundial entienden la inequidad fundamental de que un Estado invite y acepte inversiones con arreglo a un conjunto de condiciones y, después, por sus propias razones, establezca reglas nuevas que deban aplicarse “como si” se hubieran encontrado en vigencia desde el primer momento<sup>51</sup>.

82. Puede ser que, de conformidad con el derecho español, una medida se considere retroactiva solo cuando una parte deba efectivamente devolver al Estado montos que ya había percibido en pleno cumplimiento de la ley. También puede ser que, conforme al derecho español, no exista problema jurídico alguno si una medida simplemente se retrotrae a recalcular ganancias

---

<sup>51</sup> Véase, en general, *Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations*, Héctor A. Mairal, Oxford University Press 2010.

a partir del año 2004 y utiliza esos montos de “sobre-retribución” determinados posteriormente para reducir la retribución a la cual los inversores extranjeros de otro modo tendrían derecho durante el resto de los 20 o 25 años en que sus instalaciones estarán en funcionamiento. Sin embargo, este árbitro no encuentra razón alguna para creer que dicho trato puede ser admitido en virtud del estándar de TJE. Los visibles esfuerzos del Demandado por evitar reducir de forma retroactiva las ganancias de las Demandantes provenientes del período comprendido entre los años 2004 y 2013-14 por debajo del 7,398% no pueden rectificar la situación. Considero que no es posible justificar estos actos en términos del debido proceso legal y claramente los habría declarado ilícitos en virtud del estándar de TJE.

83. No obstante, ¿el análisis de proporcionalidad debería modificar este resultado? La Decisión, después de todo, pone de un lado de la balanza el impacto muy sustancial en las Demandantes. Según la Decisión, del otro lado de la balanza se ponen el impresionante déficit tarifario y la salud financiera del Reino de España. Pero este árbitro estima que el respeto adecuado por ambas partes exige respeto por sus decisiones políticas cuidadosamente adoptadas. España decidió en el año 2004 y en adelante que tenía urgencia en atraer inversiones en energías renovables. Buscó activamente y logró atraer miles de millones de euros en inversión extranjera. Las Demandantes y muchos otros respondieron a esa convocatoria y se comportaron como ciudadanos societarios responsables. No se controvierte que el coste del dinero en los mercados de capitales no se modificó durante el período comprendido entre los años 2004 y 2013-14. Asimismo, no hay prueba alguna de que la conducta de las Demandantes o de otros en situación similar fuera la causa del crecimiento del déficit tarifario. La verdadera causa fue la crisis macroeconómica de España, que derivó en gran medida de la crisis económica mundial de los años 2007 y 2008, al igual que, tal vez, de algún tipo de ajuste presupuestario en años anteriores – fenómeno que los ciudadanos de prácticamente todas las naciones democráticas, desafortunadamente, conocen.

84. Si lo anterior es correcto, las Medidas en Disputa *per se* efectivamente constituyen un acto ilícito en virtud del derecho internacional de las inversiones, y yo habría preferido que fueran tratadas como tal. Sin criticar de ningún modo el análisis de proporcionalidad en sí mismo, mi opinión acerca de la lección aprendida de este caso es que la proporcionalidad, tal como se aplica en la presente diferencia, apunta en una dirección bastante peligrosa. Podría querer decir

que cada vez que un Estado enfrenta una crisis macroeconómica, los inversores extranjeros se convierten en presas –en tanto los intereses y los derechos legales de esos inversores privados se pondrán de un lado de la balanza, mientras que el bienestar de los ciudadanos y el bienestar financiero del Estado se pondrá del otro. Si eso es lo que ocurre, no solo al Demandado, sino también a las naciones con necesidades de desarrollo más urgentes, les resultará difícil atraer y mantener inversiones extranjeras.

85. Reitero que concuro plenamente tanto en la Decisión como en el Laudo. Les corresponderá a otros determinar si algunas o todas las opiniones expresadas por mis colegas o aquellas vertidas en esta Opinión Independiente satisfarán los intereses de la justicia, del derecho internacional de las inversiones o del derecho internacional en general. En cuanto al rol de este árbitro, y con sincero respeto por mis colegas, considero que he dicho lo que debía.

[Firmado]

Judd L. Kessler

1 de diciembre de 2020

Fecha

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A  
INVERSIONES**

En el procedimiento de arbitraje entre

**RWE INNOGY GMBH  
Y  
RWE INNOGY AERSA S.A.U.**

Demandantes

y

**REINO DE ESPAÑA**

Demandado

**Caso CIADI No. ARB/14/34**

---

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN, RESPONSABILIDAD Y CIERTAS CUESTIONES DE  
CUANTÍA

---

***Miembros del Tribunal***

Sra. Anna Joubin-Bret, Árbitra  
Sr. Judd L. Kessler, Árbitro  
Sr. Samuel Wordsworth QC, Presidente

***Secretaria del Tribunal***

Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

*Fecha de envío a las Partes: 30 de diciembre de 2019*

## REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

*En representación de RWE Innogy GmbH y  
RWE Innogy Aersa S.A.U:*

Sr. Antonio Vázquez-Guillén  
Sra. Marie Stoyanov  
Sra. Virginia Allan  
Sr. David Ingle  
Sr. Pablo Torres  
Sra. Patricia Rodríguez  
Allen & Overy LLP  
Serrano 73  
28006 Madrid  
Spain

y

Sr. Jeffrey Sullivan  
Gibson, Dunn & Crutcher LLP  
Temple Avenue  
Londres, EC4Y 0HB  
Reino Unido

*En representación del Reino de España:*

Sr. José Manuel Gutiérrez Delgado  
Sra. Elena Oñoro Sainz  
Sr. Roberto Fernández Castilla  
Sra. María José Ruiz Sánchez  
Sr. Diego Santacruz Descartín  
Sr. Antolín Fernández Antuña  
Sr. Javier Torres Gella  
Sra. Amaia Rivas Kortazar  
Sra. Patricia Froehlingsdorf Nicolás  
Sr. Pablo Elena Abad  
Sr. Alberto Torró Molés  
Sr. Rafael Gil Nievas  
Sra. Alicia Segovia Marco  
Abogacía General del Estado  
Depto. Arbitrajes Internacionales  
c/Marqués de la Ensenada, 14-16  
2ª. Planta  
28004 Madrid  
España

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN Y PARTES.....	1
II.	ANTECEDENTES PROCESALES .....	1
	A. REGISTRO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE .....	1
	B. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL .....	2
	C. FASES ESCRITA Y ORAL DEL PROCEDIMIENTO .....	3
III.	LAS RECLAMACIONES Y LOS PETITORIOS DE LAS PARTES.....	25
	A. LAS RECLAMACIONES DE LAS DEMANDANTES .....	25
	B. LOS PETITORIOS DE LAS DEMANDANTES.....	26
	C. LA POSICIÓN DEL DEMANDADO.....	28
IV.	ANTECEDENTES DE DERECHO Y DE HECHO.....	30
	A. EL RÉGIMEN ESPECIAL: MARCO LEGAL Y ECONÓMICO .....	31
	(1) La Ley del Sector Eléctrico de 1997 (Ley 54/1997).....	31
	(2) Real Decreto 2818/1998 (“RD 2818/1998”) y Plan de Fomento de las Energías Renovables en España 2000-2010 (“PER 2000”) .....	33
	(3) Real Decreto 436/2004 y Demás Normas de Aplicación, incluido el Real Decreto 661/2007 .....	36
	<i>a. Real Decreto 436/2004 (“RD 436/2004”).....</i>	<i>36</i>
	<i>b. El Plan de Energías Renovables 2005-2010 (“PER 2005”).....</i>	<i>40</i>
	<i>c. Real Decreto-Ley 7/2006 (“RDL 7/2006”) .....</i>	<i>41</i>
	<i>d. Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo de 2007 (“RD 661/2007”).....</i>	<i>43</i>
	<i>e. El Real Decreto-Ley 6/2009 (“RDL 6/2009”) y el Registro de Pre-asignación.....</i>	<i>51</i>
	<i>f. Otros desarrollos en el Régimen Especial 2009-2010.....</i>	<i>53</i>
	B. LAS INVERSIONES DE LAS DEMANDANTES EN ESPAÑA.....	57
	C. LAS MEDIDAS DE ESPAÑA Y EL RÉGIMEN NUEVO.....	66
	<i>a. El informe de la CNE de 7 de marzo de 2012; el MdE de 20 de julio de 2012.....</i>	<i>67</i>
	<i>b. Ley 15/2012.....</i>	<i>68</i>
	<i>c. RDL 2/2013, RDL 9/2013 y Ley 44/2013.....</i>	<i>69</i>
	<i>d. El impacto de las medidas de España en las inversiones de las Demandantes .....</i>	<i>73</i>
	<i>e. Procedimientos de Ayudas Estatales de la Comisión Europea.....</i>	<i>75</i>
	D. LOS FALLOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	77

<b>V. JURISDICCIÓN .....</b>	<b>79</b>
<b>A. OBJECIONES JURISDICCIONALES .....</b>	<b>79</b>
<b>B. LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL DE LAS DEMANDANTES .....</b>	<b>81</b>
<b>C. LA OBJECCIÓN INTRA-UE.....</b>	<b>81</b>
<b>(1) Las Posiciones de las Partes .....</b>	<b>81</b>
<i>a. La Posición del Demandado .....</i>	<i>81</i>
<i>b. La Posición de las Demandantes .....</i>	<i>87</i>
<b>(2) La Presentación <i>Amicus Curiae</i> de la Comisión Europea .....</b>	<b>91</b>
<b>(3) La Sentencia <i>Achmea</i> .....</b>	<b>93</b>
<i>a. La Posición del Demandado respecto de la Sentencia <i>Achmea</i> .....</i>	<i>95</i>
<i>b. La Posición de las Demandantes sobre la Sentencia <i>Achmea</i> .....</i>	<i>97</i>
<b>(4) Presentación <i>Amicus Curiae</i> Actualizada de la Comisión Europea .....</b>	<b>100</b>
<i>a. La Posición del Demandado respecto de la Presentación Actualizada de la CE 102</i>	
<i>b. La Posición de las Demandantes respecto de la Presentación Actualizada de la CE.....</i>	<i>102</i>
<b>(5) Las Declaraciones de 15 y 16 de enero de 2019 .....</b>	<b>103</b>
<i>a. La Posición del Demandado respecto de las Declaraciones de 2019 .....</i>	<i>105</i>
<i>b. La Posición de las Demandantes respecto de las Declaraciones de 2019.....</i>	<i>107</i>
<b>(6) El Análisis del Tribunal.....</b>	<b>108</b>
<i>a. El derecho aplicable a la objeción intra-UE .....</i>	<i>108</i>
<i>b. Interpretación y aplicación del Artículo 26(1) del TCE de conformidad con la CVDT .....</i>	<i>112</i>
<i>c. El argumento del Demandado en el sentido de que el derecho de la UE es de aplicación y resulta de aplicación preferente .....</i>	<i>122</i>
<i>d. Conclusión sobre la objeción intra-UE .....</i>	<i>131</i>
<b>D. LA OBJECCIÓN FISCAL .....</b>	<b>132</b>
<b>(1) Las Posiciones de las Partes .....</b>	<b>132</b>
<i>a. La Posición del Demandado .....</i>	<i>132</i>
<i>b. La Posición de las Demandantes .....</i>	<i>133</i>
<b>(2) El Análisis del Tribunal.....</b>	<b>135</b>
<b>VI. RESPONSABILIDAD .....</b>	<b>140</b>
<b>A. DERECHO APLICABLE .....</b>	<b>141</b>
<b>B. ATRIBUCIÓN Y AUTORIZACIÓN .....</b>	<b>141</b>

<b>C.</b>	<b>ARTÍCULO 10(1) DEL TCE: CUESTIONES DE INTERPRETACIÓN RESPECTO DE CONDICIONES ESTABLES Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS .....</b>	<b>144</b>
<b>(1)</b>	<b>Las Posiciones de las Partes .....</b>	<b>144</b>
<b>a.</b>	<i>La Posición de las Demandantes .....</i>	<i>144</i>
<b>b.</b>	<i>La Posición del Demandado .....</i>	<i>148</i>
<b>(2)</b>	<b>El Análisis del Tribunal.....</b>	<b>151</b>
<b>a.</b>	<i>La primera oración del Artículo 10(1).....</i>	<i>152</i>
<b>b.</b>	<i>La segunda oración del Artículo 10(1): TJE.....</i>	<i>154</i>
<b>D.</b>	<b>EL ARGUMENTO DE RWE SOBRE VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10(1) POR REFERENCIA A LAS SUPUESTAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS .....</b>	<b>166</b>
<b>(1)</b>	<b>Las Posiciones de las Partes .....</b>	<b>167</b>
<b>a.</b>	<i>La Posición de las Demandantes .....</i>	<i>167</i>
<b>b.</b>	<i>La Posición del Demandado .....</i>	<i>172</i>
<b>(2)</b>	<b>El Análisis del Tribunal.....</b>	<b>175</b>
<b>a.</b>	<i>La importancia del momento en que se realizaron las inversiones.....</i>	<i>175</i>
<b>b.</b>	<i>La cuestión de si las Demandantes efectivamente se ampararon en el régimen del RD 661/2007 al invertir después de 2007.....</i>	<i>179</i>
<b>c.</b>	<i>Diligencia debida .....</i>	<i>188</i>
<b>d.</b>	<i>Las decisiones del Tribunal Supremo español.....</i>	<i>191</i>
<b>e.</b>	<i>¿Las Demandantes tienen expectativas legítimas fundadas en compromisos específicos del Demandado? .....</i>	<i>201</i>
<b>f.</b>	<i>Conclusiones respecto del argumento planteado por las Demandantes sobre las expectativas legítimas; desproporcionalidad. ....</i>	<i>211</i>
<b>E.</b>	<b>FALTA DE CREACIÓN DE CONDICIONES ESTABLES.....</b>	<b>240</b>
<b>(1)</b>	<b>Las Posiciones de las Partes .....</b>	<b>240</b>
<b>a.</b>	<i>La Posición de las Demandantes .....</i>	<i>240</i>
<b>b.</b>	<i>La Posición del Demandado .....</i>	<i>243</i>
<b>(2)</b>	<b>El Análisis del Tribunal.....</b>	<b>245</b>
<b>F.</b>	<b>LAS MEDIDAS EN DISPUTA ERAN IRRAZONABLES .....</b>	<b>250</b>
<b>(1)</b>	<b>Las Posiciones de las Partes .....</b>	<b>250</b>
<b>a.</b>	<i>La Posición de las Demandantes .....</i>	<i>250</i>
<b>b.</b>	<i>La Posición del Demandado .....</i>	<i>255</i>
<b>(2)</b>	<b>El Análisis del Tribunal.....</b>	<b>261</b>
<b>G.</b>	<b>FALTA DE TRANSPARENCIA.....</b>	<b>264</b>
<b>(1)</b>	<b>Las Posiciones de las Partes .....</b>	<b>264</b>



<i>a. La Posición de las Demandantes</i> .....	264
<i>b. La Posición del Demandado</i> .....	268
(2) El Análisis del Tribunal.....	270
<b>H. VIOLACIÓN DE LA CLÁUSULA PARAGUAS</b> .....	<b>276</b>
(1) Las Posiciones de las Partes .....	276
<i>a. La Posición de las Demandantes</i> .....	276
<i>b. La Posición del Demandado</i> .....	279
(2) El Análisis del Tribunal.....	280
<b>VII. REPARACIÓN</b> .....	<b>282</b>
<b>A. RESTITUCIÓN</b> .....	<b>282</b>
(1) Las Posiciones de las Partes .....	282
<i>a. La Posición de las Demandantes</i> .....	282
<i>b. La Posición del Demandado</i> .....	283
(2) El Análisis del Tribunal.....	283
<b>B. INDEMNIZACIÓN</b> .....	<b>284</b>
(1) Las Posiciones de las Partes .....	284
<i>a. La Posición de las Demandantes</i> .....	284
<i>b. La Posición del Demandado</i> .....	295
(2) El Análisis del Tribunal.....	301
<b>VIII.DECISIÓN</b> .....	<b>307</b>

**TABLA DE TÉRMINOS DEFINIDOS**

Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI de 2006
C-[#]	Anexo Demostrativo de las Demandantes
Cl. Mem.	Memorial de los Demandantes (sobre Méritos) de fecha 26 de febrero de 2016
Cl. PHB	Escrito posterior a la Audiencia de las Demandantes de fecha 28 de julio de 2017, modificado el 7 de agosto de 2017
Cl. Rej.	Dúplica de los Demandantes sobre Jurisdicción de fecha 2 de marzo de 2017
Cl. Reply	Réplica de los Demandantes (y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de los Demandantes) de fecha 11 de noviembre de 2016.
CL-[#]	Autoridad Legal de las Demandantes
Cl. Skeleton	Resúmenes de Argumentos de las Demandantes de fecha 24 de abril de 2017
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía, adoptado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994
Audiencia	Audiencia sobre méritos y jurisdicción, celebrada en París, Francia los días 15-20 de mayo de 2017
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
R-[#]	Anexo Demostrativo del Demandado
RE	Energía Renovable

Resp. C-Mem.	Memorial de Contestación sobre Méritos y Memorial sobre Jurisdicción del Demandado, 20 de mayo de 2016
Resp. PHB	Escrito posterior a la Audiencia del Demandado de fecha 14 de julio de 2017
Resp. Rej.	Dúplica sobre Méritos y Réplica sobre Jurisdicción del Demandado de fecha 19 de enero de 2017
Resp. Skeleton	Resúmenes de Argumentos del Caso del Demandado de fecha 5 de mayo de 2017
RL-[#]	Autoridad Legal del Demandado
RfA	Solicitud de Arbitraje de las Demandantes de fecha 16 de diciembre de 2014
Tr. Día [#] [Disertante(s)] [página:línea]	Transcripción de la Audiencia
Tribunal	Tribunal de Arbitraje constituido el 4 de noviembre de 2015

## I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. El presente caso se refiere a una diferencia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) sobre la base del Tratado sobre la Carta de la Energía, que entró en vigor el 16 de abril de 1998 para Alemania y el Reino de España (el “TCE” o el “**Tratado**”), y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (el “**Convenio del CIADI**”).
2. Las demandantes son RWE Innogy GmbH (“**RWE**”), sociedad constituida conforme a las leyes de Alemania, y RWE Innogy Aersa S.A.U. (“**RWE Innogy Aersa**”), sociedad constituida conforme a las leyes del Reino de España (en conjunto, las “**Demandantes**”). El demandado es el Reino de España (“**España**” o el “**Demandado**”).
3. Las Demandantes y el Demandado se denominarán, en conjunto, las “**Partes**”. Los representantes de las Partes y sus domicilios se encuentran detallados en la página (i) *supra*.
4. La presente diferencia se relaciona con las medidas implementadas por el Gobierno de España que modificaron el marco regulatorio y económico de los proyectos de energía renovable.

## II. ANTECEDENTES PROCESALES

### A. REGISTRO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

5. El 19 de diciembre de 2014, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje de fecha 16 de diciembre de 2014 de RWE y RWE Innogy Aersa contra España (la “**Solicitud**”), junto con los Anexos Demostrativos C-001 a C-0015.
6. El 23 de diciembre de 2014, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI y notificó a las Partes del acto de registro. En la notificación del acto de registro, la Secretaria General invitó a las Partes a que procedieran a constituir un tribunal de arbitraje en cuanto fuera posible

conforme a la Regla 7(d) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje.

## **B. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL**

7. Mediante carta de fecha 23 de marzo de 2015, las Demandantes, dado que las Partes no habían logrado un acuerdo sobre el método de designación del Tribunal en el plazo de 60 días después del registro de la Solicitud, informaron a la Secretaria General que optaron por la fórmula establecida en el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI, según la cual el Tribunal estaría integrado por tres árbitros, designados de la siguientes manera: uno por cada Parte y el tercero, el Presidente, de común acuerdo entre las Partes.
8. El 3 de junio de 2015, las Partes informaron al Centro acerca de su acuerdo sobre el método de designación del árbitro presidente. El Presidente sería designado de común acuerdo entre las Partes. A falta de acuerdo, se llevaría a cabo una votación y, en caso de que ello no arrojara designación alguna, acordaron que entonces sería el CIADI quien realizaría el nombramiento.
9. El Tribunal está integrado por el Sr. Samuel Wordsworth QC, nacional del Reino Unido, Presidente, designado por la Secretaria General del CIADI según acordaran las Partes, el Sr. Judd Kessler, nacional de los Estados Unidos, designado por las Demandantes, y la Sra. Anna Joubin-Bret, nacional de Francia, designada por el Demandado. El Sr. Kessler y la Sra. Joubin-Bret aceptaron sus respectivas designaciones el 3 de abril de 2015 y el 3 de junio de 2015.
10. El 4 de noviembre de 2015, conforme a la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “**Reglas de Arbitraje**”), la Secretaria General notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado su nombramiento y que, por ende, se entendía que se había constituido el Tribunal en esa fecha. La Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski, Consejera Jurídica del CIADI, fue designada para actuar como Secretaria del Tribunal.

### C. FASES ESCRITA Y ORAL DEL PROCEDIMIENTO

11. El 14 de diciembre de 2015, y conforme a la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal y las Partes celebraron la primera sesión por medio de una conferencia telefónica. Las Partes confirmaron que el Tribunal se encontraba debidamente constituido y que ninguna de ellas se oponía al nombramiento de ningún Miembro del Tribunal.
12. Después de la primera sesión, el 15 de diciembre de 2015, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1, por la cual se registró el acuerdo de las Partes sobre ciertas cuestiones procesales y la decisión del Tribunal sobre los puntos controvertidos. La Resolución Procesal No. 1 establece, *inter alia*, que las Reglas de Arbitraje aplicables serían aquellas en vigor desde el 10 de abril de 2006, que los idiomas del procedimiento serían español e inglés, y que el procedimiento se desarrollaría en la sede del Centro en Washington, D.C. La Resolución Procesal No. 1 también establece el cronograma acordado para las diversas fases del procedimiento.
13. El 15 de diciembre de 2015, la Comisión Europea presentó una Solicitud de Autorización para Intervenir como Parte No Contendiente conforme a la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje (la “**Primera Solicitud de la CE**”).
14. Por invitación del Tribunal, el 8 de enero de 2016, cada una de las Partes presentó observaciones a la Primera Solicitud de la CE de fecha 15 de diciembre de 2015. El Demandado presentó, junto con su escrito, las Autoridades Legales RL-0001 a RL-0003.
15. El 10 de febrero de 2016, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 en la que se rechazaba la Primera Solicitud de la CE conforme a la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. El Tribunal señaló que el procedimiento aún se encontraba en una fase muy preliminar y que, hasta el momento, el Demandado no había opuesto ninguna excepción a la jurisdicción. El Tribunal consideró que, en ese entonces, no estaba preparado para evaluar si la presentación de la Comisión Europea lo ayudaría en la determinación de una cuestión relacionada con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquellos de las Partes.

16. El 26 de febrero de 2016, las Demandantes presentaron un Memorial sobre Méritos junto con su documentación de respaldo (“**Memorial de las Demandantes**” o “**Cl. Mem.**”), que incluyó las declaraciones testimoniales de los Sres. Hans Bunting, Ulrich Schäfer, Alan Henderson y Robert Navarro, el informe pericial de Compass Lexecon de fecha 24 de febrero de 2016, junto con los Anexos Demostrativos CLEX-001 a CLEX-0147, los Anexos Demostrativos C-0016 a C-0212 y las Autoridades Legales CL-0001 a CL0094.
17. El 7 de abril de 2016, las Demandantes notificaron al Tribunal que estaban atravesando un proceso de reestructuración corporativa.
18. El 13 de abril de 2016, el Tribunal invitó al Demandado a presentar sus comentarios sobre la carta de las Demandantes de 7 de abril de 2016.
19. El 21 de abril de 2016, el Demandado informó al Tribunal que se reservaba el derecho a presentar sus comentarios acerca del proceso de reestructuración de las Demandantes en la etapa procesal oportuna.
20. Mediante carta de fecha 25 de abril de 2016, las Demandantes respondieron la carta del Demandado y solicitaron al Tribunal que ordenara al Demandado abstenerse de realizar cualquier presentación fuera de término. A esto siguieron los comentarios que presentó el Demandado mediante carta de fecha 29 de abril de 2016.
21. Previa consulta a las Partes, el 11 de mayo de 2016, el Presidente del Tribunal confirmó que la Audiencia se celebraría en el Centro de Conferencias del Banco Mundial en París, Francia, desde el 15 de mayo hasta el 20 de mayo de 2017 (la “**Audiencia**”).
22. El 20 de mayo de 2016, el Tribunal tomó nota de que el Demandado comentaría en su Memorial de Contestación sobre Méritos y Memorial sobre Jurisdicción acerca del proceso de reestructuración empresarial de las Demandantes. El Tribunal también permitió a las Demandantes plantear cualquier objeción con respecto a los comentarios del Demandado, si lo creían conveniente, en tanto se hiciera referencia a la carta de las Demandantes de fecha 24 de marzo de 2016.

23. Ese mismo día y de acuerdo con el calendario procesal, el Demandado presentó un Memorial de Contestación sobre Méritos y Memorial sobre Jurisdicción, junto con documentación de respaldo (“**Memorial de Contestación del Demandado**” o “**Resp. C–Mem**”), que incluyó la declaración testimonial del Sr. Juan Ramón Ayuso, el informe pericial de BDO de fecha 20 de mayo de 2016, los Anexos Demostrativos R-0001 a R-0254 y las Autoridades Legales RL-0001 a RL-0067.
24. El 20 de junio de 2016, las Demandantes presentaron una copia del acuerdo sobre la fusión por absorción de RWE Innogy GmbH por parte de RWE International SE.
25. El 21 de junio de 2016, la Comisión Europea presentó una Segunda Solicitud de Autorización para Intervenir como Parte No Contendiente, conforme a la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (“**Segunda Solicitud de la CE**”).
26. El 24 de junio de 2016, el Presidente del Tribunal invitó a: (i) las Partes a formular observaciones sobre la Segunda Solicitud de la CE; y (ii) al Demandado a comentar acerca del acuerdo de fusión presentado por las Demandantes el 20 de junio de 2016.
27. El 5 de julio de 2016, cada una de las Partes presentó sus observaciones sobre la Segunda Solicitud de la CE.
28. Ese mismo día, el Demandado presentó sus comentarios sobre el acuerdo de fusión proporcionado el 20 de junio de 2016.
29. El 13 de julio de 2016, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 con respecto a la Segunda Solicitud de la CE, en la que decidió lo siguiente:

*“Decisión:*

- (i) Sujeto a lo previsto en (ii) infra, la Petición de la Comisión Europea para Intervenir como Parte No Contendiente de fecha 21 de junio de 2016, sea admitida con respecto a los sub-párrafos 27(i) y (ii) de la Petición.*
- (ii) La fecha límite de la Comisión Europea para realizar su presentación amicus curiae por escrito consiste en un mes contado a partir de la fecha de la presente Resolución. La presentación se limitará a las*



*cuestiones de jurisdicción señaladas en la Petición, y su extensión no excederá las 25 hojas (copiando el mismo formato de la Petición). No se le otorga permiso a la Comisión Europea para asistir a ninguna audiencia en el marco de este procedimiento.*

*(iii) La Petición se rechaza respecto del sub-párrafo 27(iii). En consecuencia, la Comisión Europea no tendrá acceso a los documentos del expediente del caso.*

*(iv) No se tomó decisión alguna con respecto a los costos (ya sea con respecto a la determinación de la Petición o la subsecuente consideración y determinación de dicha presentación amicus curiae por escrito tal como se presente de conformidad con lo establecido supra).*

30. El 22 de julio de 2016, tras una serie de intercambios entre las Partes, las Demandantes presentaron la Solicitud de Presentación Conjunta de Documentos de las Partes, junto con sus respectivos Cronogramas Redfern para que el Tribunal decidiese sobre la exhibición de documentos. El 26 de julio de 2016, el Demandado ratificó su consentimiento a la Solicitud de Presentación Conjunta de Documentos que presentaron las Demandantes. Junto con la Solicitud de Presentación Conjunta de Documentos de las Partes, las Demandantes presentaron dos anexos, los que más tarde identificaron como Anexos Demostrativos C-0213 y C-0214.
31. El 1 de agosto de 2016, las Demandantes informaron al Tribunal que el Cronograma Redfern que las Demandantes habían presentado el 22 de julio de 2016 estaba incompleto, puesto que inadvertidamente se habían omitido una serie de solicitudes. Las Demandantes presentaron una versión corregida de la Solicitud de Presentación Conjunta de Documentos de 22 de julio de 2016, que reemplazó la que se presentó originalmente. El 2 de agosto de 2016, el Demandado ratificó su consentimiento al texto contenido en la versión corregida.
32. El 11 de agosto de 2016, conforme a la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Comisión Europea realizó una presentación *amicus curiae* de acuerdo con las instrucciones del Tribunal en la Resolución Procesal No. 3 (“**Presentación amicus curiae de la CE**”).

33. El 23 de septiembre de 2016, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 4 con respecto a la Solicitud de Presentación Conjunta de Documentos de las Partes.
34. El 29 de septiembre de 2016, las Partes presentaron una modificación consensuada del calendario procesal.
35. El 30 de septiembre de 2016, el Demandado presentó un escrito acerca de las Actas de los debates del Consejo de Ministros de España, tal como se describe en la Resolución Procesal No. 4. El 7 de octubre de 2016, las Demandantes presentaron sus objeciones sobre dicho particular.
36. El 25 de octubre de 2016, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 5 acerca de las solicitudes de las Demandantes con respecto a la exhibición de documentos relativa de los debates del Consejo de Ministros de España.
37. El 3 de noviembre de 2016, las Partes informaron al Tribunal acerca de su acuerdo para prorrogar una semana el plazo para la presentación de la Réplica y el calendario procesal modificado. Ese mismo día, el Tribunal confirmó el calendario procesal actualizado, según lo acordado por las Partes: la Réplica sobre Méritos y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes se presentarían el 11 de noviembre de 2016; la Dúplica sobre Méritos y Réplica sobre Jurisdicción del Demandado el 13 de enero de 2017, y la Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes el 24 de febrero de 2017.
38. El 11 de noviembre de 2016, las Demandantes presentaron una Réplica sobre Méritos y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción (“**Réplica de las Demandantes**” o “**Cl. Reply**”), junto con una serie de documentos de respaldo que comprendieron un segundo informe pericial de Compass Lexecon, los Anexos Demostrativos C-0215 a C-0332, las Autoridades Legales CL-0095 a CL-0160 y cuatro apéndices: Tabla de Sentencias del Tribunal Supremo Español (Apéndice 1), Tabla Consolidada de Definiciones de los Demandantes (Apéndice 2), Tabla Consolidada de Documentos de Prueba de los Demandantes (Apéndice 3) y Listado Consolidado de Fundamentos Jurídicos de los Demandantes (Apéndice 4).

39. El 24 de noviembre de 2016, el Demandado presentó una solicitud de fecha 18 de noviembre de 2016 para que el Tribunal decidiera sobre la admisibilidad del Laudo emitido en *Isolux Netherlands BV c. España (Caso CCE V2013/153)* (“**laudo Isolux**”) como nueva prueba en el expediente, junto con una solicitud para que el Tribunal ordenase a las Partes y sus abogados mantener la absoluta confidencialidad del laudo *Isolux*. El Demandado también solicitó que ambas Partes pudieran presentar un breve escrito sobre el laudo *Isolux*.
40. El 28 de noviembre de 2016, previa invitación del día anterior por parte del Tribunal, las Demandantes presentaron sus observaciones sobre la solicitud del Demandado de fecha 24 de noviembre de 2016. En su comunicación, las Demandantes invitaron al Demandado a confirmar si *Isolux Netherlands BV* había prestado su consentimiento a los fines de que se incluyera el laudo *Isolux* en el expediente de este procedimiento.
41. Ese mismo día, el Tribunal invitó al Demandado a comentar sobre la comunicación de las Demandantes y, en particular, a confirmar si *Isolux Netherlands BV* había prestado su consentimiento para que el laudo *Isolux* se incorporara al expediente de este procedimiento.
42. Las comunicaciones ulteriores de las Partes (las comunicaciones del Demandado de 29 de noviembre de 2016, y 15 y 22 de diciembre de 2016, y las comunicaciones de las Demandantes de 5 y 16 de diciembre de 2016) hacían referencia a la cuestión de la confidencialidad que se había planteado con respecto al laudo *Isolux*.
43. El 11 de enero de 2017, las Partes informaron al Tribunal sobre su acuerdo para prorrogar los plazos para la presentación de los Memoriales y las traducciones de las Partes. Ese mismo día, el Tribunal confirmó la prórroga de los plazos para la presentación de los escritos y las traducciones restantes, tal como habían acordado las Partes.
44. El 19 de enero de 2017, el Demandado presentó una Dúplica sobre Méritos y Réplica sobre Jurisdicción, junto con la correspondiente documentación de respaldo (“**Dúplica del Demandado**” o “**Resp. Rejoinder**”) que incluyó: la segunda declaración testimonial

de Juan Ramón Ayuso, el segundo informe pericial de BDO, los Anexos Demostrativos R-0254 Bis a R-0336 y las Autoridades Legales RL-0068 a RL-0087.

45. El 20 de enero de 2017, el Demandado solicitó autorización al Tribunal para incluir en una nota al pie una referencia a una autoridad legal que inadvertidamente se había omitido en su Dúplica sobre Méritos y Réplica sobre Jurisdicción de 19 de enero de 2017.
46. El 24 de enero de 2017, el Tribunal autorizó al Demandado a incluir una autoridad legal como referencia en una nota al pie, y a brindar versiones actualizadas en español y en inglés de su Dúplica sobre Méritos y Réplica sobre Jurisdicción.
47. Mediante carta de fecha 2 de febrero de 2017, el Demandado solicitó autorización al Tribunal para presentar dos documentos adicionales de los que el Demandado había tomado conocimiento después de presentar su Dúplica sobre Méritos: (i) el Informe Legal Cuatrecasas de las Demandantes titulado “*Cambios en el marco legal aplicable a las plantas termosolares*” [Traducción del Tribunal] como Anexo Demostrativo R-337, y (ii) la Decisión de la Comisión Europea con respecto al TCE, en un procedimiento de Ayuda Estatal del Gobierno checo, disponible en el sitio web de la Comisión Europea, como Anexo Demostrativo R-0338. El Demandado también ratificó su solicitud de agregar el laudo *Isolux* al expediente del caso.
48. El 3 de febrero de 2017, el Tribunal invitó a las Demandantes a realizar las observaciones que pudieran tener sobre la solicitud del Demandado. El Tribunal también informó a las Partes que decidiría sobre la solicitud del Demandado acerca del laudo *Isolux*, junto con la solicitud del Demandado de fecha 2 de febrero de 2017.
49. El 9 de febrero de 2017, las Demandantes presentaron observaciones sobre la solicitud del Demandado de fecha 2 de febrero de 2017.
50. El 13 de febrero de 2017, el Tribunal formuló algunas preguntas a las Partes acerca del tema de la confidencialidad planteado respecto del laudo *Isolux*, y fijó las fechas límite para que las Partes presentaran sus respectivas respuestas (a más tardar, 20 de febrero de 2017 para el Demandado y 27 de febrero de 2017 para las Demandantes).

51. El 15 de febrero de 2017, a pedido del Demandado, sin oposición de las Demandantes, el Tribunal prorrogó los plazos mencionados *supra* hasta el 27 de febrero de 2017 para el Demandado y 13 de marzo de 2017 para las Demandantes.
52. Conforme al cronograma modificado, las Partes presentaron sus respectivas respuestas a las preguntas del Tribunal sobre la confidencialidad del laudo *Isolux*.
53. Mediante carta de fecha 24 de febrero de 2017, el Tribunal invitó: (i) a las Demandantes a presentar un “*Memorando sobre el cumplimiento por parte de Marquesado Solar SL de las condiciones descritas en las secciones e) y f) del artículo 4 del Real Decreto 6/2009 de 30 de abril para la inscripción de la planta termosolar promovida por ella en el Registro de Pre-asignación de Tarifas*” [Traducción del Tribunal], emitido por CMS Albiñana & Suarez de Lezo (la “**Nota Adicional de CMS**”), a la cual las Demandantes hicieron referencia en su carta de 9 de febrero de 2017, y (ii) al Demandado a presentar la orden o el acuerdo de confidencialidad con respecto al caso *Isolux*.
54. El 27 de febrero de 2017, las Demandantes presentaron la *Nota Adicional de CMS* mencionada en la carta de las Demandantes de 9 de febrero de 2017. Ese mismo día, el Tribunal acusó recibo de la presentación de las Demandantes e invitó al Demandado a presentar un breve escrito, si así lo deseaba, sobre la *Nota Adicional de CMS*.
55. El 2 de marzo de 2017, el Demandado presentó una respuesta a la invitación del Tribunal de 24 de febrero de 2017, en la que aclaraba que no había acuerdo de confidencialidad entre las Partes del caso *Isolux*, salvo el que se estableció en la Resolución Procesal No. 1 emitida por el tribunal del caso.
56. El 2 de marzo de 2017, las Demandantes presentaron una Dúplica sobre Jurisdicción (“**Dúplica de las Demandantes**” o “**Cl. Rej.**”), incluidos los Anexos Demostrativos C-0333 a C-0335, y tres Apéndices: Tabla Consolidada de Definiciones de los Demandantes (Apéndice 1), Tabla Consolidada de Documentos de Prueba de los Demandantes (Apéndice 2) y Listado Consolidado de Precedentes Jurídicos de los Demandantes (Apéndice 3).

57. El 6 de marzo de 2017, el Demandado presentó un escrito acerca de la *Nota Adicional de CMS*, de acuerdo con las instrucciones del Tribunal de 24 de febrero de 2017.
58. Mediante carta de fecha 8 de marzo de 2017, las Demandantes solicitaron la oportunidad de presentar un resumen de argumentos previo a la audiencia, ya que—según recordaron—esa oportunidad se había dejado abierta durante la primera sesión para su posterior consideración. Mediante comunicación de esa misma fecha, el Demandado se opuso a la propuesta de las Demandantes, principalmente por razones de costo y porque, en su opinión, esos escritos adicionales no tenían fundamento razonable.
59. En preparación para la Audiencia, mediante carta de fecha 13 de marzo de 2017, el Tribunal (i) invitó a las Partes a preparar un dispositivo USB consolidado consensuado con las presentaciones de las Partes; (ii) propuso fechas para la celebración de una conferencia preparatoria de la audiencia de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.1 de la Resolución Procesal No. 1; (iii) proporcionó un Borrador de Agenda para la conferencia preparatoria de la audiencia, e invitó a las Partes a presentar una propuesta conjunta en la que se informase al Tribunal acerca de cualquier acuerdo sobre temas de la agenda o sus respectivas posturas; y (iv) después de considerar la postura de las Partes sobre los resúmenes de argumentos /presentaciones generales, el Tribunal invitó a las Partes a presentar Resúmenes de Argumentos /Presentaciones Generales de hasta 20 páginas, a saber: (i) las Demandantes, a más tardar, tres semanas antes de la audiencia (es decir, para el lunes 24 de abril de 2017), y (ii) el Demandado, a más tardar, diez días antes de la audiencia (es decir, para el viernes 5 de mayo de 2017).
60. El 18 de marzo de 2017, el Tribunal confirmó que la conferencia preparatoria de la audiencia se realizaría por vía telefónica el día viernes 30 de marzo de 2017.
61. El 22 de marzo de 2017, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 6 acerca de la solicitud del Demandado de 24 de noviembre de 2016, por la cual solicitaba autorización para agregar el laudo *Isolux* al expediente. En dicha resolución, el Tribunal decidió lo siguiente:

- (i) *“Con sujeción a (iii) infra, no se le impide a la Demandada que despliegue ante este Tribunal fragmentos del laudo Isolux que contengan el razonamiento de ese tribunal, junto con una traducción al idioma inglés de dichos fragmentos.*
- (ii) *La Demandada informará al Tribunal, dentro de un plazo de 7 días contados a partir de los pasos efectuados, si los hubiera, de conformidad con la invitación contenida en el ítem N.º 41 de la Tabla Redfern aneja a la RP N.º 4.*
- (iii) *Las Partes intentarán acordar entre ellas cualquier protección específica a la confidencialidad que consideren apropiada con respecto del laudo Isolux y cualquier decisión o laudo que eventualmente sea puesto a disposición de este Tribunal de conformidad con (ii) supra, y notificarán al Tribunal en este aspecto dentro de un plazo de 14 días.*

- 62. El 28 de marzo de 2017, las Partes presentaron un Borrador de Agenda Conjunto para la conferencia preparatoria de la audiencia, incluido el acuerdo de confidencialidad de las Partes sobre el uso del laudo *Isolux*.
- 63. Los días 28 y 29 de marzo de 2017, cada una de las Partes presentó una propuesta de calendario para la Audiencia.
- 64. El 30 de marzo de 2017, el Tribunal celebró una conferencia preparatoria de la audiencia con las Partes vía conferencia telefónica.
- 65. El 31 de marzo de 2017, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 7, que reflejaba los acuerdos y las decisiones que tuvieron lugar durante la conferencia preparatoria de la audiencia.
- 66. El 6 de abril de 2017, de acuerdo con la carta del Tribunal de fecha 2 de febrero de 2017, el Demandado presentó dos nuevos Anexos Demostrativos: (i) R-0337 - *Memorando de Cuatrecasas sobre cambios en el marco legal aplicable a las plantas termosolares*, 27 de enero de 2011, y (ii) R-0338 - *Ayuda Estatal SA.40171 (2015/NN) – Promoción por parte de la República Checa de la producción de electricidad de fuentes de energía renovable* de fecha 28 de noviembre de 2016.

67. El 18 de abril de 2017, las Demandantes presentaron sus comentarios sobre los Anexos Demostrativos R-0337 y R-0338 del Demandado, y el 26 de abril de 2017, el Demandado envió un mensaje sobre dicho particular.
68. El 19 de abril de 2017, las Demandantes presentaron una solicitud para que el Tribunal decidiera sobre la admisibilidad de cinco anexos demostrativos como nuevas pruebas. El 25 de abril de 2017, el Demandado presentó observaciones sobre la solicitud de las Demandantes. Mediante carta de fecha 25 de abril de 2017, el Tribunal dejó constancia de que el Demandado no se opuso a la presentación por parte de las Demandantes de dos de los Anexos Demostrativos: Anexo Demostrativo C-0339 - *Orden ETU/130/2017* de fecha 17 de febrero de 2017, y Anexo Demostrativo C-0340 - *Informe de la CNMC sobre la propuesta de orden* de fecha 12 de enero de 2017. Como resultado, el Tribunal decidió permitir agregar esos dos documentos al expediente como Anexos Demostrativos C-0339 y C-0340 de las Demandantes.
69. El 24 de abril de 2017, las Demandantes presentaron un Resumen de Argumentos, en tanto el Demandado presentó el suyo el 5 de mayo de 2017.
70. El 27 de abril de 2017, las Demandantes presentaron una respuesta a las observaciones del Demandado de 25 de abril de 2017 sobre la solicitud de admisibilidad de nuevas pruebas que presentaron las Demandantes el 19 de abril de 2017.
71. Mediante carta de 28 de abril de 2017, el Tribunal autorizó a las Demandantes a agregar al expediente: Anexo Demostrativo C-0336 (*Presentación de Iberdrola “Energías renovables en España: Nueva Regulación (RD 661-2007)”* de fecha 29 de mayo de 2007); Anexo Demostrativo C-0337 (*Presentación de Iberdrola “Energías renovables en España: Nueva Regulación (RD 661-2007)”* de fecha 22 de octubre de 2009); y Anexo Demostrativo C-0338 (*Informe de Auditoría, Estados Contables Consolidados e Informe de Gestión Consolidado de Iberdrola Renovables, S.A. y Subsidiarias, correspondientes al ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2010* [Traducción del Tribunal], de fecha 22 de febrero de 2011). El Tribunal también autorizó al Demandado a agregar al expediente la presentación de Iberdrola denominada “*Energías Renovables: Nueva Regulación*”, de



fecha 17 de marzo de 2004. El Demandado presentó este documento el 10 de mayo de 2017 como Anexo Demostrativo R-0339.

72. El 8 de mayo de 2017, las Demandantes presentaron una solicitud al Tribunal para que decidiera sobre la admisibilidad del laudo emitido en el caso *EISER Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/13/36) (el **Laudo Eiser**) como nueva prueba en el expediente. El 9 de mayo de 2017, el Demandado manifestó no tener objeción alguna a la solicitud de las Demandantes. Por ende, con autorización del Tribunal, el 10 de mayo de 2017, las Demandantes presentaron el laudo *Eiser* en español e inglés como CL-0170.
73. El 10 de mayo de 2017, con el consentimiento de las Demandantes y autorización del Tribunal, el Demandado presentó una sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 como Anexo Demostrativo R-0144, en reemplazo de otra sentencia presentada erróneamente como Anexo Demostrativo R-0144.
74. Entre los días 15 al 19 mayo de 2017, se celebró una audiencia sobre méritos y jurisdicción en el Centro de Conferencias del Banco Mundial en París, Francia (la “**Audiencia**”). Las siguientes personas estuvieron presentes en la Audiencia:

*Tribunal:*

Sr. Samuel Wordsworth QC	Presidente
Sra. Anna Joubin-Bret	Árbitro
Sr. Judd L. Kessler	Árbitro

*Secretariado del CIADI:*

Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski	Secretaria del Tribunal
---	-------------------------

*En representación de las Demandantes:*

Abogados:

Sr. Antonio Vázquez-Guillén	Allen & Overy LLP
Sr. Jeffrey Sullivan	Allen & Overy LLP
Sr. Antonio Jiménez-Blanco	Allen & Overy LLP
Sra. Marie Stoyanov	Allen & Overy LLP
Sra. Virginia Allan	Allen & Overy LLP
Sr. David Ingle	Allen & Overy LLP
Sr. Tomasz Hara	Allen & Overy LLP
Sra. Stephanie Hawes	Allen & Overy LLP

Sr. Gonzalo Jiménez-Blanco

Allen & Overy LLP

Partes:

Sr. Jutta Dissen

Innogy (RWE)

Sr. Gunnar Helberg

Innogy (RWE)

*En representación del Demandado:*

Abogados:

Sr. Diego Santacruz

Ministerio de Justicia

Sr. Francisco Javier Torres

Ministerio de Justicia

Sra. Elena Oñoro

Ministerio de Justicia

Sr. Antolín Fernández

Ministerio de Justicia

Sra. Patricia Fröhlingsdorf

Ministerio de Justicia

Partes:

Sra. Carmen López

IDEA

Sra. Carmen María Roa

IDEA

*Estenógrafos:*

Sra. Claire Hill

Estenógrafo en idioma inglés  
(The Court Reporter Ltd)

Sr. Leandro Iezzi

Estenógrafo en idioma español  
(DR-Steno)

Sra. Luciana Sosa

Estenógrafo en idioma español  
(DR-Steno)

*Intérpretes:*

Sr. Jesús Getan Bornn

Intérprete español - inglés

Sra. Amalia Thaler de Klemm

Intérprete español - inglés

Sra. Roxana Dazin

Intérprete español - inglés

75. Las siguientes personas fueron interrogadas en la Audiencia:

*En representación de las Demandantes:*

Testigos:

Sr. Hans Bünting

Innogy (RWE)

Sr. Robert Navarro

Innogy (RWE)

Sr. Alan Henderson

Innogy (RWE)

Peritos:

Sr. Pablo Spiller

Compass Lexecon

Sr. Antón García

Compass Lexecon

Sr. Alan Rozenberg

Compass Lexecon

Sr. Rui Pratinha

Compass Lexecon



Demostrativos C-0343 y C-0344); (iii) invitar al Demandado a presentar cualquier documento de respuesta en un plazo de diez días; y (iv) permitir a las Partes comentar, si lo consideraban pertinente, sobre los nuevos documentos en sus Escritos Posteriores a la Audiencia.

81. Las Partes presentaron sus Escritos Posteriores a la Audiencia, de manera simultánea, el 28 de julio de 2017, que incluyeron respuestas a las preguntas que formuló el Tribunal el 26 de mayo de 2017. El Demandado presentó, junto con su Escrito Posterior a la Audiencia, los Anexos Demostrativos R-0345 a R-0353.
82. Mediante carta de 30 de julio de 2017, las Demandantes solicitaron al Tribunal que (i) eliminara del expediente los Anexos Demostrativos R-0345 a R-0353; (ii) eliminara los párrafos 174 y 182 del Escrito Posterior a la Audiencia del Demandado, que hacían referencia a esos nuevos Anexos Demostrativos; y (iii) ordenara a España presentar un nuevo Escrito Posterior a la Audiencia, sin los párrafos 174 y 182, y que el resto quedara intacto a los efectos de la exclusión de pruebas. El 31 de julio de 2017, el Demandado presentó observaciones sobre la solicitud de las Demandantes de exclusión de nuevas pruebas.
83. El 31 de julio de 2017, el Tribunal, teniendo en cuenta que las Demandantes no se verían perjudicadas en tanto que tuvieran la oportunidad de responder a los nuevos documentos, permitió que se agregaran al expediente e invitó a las Demandantes a comentar sobre los Anexos Demostrativos R-0345 a R-0353. También se invitó a las Demandantes a incluir tales comentarios en una versión actualizada de su Escrito Posterior a la Audiencia. El 7 de agosto de 2017, las Demandantes en consecuencia presentaron un nuevo Escrito Posterior a la Audiencia.
84. El 23 de noviembre de 2017, el Demandado solicitó al Tribunal que se pronunciara sobre la admisibilidad de una Decisión de la Comisión Europea sobre el Marco de Ayudas Estatales para las Fuentes Renovables (la “**Decisión de la CE sobre Ayudas Estatales**”) en el expediente, y permitiera a las Partes presentar un breve escrito sobre las implicancias de la Decisión de la CE sobre las cuestiones analizadas en este

procedimiento. El 30 de noviembre de 2017, las Demandantes presentaron observaciones sobre esta solicitud.

85. El 30 de noviembre de 2017, tras la renuncia de la Árbitro Anna Joubin-Bret, la Secretaria General notificó a las Partes acerca de la vacante en el Tribunal y el procedimiento se suspendió conforme a la Regla 10(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. El 12 de enero de 2018, la Sra. Anna Joubin-Bret aceptó su nuevo nombramiento como árbitro por parte del Demandado, de conformidad con la Regla 11(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
86. El 14 de enero de 2018, el Tribunal decidió permitir agregar al expediente la Decisión de CE sobre Ayudas Estatales, ya que evaluaría su relevancia y peso junto con todo el material presentado. Posteriormente, el 19 de enero de 2018, el Demandado presentó, como Autoridad Legal RL-0089, la Decisión de la Comisión Europea sobre el Procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (2015/11N) con respecto a la Ayuda de España para Fuentes de Energías Renovables, Cogeneración y Residuos, junto con un escrito sobre su relevancia e importancia. El 26 de enero de 2018, las Demandantes presentaron su *Réplica a los Comentarios del Demandado sobre la Decisión SA.40348 de la Comisión Europea (2015/11N)*.
87. El 2 de marzo de 2018, las Demandantes solicitaron al Tribunal que se pronunciara sobre la admisibilidad del laudo final emitido en *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR c. Reino de España* (Arbitraje CCE (2015/063)), 15 de febrero de 2018 (el “**laudo Novenergia**”) como Autoridad Legal adicional en el expediente. Las Demandantes solicitaron, asimismo, que el Tribunal permitiera a las Partes presentar breves comentarios sobre la relevancia del laudo *Novenergia* en el supuesto de que se admitiera el documento al expediente.
88. Previa invitación del Tribunal, el 9 de marzo de 2018, el Demandado presentó observaciones sobre la solicitud de las Demandantes de 2 de marzo de 2018 con respecto a la admisibilidad de nuevos documentos. Con respecto al laudo *Novenergia*, el Demandado solicitó autorización al Tribunal para presentar las aclaraciones, correcciones y/o complementos de ese laudo, y la otra Sentencia que dictó el Tribunal

Jurisdiccional Sueco en la apelación del laudo *Novenergia*. El Demandado solicitó, además, autorización al Tribunal para agregar al expediente: (i) el laudo emitido en *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. República Italiana* (Caso CIADI No. ARB/14/3) de fecha 27 de diciembre de 2018 (el “**laudo Blusun**”); (ii) el laudo final emitido en *Sr. Jürgen Wirtgen, Sr. Stefan Wirtgen, Sra. Gisela Wirtgen, JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG c. La República Checa* de 11 de octubre de 2017 (el “**laudo Wirtgen**”); y (iii) la Sentencia Definitiva emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “**TJUE**”) en el Caso C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV* (la “**Sentencia Achmea**”).

89. Previa invitación del Tribunal, el 13 de marzo de 2018, las Demandantes presentaron una respuesta a las observaciones del Demandado y a su posterior solicitud de fecha 9 de marzo de 2018 con respecto a la admisibilidad de nuevos documentos.
90. El 15 de marzo de 2018, el Tribunal decidió permitir agregar al expediente (i) el laudo *Novenergia*, junto con, en tanto existan a esa fecha, todas las aclaraciones, correcciones y/o complementos del laudo *Novenergia*, y la Sentencia de la apelación del laudo *Novenergia*; (ii) el laudo *Wirtgen*; y (iii) la Sentencia *Achmea*. El Tribunal invitó a las Partes a presentar comentarios sobre su relevancia. La solicitud del Demandado de agregar al expediente el laudo *Blusun* se denegó porque éste ya se encontraba en el expediente.
91. El 22 de marzo de 2018, las Demandantes solicitaron autorización al Tribunal para presentar el laudo *Novenergia* sin tener que esperar los documentos adicionales del Demandado.
92. Mediante correo electrónico de fecha 22 de marzo de 2018, el Demandado informó al Tribunal que el 14 de marzo de 2018 se había presentado una Solicitud de Aclaración, Modificación y Corrección de errores de cálculo del laudo *Novenergia*, pero todavía no había habido ninguna Resolución al respecto. El Demandado presentó, junto con su comunicación: (i) los Comentarios del Demandado sobre la Sentencia *Achmea* y cuatro anexos, incluyendo el laudo *Blusun*; (ii) el laudo *Wirtgen* y la Opinión Disidente, ambos como RL-89; y (iii) la Sentencia *Achmea*, como RL-90.

93. El 23 de marzo de 2018, las Demandantes presentaron una solicitud de exclusión de las nuevas Autoridad Legales adjuntas como anexos de los comentarios del Demandado sobre la Sentencia *Achmea*, presentadas el 22 de marzo de 2018. A esto siguieron las observaciones del Demandado de la misma fecha.
94. El 28 de marzo de 2018, las Demandantes presentaron comentarios sobre el laudo *Wirtgen* y la Sentencia *Achmea*. El 2 de abril de 2018, las Demandantes presentaron el laudo *Novenergia*, junto con sus comentarios sobre su relevancia. El 11 de abril de 2018, las Demandantes presentaron un escrito actualizado sobre la Sentencia *Achmea* que incorporó sus observaciones sobre los Anexos 2-4 del escrito de la Demandante sobre la Sentencia *Achmea*.
95. El 16 de mayo de 2018, la Comisión Europea ofreció actualizar la presentación *amicus curiae* de la CE de fecha 11 de agosto de 2016 a la luz de la Sentencia *Achmea*, y expresó su opinión sobre las consecuencias de esa sentencia para los procedimientos de arbitraje en trámite basados en el TCE (el “**Comunicación de la CE**”). El 31 de mayo de 2018, el Tribunal invitó a cada una de las Partes a presentar observaciones sobre la Comunicación de la CE.
96. El 29 de mayo de 2018, las Demandantes solicitaron autorización para (i) agregar como Autoridad Legal adicional al expediente el laudo de fecha 16 de mayo de 2018 emitido en *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/14/1) (el “**laudo Masdar**”); y (ii) que las Partes pudieran realizar presentaciones simultáneas sobre su relevancia. El 30 de mayo de 2018, el Tribunal invitó al Demandado a comentar sobre la solicitud de las Demandantes y, mediante carta de 5 de junio de 2018, modificada por carta de 6 de junio de 2018, el Demandado presentó sus observaciones.
97. El 6 de junio de 2018, el Tribunal decidió permitir a las Demandantes agregar el laudo *Masdar* al expediente como Autoridad Legal adicional y a las Partes presentar comentarios consecutivos sobre su relevancia. El Tribunal hizo hincapié en que (i) no se beneficiaría con ningún intento de relitigar cuestiones planteadas ante el tribunal de *Masdar*, y (ii) que el laudo *Masdar* podría (o no) resultar útil al Tribunal por la naturaleza

persuasiva (o de cualquier otra índole) del razonamiento de las cuestiones de derecho, y no por los hechos, puesto que los hechos del presente caso son únicos (al igual que los del caso *Masdar*).

98. El 7 de junio de 2018, cada una de las Partes presentó observaciones sobre el Comunicado de la CE.
99. El 13 de junio de 2018, las Demandantes presentaron el laudo *Masdar* como CL-0191, juntos con sus comentarios al respecto. El Demandado presentó sus comentarios el 20 de junio de 2018.
100. El 22 de junio de 2018, el Tribunal aceptó el ofrecimiento de la Comisión Europea de 16 de mayo de 2018 de actualizar la presentación *amicus curiae* de la CE de fecha 11 de agosto de 2016.
101. El 13 de julio de 2018, la Comisión Europea realizó su presentación *amicus curiae* actualizada (la “**Presentación Actualizada de la CE**”), junto con los anexos 1 al 6.
102. Ese mismo día, el Tribunal informó a las Partes que, una vez que recibiera la Presentación Actualizada de la CE, el Demandado podría presentar hasta tres páginas de comentarios en los próximos siete días, y luego las Demandantes dentro de los siete días siguientes.
103. El 24 de julio de 2018, el Demandado informó al Tribunal que no había podido presentar sus comentarios en término debido a una audiencia en otro caso, y solicitó autorización para presentar sus comentarios el 25 de julio de 2018. El mismo día, las Demandantes informaron al Tribunal que, si bien había vencido el plazo para la presentación de los comentarios del Demandado, no tenían ninguna objeción a la solicitud del Demandado.
104. Asimismo, el 24 de julio de 2018, la Secretaria del Tribunal informó a las Partes que la solicitud del Demandado había sido otorgada, y que debía presentar sus comentarios el 25 de julio de 2018. A las Demandantes se les otorgaría una prórroga similar del plazo, si así lo deseaban, en cuyo caso deberían presentar sus comentarios sobre la Presentación Actualizada de la CE el 6 de agosto de 2018. En consecuencia, el Demandado presentó sus comentarios el 25 de julio de 2018, y las Demandantes, el 6 de agosto de 2018.



105. El 10 de agosto de 2018, las Demandantes solicitaron autorización para (i) agregar como Autoridad Legal adicional al expediente el laudo de fecha 15 de junio de 2018 emitido en *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l y Antin Energia Termosolar B.V. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/13/31) (el “**laudo Antin**”); y (ii) que las Partes pudieran realizar presentaciones simultáneas sobre su relevancia. El 17 de agosto de 2018, el Demandado presentó observaciones sobre la solicitud de las Demandantes de 10 de agosto de 2018, con respecto al laudo *Antin*. El 20 de agosto de 2018, el Tribunal permitió a las Demandantes agregar el laudo *Antin* al expediente como Autoridad Legal adicional y a las Partes presentar comentarios consecutivos sobre su relevancia. Así, el 27 de agosto de 2018, las Demandantes presentaron este laudo como CL-0192, junto con sus comentarios al respecto. El Demandado presentó sus comentarios el 3 de septiembre de 2018.
106. El 12 de septiembre de 2018, las Demandantes solicitaron autorización para (i) agregar como Autoridad Legal adicional al expediente la “Decisión sobre el Caso *Achmea*” de fecha 31 de agosto de 2018, emitida en *Vattenfall AB y otros c. República Federal de Alemania* (Caso CIADI No. ARB/12/12) (la “**Decisión Vattenfall**”); y (ii) que las Partes pudieran realizar presentaciones simultáneas sobre su relevancia.
107. El 21 de septiembre de 2018, el Demandado manifestó que no tenía objeciones y el 23 de septiembre de 2018, el Tribunal autorizó (i) a las Demandantes a agregar la Decisión *Vattenfall* como Autoridad Legal, tal como acordaran las Partes, y (ii) a las Partes a presentar comentarios consecutivos sobre su relevancia<sup>1</sup>. Por ende, el 2 de octubre de 2018, las Demandantes presentaron esta Decisión como CL-0193, junto con sus comentarios al respecto. El Demandado presentó sus comentarios el 9 de octubre de 2018.

---

<sup>1</sup> El 26 de septiembre de 2018, la Árbitro Joubin-Bret informó a las Partes acerca de su intención de participar en la Conferencia de la Comunidad Euro-Mediterránea en Madrid los días 19 y 20 de octubre de 2018. Las Demandantes presentaron observaciones el 3 de octubre de 2018. Posteriormente, mediante carta de fecha 8 de octubre de 2018, la Árbitro Joubin-Bret aclaró ciertas cuestiones relacionadas con el programa de la conferencia e informó a las Partes que había resuelto cancelar su participación en la conferencia, en la cual se la podía reemplazar por cualquiera de sus colegas.

108. El 25 de enero de 2019, el Demandado solicitó autorización al Tribunal para agregar al expediente la *“Declaración de los Representantes del Gobierno de los Estados Miembros de 15 de enero de 2015 sobre las Consecuencias Jurídicas de la Sentencia del Tribunal de Justicia en Achmea y sobre la Protección de las Inversiones en la Unión Europea”* (la **“Declaración de 15 de enero de 2019”**). [Traducción del Tribunal]
109. Ese mismo día, las Partes informaron al Tribunal acerca de su acuerdo para presentar simultáneamente sus escritos sobre costos el 8 de febrero de 2019<sup>2</sup>.
110. El 30 de enero de 2019, las Demandantes se opusieron a la solicitud del Demandado de 25 de enero de 2019 y señalaron que, en caso de que el Tribunal decidiera permitir al Demandado introducir la Declaración, las Demandantes solicitaban autorización para agregar como Autoridades Legales adicionales al expediente: (i) la *“Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, de 16 de enero de 2019, sobre la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia en Achmea y sobre la protección de las inversiones dentro de la Unión Europea”*, firmada por los Representantes de los Gobiernos de Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo, Malta, y Suecia (la **“Declaración de los Cinco Estados Miembros”**); y (ii) la *“Declaración del Representante del Gobierno de Hungría, de 16 de enero de 2019, sobre las consecuencias jurídicas de la Sentencia del Tribunal de Justicia en Achmea y sobre la Protección a las Inversiones dentro de la Unión Europea”*, firmada por Hungría (la **“Declaración de Hungría”**). [Traducción del Tribunal]
111. El 1 de febrero de 2019, el Tribunal autorizó la presentación (i) por parte del Demandado de la Declaración; y (ii) por parte de las Demandantes de las Declaraciones adicionales identificadas en la carta de las Demandantes de 30 de enero de 2019, y fijó los plazos para que las Partes presenten comentarios sobre su relevancia. En consecuencia, el 5 de febrero de 2019, el Demandado presentó la Declaración y las Demandantes, a su vez, introdujeron las Cinco Declaraciones de los Estados Miembros y la Declaración de

---

<sup>2</sup> El 3 de octubre de 2018, el Tribunal había informado a las Partes sobre el estado del Laudo e invitó a las Partes a acordar y someter a consideración del Tribunal una fecha consensuada para la presentación simultánea de los escritos sobre costos de las Partes.

Hungría. De acuerdo con las instrucciones del Tribunal, el Demandado presentó sus comentarios el 12 de febrero de 2019, y las Demandantes, el 19 de febrero de 2019<sup>3</sup>.

112. El 26 de febrero de 2019, cada Parte presentó un Escrito sobre Costos<sup>4</sup>.
113. El 11 de abril de 2019, el Demandado solicitó autorización al Tribunal para presentar la Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación de Daños de *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited* y *RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.á.r.l c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/13/30) (la “**Decisión RREEF**”) el 30 de noviembre de 2018, junto con la Opinión Parcialmente Disidente. El 22 de abril de 2019, las Demandantes presentaron observaciones sobre la solicitud del Demandado de fecha 11 de abril de 2019. El 25 de abril de 2019, el Tribunal permitió al Demandado agregar al expediente la Decisión y Disidencia Parcial, y a las Partes, presentar comentarios consecutivos.
114. El 3 de mayo de 2019, el Demandado presentó *la* Decisión *RREEF* y la Disidencia Parcial *RREEF* como RL-099EN y RL-100EN, respectivamente, junto con los comentarios correspondientes. Las Demandantes presentaron sus comentarios el 10 de mayo de 2019.
115. El 9 de Agosto de 2019, las Demandantes le solicitaron al Tribunal (i) que confirmara tener suficiente disponibilidad para trabajar eficientemente para la emisión del Laudo; (ii) que declarara el cierre del procedimiento de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI; y (iii) que expresara con claridad la fecha en la que tiene intención de emitir su Laudo.

---

<sup>3</sup> El 25 de febrero de 2019, la Secretaria del Tribunal transmitió a las Partes el siguiente mensaje del Presidente del Tribunal: “*Recientemente, me enteré que, en un caso sobre un tratado bilateral de inversiones en el cual entiendo en cuestiones de jurisdicción y responsabilidad (únicamente), BDO (el Sr. Gervase MacGregor) actúa como perito especializado en cuantificación de daños de la parte contraria (el caso versa sobre una supuesta expropiación y otras violaciones del TBI con respecto a la propiedad de un inversor finlandés en Egipto a comienzos de la década de 2000). No estuve siguiendo las cuestiones sobre cuantificación en ese caso, no leí ni leeré los informes de BDO en ese caso, y no asistiré a la audiencia durante el interrogatorio del perito de BDO ni participaré de algún otro modo en ese aspecto del caso. Ello, desde luego, no afecta mi imparcialidad e independencia como árbitro en este caso*”. [Traducción del Tribunal]

<sup>4</sup> El 6 de febrero de 2019, las Demandantes habían informado al Tribunal acerca del acuerdo de las Partes para solicitar una prórroga del plazo para la presentación de los escritos sobre costos de las Partes hasta el 26 de febrero de 2019. Tras la confirmación del Demandado el 7 de febrero de 2019 de su acuerdo, el mismo día, el Tribunal confirmó la prórroga del plazo, según lo acordado entre las Partes.

116. El 13 de agosto de 2019, el Tribunal comunicó lo siguiente a las Partes: “Desde su carta de 3 de octubre de 2018, el Tribunal se ha reunido para deliberar en persona, e igualmente ha tenido múltiples conferencias telefónicas, manteniendo un contacto regular por correo electrónico, casi semanalmente. El Tribunal ha concluido sus deliberaciones y ha completado recientemente su borrador final, si bien se requerirá dedicar tiempo para su edición final, traducción, y corrección final del texto, un proceso que pudiera extender su emisión hasta principios del otoño (...).”

### **III. LAS RECLAMACIONES Y LOS PETITORIOS DE LAS PARTES**

#### **A. LAS RECLAMACIONES DE LAS DEMANDANTES**

117. Las Demandantes afirman que España ha vulnerado el Artículo 10(1) del TCE y en consecuencia las Demandantes tienen derecho a recibir una indemnización. En particular, alegan que:
- i) España incumplió su obligación de brindar, en todo momento, un trato justo y equitativo (TJE) a las inversiones de las Demandantes. Esto se debe a que:
    - a. Las medidas de España vulneraron las expectativas legítimas y razonables de las Demandantes al momento en que se decidió invertir;
    - b. España no creó un régimen regulatorio estable y previsible;
    - c. La aplicación del Nuevo Régimen por parte de España no fue transparente, y el Nuevo Régimen no proporciona seguridad respecto al régimen económico y regulatorio pertinente que se aplicará a las inversiones de las Demandantes en España a partir de ahora;
    - d. Las medidas de España son muy irrazonables, ya que los motivos con los que España justifica estas medidas (el Déficit de Tarifa y el exceso de capacidad de las infraestructuras de ER) son el resultado de las propias decisiones regulatorias de España; y
    - e. Las medidas de España son desproporcionadas, ya que no hay ninguna relación razonable entre la carga impuesta a las inversiones de las Demandantes y el objetivo declarado de resolver el Déficit de Tarifa. Las medidas de España tuvieron un impacto desproporcionado sobre las inversiones de RWE—redujeron significativamente el valor justo de mercado de las inversiones de las Demandantes y ocasionaron pérdidas de

más de EUR 275 millones—y se aprobaron a pesar de las alternativas de España de adoptar medidas menos perjudiciales para las inversiones protegidas por el TCE.

- ii) España causó problemas significativos para las inversiones de las Demandantes por medio de medidas irrazonables; y
- iii) Las medidas ilícitas de España se desvían de las obligaciones contraídas con las inversiones de las Demandantes, en violación de la cláusula paraguas contemplada en el Artículo 10(1) del TCE (la **Cláusula Paraguas**). Esas obligaciones, específicamente la de “apadrinar” las instalaciones ya existentes de las Demandantes, es decir, no someterlas a futuras revisiones de la tarifa, fueron apoyadas en el RD 436/2004 y el RD 661/2007, así como en el Acuerdo de julio de 2010 y en el RD 1614/2010, en relación con la aplicación “garantizada” del régimen económico del RD 661 de cara al futuro<sup>5</sup>.

## **B. LOS PETITORIOS DE LAS DEMANDANTES**

118. Las Demandantes incluyeron en su Solicitud de Arbitraje (“**RfA**”) el siguiente Petitorio:

- (i) “que se declare que España ha violado los Artículos 10 y 13 del TCE, así como sus obligaciones en virtud de las normas y principios de derecho internacional aplicables;
- (ii) que se ordene que España repare íntegramente los daños o pérdidas que sufrieron las inversiones de las Demandantes como resultado de las violaciones del TCE y del derecho internacional por parte de España, mediante: (1) restitución plena a las Demandantes por medio del restablecimiento del marco legal y regulatorio vigente antes de promulgarse, *inter alia*, la Ley 15/2012, el RDL 2/2013, el RDL 9/2013, la Ley 24/2013, el RD 413/2014 y la Orden Ministerial; o (2) indemnización íntegra a las Demandantes por todas las pérdidas que sufrieron como resultado de las violaciones del TCE y del derecho internacional por parte de España, en una suma que se determinará en el curso de este proceso, incluyendo los intereses correspondientes sobre todas las sumas adjudicadas a una tasa razonable;
- (iii) que se ordene a España a pagar todas las costas en relación con este arbitraje, incluidos los costos de los árbitros y del CIADI, así como los gastos legales y de cualquier otra índole en que hayan incurrido las Demandantes, tales como, a mero título enunciativo, los honorarios de sus abogados, peritos y consultores, y los gastos de los propios empleados de las Demandantes, de manera íntegra, con más los intereses correspondientes a una tasa razonable;

---

<sup>5</sup> Cl. Mem. ¶ 73.

- (iv) que se ordene a España a pagar intereses posteriores al laudo, capitalizados de forma mensual, sobre las sumas adjudicadas hasta su pago íntegro; y
- (v) cualquier otro resarcimiento que el Tribunal Arbitral estime apropiado en las circunstancias del caso”<sup>6</sup>. [Traducción del Tribunal]

119. En su Memorial sobre Méritos, 26 de febrero de 2016, las Demandantes solicitaron el siguiente Petitorio:

- (i) DECLARA que España ha incumplido el Artículo 10.1 del TCE; y
- (ii) ORDENA a España:
  - a) la plena restitución a los Demandantes, mediante el restablecimiento de la situación existente antes del quebrantamiento por parte de España del TCE, más una compensación por las pérdidas sufridas hasta el restablecimiento del régimen anterior; o
  - b) el pago a los Demandantes de una compensación por las pérdidas sufridas a raíz de los incumplimientos, por parte de España, del TCE; y

en cualquier caso:

- a) el pago a los Demandantes de los intereses previos al laudo, al 7,61 % mensual compuesto; y
- b) el pago a los Demandantes de intereses posteriores al laudo a un tipo del 7,61 % compuesto mensualmente desde la fecha del laudo hasta que se haya pagado íntegramente;
- c) el pago a los Demandantes del importe de las costas de este arbitraje a título de indemnización íntegra por los daños y perjuicios soportados, incluyendo todos los gastos en que hubieran incurrido o vayan a incurrir los Demandantes en concepto de honorarios y costas de los árbitros, el CIADI, los asesores jurídicos y los peritos; y
- d) cualquier otra reparación que el tribunal considere justa y adecuada<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> RfA ¶ 128.

<sup>7</sup> Cl. Mem. ¶ 580.

120. Las Demandantes se reservaron el derecho a modificar o complementar su Memorial sobre Méritos y a solicitar las medidas de resarcimiento adicionales, alternativas o diferentes que estimen oportunas<sup>8</sup>.

121. En su Réplica sobre Méritos y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de fecha 11 de noviembre de 2016, las Demandantes hicieron el siguiente Petitorio:

“Los Demandantes repiten la petición de reparación recogida en el párrafo 580 del Memorial y también suplican al Tribunal que desestime todas las objeciones jurisdiccionales de España. Además de la reserva de derechos contenida en el párrafo 581 del Memorial, los Demandantes también se reservan el derecho a abordar cualquier discrepancia que los Demandantes descubran posteriormente entre las versiones inglesa y española del Contra-Memorial de España, habiéndose basado los Demandantes en la traducción inglesa”<sup>9</sup>.

122. En su Dúplica sobre Jurisdicción, de fecha 2 de marzo de 2017, las Demandantes incluyeron el siguiente Petitorio:

En lo que respecta a las Objeciones de Jurisdicción de España (y además de la reparación indicada en el párrafo 580 del Memorial de los Demandantes y el párrafo 736 de la Réplica de los Demandantes), por el presente los Demandantes solicitan al Tribunal que:

- desestime ambas Objeciones Jurisdiccionales de España; y
- ordene a España cubrir los costes de los Demandantes asociados con estas Objeciones Jurisdiccionales<sup>10</sup>.

### C. LA POSICIÓN DEL DEMANDADO

123. En su Memorial de Contestación sobre Méritos y Memorial sobre Jurisdicción, de fecha 20 de mayo de 2016, el Demandado solicitó al Tribunal que:

- a) “Declare carecer de Jurisdicción para conocer de las reclamaciones de la Demandante, o en su caso la inadmisibilidad de las mismas

---

<sup>8</sup> Cl. Mem. ¶ 581.

<sup>9</sup> Cl. Reply ¶ 736.

<sup>10</sup> Cl. Rej. ¶ 77.

- b) Subsidiariamente, para el caso de que el Tribunal Arbitral decida que tiene Jurisdicción para conocer de la presente controversia, desestime todas las pretensiones de la Demandante en cuanto al fondo, ya que el Reino de España no ha incumplido, en modo alguno, el TCE, de acuerdo con lo expuesto en la sección III del presente Escrito, referida al Fondo del Asunto.
- c) Subsidiariamente, que se desestimen todas las pretensiones resarcitorias de la Demandante por cuanto éstas no tienen derecho a una compensación, de conformidad con lo expuesto en la sección V del presente Escrito; y
- d) Condene a la Demandante al pago de todas las costas y gastos que se deriven del presente arbitraje, incluidos los gastos administrativos incurridos por CIADI, los honorarios de los árbitros y los honorarios de la representación letrada del Reino de España, sus peritos y asesores, así como 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”<sup>11</sup>.

124. El Demandado se reservó el derecho a suplementar, modificar o complementar su Memorial de Contestación sobre Méritos y Memorial sobre Jurisdicción, y presentar todos aquellos argumentos adicionales que sean necesarios de conformidad con el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje CIADI, las Ordenes Procesales y las directrices del Tribunal Arbitral a fin de responder a todas las alegaciones efectuadas por la Demandante en relación con el presente asunto<sup>12</sup>.

125. En su Dúplica sobre Méritos y Réplica sobre Jurisdicción, de fecha 19 de enero de 2017, el Demandado solicitó al Tribunal que:

- a) *“Declare carecer de jurisdicción para conocer de las reclamaciones de las Demandantes, o en su caso la inadmisibilidad de las mismas, de conformidad con lo expuesto en la sección III del presente Escrito, referida a Objeciones Jurisdiccionales;*
- b) *Subsidiariamente, para el caso de que el Tribunal Arbitral decida que tiene jurisdicción para conocer de la presente controversia, que desestime todas las pretensiones de las Demandantes en cuanto al fondo ya que el Reino de España no ha incumplido en modo alguno el TCE, de*

---

<sup>11</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1084.

<sup>12</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1085.



*acuerdo con lo expuesto en los apartados (A) y (B) de la sección IV del presente Escrito, referida al Fondo del Asunto;*

- c) Subsidiariamente, que se desestimen todas las pretensiones resarcitorias de las Demandantes por cuanto éstas no tienen derecho a una compensación, de conformidad con lo expuesto en la sección V del presente Escrito; y*
- d) Condene a las Demandantes al pago de todas las costas y gastos que se deriven del presente arbitraje, incluidos los gastos administrativos incurridos por CIADI, los honorarios de los árbitros y los h*
- e) honorarios de la representación letrada del Reino de España, sus peritos y asesores, así como 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”<sup>13</sup>.*

126. El Demandado se reservó el derecho a suplementar, modificar o complementar su Dúplica sobre Méritos y Réplica sobre Jurisdicción, y presentar todos aquellos argumentos adicionales que sean necesarios de conformidad con el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje CIADI, las Ordenes Procesales y las directrices del Tribunal Arbitral a fin de responder a todas las alegaciones efectuadas por la Demandante en relación con el presente asunto<sup>14</sup>.

#### **IV. ANTECEDENTES DE DERECHO Y DE HECHO**

127. La siguiente sección del Laudo contiene una descripción general de los antecedentes de derecho y de hecho de la disputa, en referencia a (A) los elementos más importantes del régimen de generación de energía eléctrica en el que invirtieron las Demandantes, (B) las inversiones reales de las Demandantes, (C) las medidas en disputa y (D) las decisiones de tribunales españoles en las que hizo hincapié el Demandado.

---

<sup>13</sup> Resp. Rej. ¶ 1136.

<sup>14</sup> Resp. Rej. ¶ 1137.

**A. EL RÉGIMEN ESPECIAL: MARCO LEGAL Y ECONÓMICO**

128. Desde mediados de la década de 1990, España ha procurado desarrollar su sector de generación de energía renovable (“ER”).

(1) **La Ley del Sector Eléctrico de 1997 (Ley 54/1997)**<sup>15</sup>

129. El 27 de noviembre de 1997, España dictó la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico (“Ley 54/1997”). Según su Preámbulo, la finalidad principal de la Ley 54/1997 fue “establecer la regulación del sector eléctrico, con el triple y tradicional objetivo de garantizar el suministro eléctrico, garantizar la calidad de dicho suministro y garantizar que se realice al menor coste posible”.

130. El régimen financiero de las actividades reguladas por la Ley 54/1997 se estableció en el Título III de dicha ley, incluido el Artículo 15 “Retribución de las actividades reguladas en la ley” que establecía:

“1. Las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica serán retribuidas económicamente en la forma dispuesta en la presente Ley con cargo a los peajes, y los precios satisfechos.

3. Para la determinación de los peajes y precios establecerá reglamentariamente la retribución de las actividades con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios que incentiven la mejora de la eficacia de la gestión, la eficiencia económica y técnica de dichas actividades y la calidad del suministro eléctrico”<sup>16</sup>.

131. En el Título IV de la Ley 54/1997 se traza una distinción entre el “Régimen ordinario” para la producción de energía eléctrica (Capítulo I del Título IV) y el “Régimen especial” (Capítulo II del Título IV), que se aplicaba a las instalaciones que producían no más de 50 MW y, en particular, a las “energías renovables no consumibles” (Artículo 27(1)). Conforme al Artículo 27(2) de esta Ley, la producción en el régimen especial se “regir[ía]

---

<sup>15</sup> C-0028/R-0003, Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (la Ley del Sector Eléctrico de 1997), 27 de noviembre de 1997 (publicada el 28 de noviembre de 1997) (en adelante “Ley 54/1997”), Arts. 27 *et seq.*

<sup>16</sup> R-0003, Ley 54/1997, p. 10.

por sus disposiciones específicas y, en lo no previsto en ellas, por las generales sobre producción eléctrica en lo que le resulten de aplicación”.<sup>17</sup>

132. El Artículo 28(1) luego estableció un requisito de autorización administrativa previa para, *inter alia*, la construcción y explotación de instalaciones en régimen especial, mientras que el Artículo 30 estableció una serie de derechos y obligaciones para dichas instalaciones. En particular, el Artículo 30.4 preveía que:

“4. El régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se completará con la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan, en los siguientes casos:

- a) Las instalaciones a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 27.
- b) Las centrales hidroeléctricas de potencia instalada igual o inferior a 10 MW, y el resto de las instalaciones a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 27.

A los efectos de la presente Ley, no se entenderá como biomasa los residuos sólidos urbanos ni los peligrosos.

- c) Las centrales hidroeléctricas entre 10 y 50 MW, las instalaciones a que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo 27, así como las instalaciones mencionadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27.

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”<sup>18</sup>.

133. Según el Demandado, esta disposición estableció el principio de “rentabilidad razonable”, que describió como la base estable del régimen retributivo con respecto a la producción de energía a partir de fuentes renovables<sup>19</sup>. El Demandado describe esto como un concepto general esencial que (i) exige un equilibrio entre el coste de las primas para el consumidor y la rentabilidad al inversor, (ii) tiene un carácter dinámico, (iii)

---

<sup>17</sup> R-0003, Ley 54/1997, p. 18; véase, también, el Art. 16(7) con respecto a la remuneración.

<sup>18</sup> R-0003, Ley 54/1997, ppp. 19-20.

<sup>19</sup> Resp. C-Mem., ¶¶ 335-355, Resp. Rej., ¶¶ 301 *et seq.*

supone una garantía para el inversor y (iv) impone al regulador una obligación de resultado<sup>20</sup>. Las Demandantes aseveran que la referencia a “rentabilidad razonable” en la Ley 54/1997 es de carácter amplio y poco definido y, por lo tanto, carece de significado independiente, salvo cuando se la implementa a través de regulaciones que establecen las tarifas autorizadas para las instalaciones de ER, que es lo que hizo el RD 2818/1998 al implementar las FIT (sistema de tarifas reguladas: “FIT”) del Régimen Especial<sup>21</sup>.

134. La Ley 54/1997 también dispuso (en su Disposición transitoria decimosexta) que: “A fin de que para el año 2010 las fuentes de energía renovable cubran como mínimo el 12 por 100 del total de la demanda energética de España, se establecerá un Plan de Fomento de las Energías Renovables, cuyos objetivos serán tenidos en cuenta en la fijación de las primas”.

(2) **Real Decreto 2818/1998<sup>22</sup> (“RD 2818/1998”) y Plan de Fomento de las Energías Renovables en España 2000-2010 (“PER 2000”)**<sup>23</sup>

135. Luego, se promulgó el RD 2818/98 para “[e]l desarrollo reglamentario, en lo que se refiere al régimen especial, de la Ley 54/1997... en lo relativo a los requisitos y procedimientos para acogerse al régimen especial, a los procedimientos de inscripción en el Registro correspondiente...”<sup>24</sup>, por el cual se estableció un sistema de incentivos para las instalaciones en régimen especial. Según el preámbulo del RD 2818/98, “[p]ara las instalaciones basadas en energías renovables y de residuos el incentivo establecido no tiene límite temporal debido a que se hace necesario internalizar sus beneficios

---

<sup>20</sup> Resp. C-Mem. ¶ 342.

<sup>21</sup> Cl. Reply ¶¶ 270-271.

<sup>22</sup> **C-0177**, 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 (en adelante “**RD 2818/1998**”).

<sup>23</sup> **C-0035/R-118**, Ministerio de Ciencia y Tecnología e IDAE (*Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía*), “Plan de Fomento de las Energías Renovables en España 2000-2010”, (en adelante “**Plan de Fomento de las Energías Renovables 2000-2010**” or “**PER 2000**”), diciembre de 1999.

<sup>24</sup> **C-0177**, RD 2818/1998, Artículo 1.

*medioambientales y a que, por sus especiales características y nivel tecnológico, sus mayores costes no les permite la competencia en un mercado libre”<sup>25</sup>.*

136. Los incentivos creados por el RD 2818/98 fueron en forma de primas que debían pagarse además del precio de mercado por la energía producida o, de manera alternativa, una tarifa fija por cada kWh de electricidad vendida, en lugar del precio de mercado (Artículos 26 y 28)<sup>26</sup>. Conforme al Artículo 32, habría una revisión cada cuatro años *“atendiendo a la evolución del precio de la energía eléctrica en el mercado, la participación de estas instalaciones en la cobertura de la demanda y su incidencia sobre la gestión técnica del sistema”<sup>27</sup>.*
137. Según las Demandantes, los incentivos establecidos por el RD 2818/98 se aplicarían durante toda la vida útil de las plantas de ER<sup>28</sup>, mientras que el (i) mecanismo de Tarifa Regulada, (ii) fomento y recompensa de la eficiencia en la producción, (iii) la elección entre la Prima y la Tarifa Regulada, y (iv) la disponibilidad de la Tarifa Regulada durante la vida útil de la instalación iban a continuar siendo características comunes del marco regulatorio español de ER durante todo el periodo de tiempo en el cual RWE realizó sus inversiones en España<sup>29</sup>. Según el Demandado, el marco retributivo se diseñó de acuerdo con el principio jurídico de rentabilidad razonable y no incluyó la “petrificación” de los subsidios, si bien ciertos factores relativos a la sostenibilidad económica del sistema eléctrico o a la razonabilidad de la rentabilidad percibida podrían acometer, en cualquier momento, reformas distintas a las previstas en el RD 2818/1998<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> C-0177/R-0098, RD 2818/1998..

<sup>26</sup> Véase, también, Cl. Mem., ¶¶ 131 y 136. C-0177, RD 2818/1998, Artículo 28; Compass I, ¶¶ 64-67; C-0152, Informe Harpen 2003, p. 5; Cl. Skeleton ¶¶14-16.

<sup>27</sup> C-0177/R-0098, RD 2818/1998; Cl. Mem. ¶ 136; Resp. C-Mem. ¶ 395.

<sup>28</sup> Cl. Mem. ¶108; alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/87-88.

<sup>29</sup> Cl. Mem., ¶ 31.

<sup>30</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 25, y 394-395.

138. El régimen del RD 2818/1998 estaba vigente cuando las Demandantes invirtieron por primera vez en los sectores eólico e hidroeléctrico español<sup>31</sup>. Bajo este régimen, comenzaron a operar nueve de las plantas de las Demandantes<sup>32</sup>.
139. En diciembre de 1999, España aprobó el PER 2000 para la promoción de ER, mediante el cual estableció una serie de objetivos por área que permitirían que las fuentes de energía renovable atendieran, al menos, el 12% de la demanda de energía primaria de España para el año 2010<sup>33</sup>. Las Demandantes aseveran que el plan reconocía que uno de los elementos clave para su éxito era reconocer que, para los inversores, los recursos financieros dependían de los principios de lucratividad, oportunidad y estabilidad<sup>34</sup>.
140. Según el Demandado, el PER 2000 indicó que no era necesario aumentar la retribución de las tecnologías eólica e hidroeléctrica para alcanzar el objetivo. El plan estableció la metodología para determinar el régimen retributivo del sector de ER que consistía en:

“definir, dentro de cada tecnología y de acuerdo con el arte de la ciencia existente en cada momento, distintas instalaciones-tipo. Una vez determinadas dichas instalaciones tipo en cada una de ellas se establecían distintos estándares (coste de inversión, coste de operación, vida útil de la planta, horas de producción primada, precio de mercado) que permitían que dicha planta alcanzara, en un determinado plazo de tiempo (vida útil) una rentabilidad razonable de acuerdo con el coste del dinero en el mercado de los capitales”<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Cl. Reply ¶ 284.

<sup>32</sup> Resp. C-Mem. ¶ 387; Cl. Mem., Apéndice 4: Lista de Instalaciones Estas instalaciones fueron: i) tecnología eólica: Parque Eólico Acampo Armijo, Parque Eólico la Ciesma de Grisel, Parque Eólico Bosque Alto; Parque Eólico Plan de María; Parque Eólico Río Gallego; Parque Eólico Plana de la Balsa; Parque Eólico Los Labrados; Parque Eólico Plana de Zaragoza; ii) tecnología hidroeléctrica: Planta hidroeléctrica La Mora; Planta hidroeléctrica Villalgordo.

<sup>33</sup> Cf. Cl. Mem. ¶ 269; Informe de Compass, ¶ 117.

<sup>34</sup> Cl. Mem. ¶ 123; **C-0035**, Plan de Fomento de las Energías Renovables 2000-2010, Introducción.

<sup>35</sup> Resp. C-Mem. ¶ 405; **R-0118**, Plan de Fomento de las Energías Renovables 2000-2010, ppp. 200-218.

- (3) **Real Decreto 436/2004 y Demás Normas de Aplicación, incluido el Real Decreto 661/2007**
- a. *Real Decreto 436/2004 (“RD 436/2004”)*<sup>36</sup>
141. El 27 de diciembre de 2002, se adoptó el RD 1432/2002, que estableció la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa media de referencia (“**TMR**”).
142. El 12 de marzo de 2004, el Gobierno español aprobó el RD 436/2004, que derogó el RD 2818/1998<sup>37</sup>.
143. Como parte del contexto de esta nueva reglamentación, el 27 de septiembre de 2001, la UE emitió la Directiva 2001/77/EC (“**Directiva sobre Energías Renovables de 2001**”), que ordenó a los Estados Miembros de la UE tomar ciertas medidas para alcanzar los objetivos del Protocolo de Kioto. Según las Demandantes, la Directiva sobre Energías Renovables de 2001 reconoció la necesidad de brindar incentivos económicos con apoyo gubernamental para proyectos de generación de ER, incluso a través de FIT<sup>38</sup>. El Demandado acepta que la Directiva sobre Energías Renovables de 2001 reconoció la necesidad de otorgar ayudas públicas en favor de las fuentes de energía renovables, si bien subraya que estas se fijarían por los Estados dentro de las obligaciones impuestas en los artículos 87 y 88 del Tratado sobre Ayudas de Estado. Según el Demandado, en 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) reconoció como Ayudas de Estado las cantidades que los usuarios finales abonan a una empresa privada productora de electricidad<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> **C-0016**, Real Decreto 436/2004 de 12 de marzo de 2004, que establece la metodología de actualización y sistematización del régimen jurídico y económico para la producción de energía eléctrica en Régimen Especial (publicado el 27 de marzo de 2004) (en adelante “**RD 436/2004**” o “**RD 436**”)

<sup>37</sup> Cl. Mem. ¶¶ 32-33, Resp. C-Mem. ¶ 409.

<sup>38</sup> Cl. Mem. ¶ 113; **C-0178**, Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, Diario Oficial de la Unión Europea, serie L 283, de 27 de octubre de 2001 (en adelante “**Directiva 2001/77/CE**”), Considerandos (12) y (14).

<sup>39</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 309-310; **RL-0015**, Directiva 2001/77/EC.; **RL-0019**, Auto de 22 de octubre de 2014, dictado en la Cuestión Prejudicial C-275/13 (“*Caso Elcogás*”), ¶ 21: “Para que unas ventajas puedan ser calificadas de ayudas en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, es necesario, por una parte, que sean otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales y, por otra parte, que sean imputables al Estado”. ¶ 33. “[...] constituyen una intervención del Estado o mediante fondos estatales los importes atribuidos a una empresa privada productora de electricidad que se financian por el conjunto de los usuarios finales de la electricidad establecidos en el territorio

144. Tal como se explica en el Preámbulo del RD 436/2004, el operador de la planta podría optar entre vender la energía producida a cambio de una retribución en forma de tarifa regulada, es decir, una única tarifa plana definida como porcentaje de la TMR establecida de acuerdo con el RD 1432/2002, o vender directamente en el mercado, en cuyo caso el operador recibiría el precio de mercado más un incentivo y una prima si la planta en cuestión tuviera derecho a percibirla (que también se calculan en referencia a la TMR, si bien varían con cada caso específico teniendo en cuenta los criterios a que se refiere el Artículo 30.4 de la Ley 54/1997). El Preámbulo prosigue:

“Cualquiera que sea el mecanismo retributivo por el que se opte, el real decreto garantiza 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, si bien se incentiva la participación en el mercado, por estimarse que con ello se consigue una menor intervención administrativa en la fijación de los precios de la electricidad, así como una mejor y más eficiente imputación de los costes del sistema, en especial en lo referido a gestión de desvíos y a la prestación de servicios complementarios”.

145. El Artículo 1(a) estableció el objeto del Decreto, a saber: “[l]a actualización, sistematización y consolidación de las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de las normas sobre régimen jurídico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial recogidas en la Ley 54/1997”. El régimen económico estipulado en el Preámbulo se contempló en los Artículos 22 y 23. El Artículo 22 establecía que los titulares de instalaciones debían optar por una tarifa fija o el pago de una suma por encima del precio de mercado mayorista por kWh de energía producida, mientras que conforme al Artículo 23, la tarifa regulada y la prima debían calcularse en referencia a porcentajes fijos de la TMR de cada año, definida de acuerdo con el Artículo 2 del RD 1432/2002.

146. Según el Artículo 40(1) del RD 436/2004, “a la vista del resultado de los informes de seguimiento sobre el grado de cumplimiento del Plan de fomento de las energías renovables”, las tarifas y primas definidas en el Decreto estarían sujetas a revisión en

---

nacional y que se distribuyen a las empresas del sector eléctrico por un organismo público conforme a criterios legales predeterminados”.



2006 y, luego, cada cuatro años. No obstante, de acuerdo con los Artículos 40(2) y (3), tales revisiones no tendrían efecto retroactivo:

“2. Las tarifas, primas, incentivos y complementos que resulten de cualquiera de las revisiones contempladas en esta sección entrarán en vigor el 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión.

3. Las tarifas, primas, incentivos y complementos que resulten de cualquiera de las revisiones contempladas en esta sección serán de aplicación únicamente a las instalaciones que entren en funcionamiento con posterioridad a la fecha de entrada en vigor referida en el apartado anterior, sin retroactividad sobre tarifas y primas anteriores”<sup>40</sup>.

147. El Artículo 34(5) también estableció específicamente en relación con la energía eólica:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40, cuando el grupo b.2 [instalaciones que únicamente utilicen como energía primaria la energía eólica] alcance los 13000 MW de potencia instalada se procederá a la revisión de la cuantía de las tarifas, incentivos y primas expresadas en este artículo”<sup>41</sup>.

148. El RD 436/2004 también estableció un plan transitorio. De acuerdo con la Disposición Transitoria Segunda: “*Las instalaciones de producción de energía eléctrica acogidas al Real Decreto 2818/1 998, de 23 de diciembre, que, a la entrada en vigor de este real decreto, contarán con inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial, dependiente del Ministerio de Economía, dispondrán de un período transitorio hasta el 1 de enero de 2007*”. Conforme a esta disposición, también se permitía a tales instalaciones optar por acogerse al régimen del RD 436/2004 de inmediato.

149. Las Demandantes alegan que el RD 436/2004 garantizaba las condiciones económicas que contemplaba durante la vida útil de la planta y, además, establecía un compromiso de estabilidad, según el cual no se aplicaría ningún cambio en las tarifas de ER para las instalaciones que ya se habían comenzado a operar, salvo que se ofrecieran condiciones

---

<sup>40</sup> C-0016/R-100, RD 436/2004, Artículo 40.

<sup>41</sup> Según Cl. Reply, ¶. 340, esta cifra de 13.000 MW se proporcionó durante 2007.

económicas iguales o mejores<sup>42</sup>. En función del informe de 14 de febrero de 2007 de la Comisión Nacional de Energía (“CNE”) de España<sup>43</sup>, las Demandantes afirman que el Artículo 40.3 del RD 436/2004 “*introdujo una garantía excepcional explícita*”<sup>44</sup>, y agregan que los documentos internos de España confirman que esta gran estabilidad contemplada en el RD 436/2004 se debió específicamente a la inversión incentivada<sup>45</sup>.

150. El Demandado señala que el RD 436/2004 estaba vinculado al PER 2000 y respondía a la misma metodología de cálculo del régimen retributivo del sector de ER que la recogida en el PER 2000, es decir, los subsidios otorgados se calculaban a través de una metodología dirigida a otorgar a una instalación tipo una rentabilidad razonable durante un determinado periodo de tiempo<sup>46</sup>. Afirma que la redacción del Artículo 40.3 del RD 436/2004 es limitada y no se extiende a todas las posibles revisiones del régimen retributivo<sup>47</sup>. El Demandado aduce, asimismo, que el RD 436/2004 vinculaba la evolución de los subsidios en el recogido a la evolución de la TMR, que potencialmente ponía en peligro la sostenibilidad económica del sistema eléctrico español (“SEE”), además de producir situaciones de sobre-retribución<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> Cl. Mem. ¶ 33; **C-0016**, RD 436/2004, Artículo 40.3; Declaración Testimonial de Bünting, ¶ 49; alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/97-98-79.

<sup>43</sup> **C-0249**, “Informe 3/2007 de la CNE en relación con el borrador de real decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial”, 14 de febrero de 2007, (en adelante “**Informe CNE 3/2007**”), pp. 23-24. Tal como se señalara en **C-0103**, Informe de Pöyry “*Estado actual y futuro de la energía eólica en España y Portugal*” del 1 julio de 2007, (en adelante “**Informe Pöyry Julio 2007 (eólica)**”) p. 30: “La CNE (Comisión Nacional de Energía) fue creada por la Ley de Hidrocarburos (Ley 34/1998) y actúa como ente regulador del sector energético. Actualmente, las facultades de la CNE se limitan a la consulta, participación, inspección, arbitraje y entrega de informes” [Traducción del Tribunal]. Véase, también, la posición del Demandado del Día 2/394-395.

<sup>44</sup> Cl. Reply ¶¶ 291-292; Declaración Testimonial de Bünting, ¶ 53. Las Demandantes explicaron el principio de “*grandfathering*” en su alegato de apertura, Día 1/74, de la siguiente manera: “*Una vez que se hace la inversión, pues estos beneficios o estas disposiciones están garantizadas durante toda la vida útil de la instalación. El coste—hay nuevas inversiones efectivamente que van a ser menores, porque los costes bajan, pueden bajar. Pero estos costes bajan para las nuevas inversiones [...] Es por eso que tenemos este principio, el del abuelo [...]*”

<sup>45</sup> Cl. Reply, ¶ 293; que hace referencia a **C-0263**, Proyecto de RD 436/2004 de fecha 30 de enero de 2004, pp. 3-4; **C-0264**, Memoria Económica del RD 436/2004, sin fecha, p. 10; **C-0265**, Informe del Ministerio de Economía sobre el RD 436/2004, 9 de febrero de 2004, p. 1.

<sup>46</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 409(b) y 411

<sup>47</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 423-427; **R-0100**, RD 436/2004, Artículo 40.3.

<sup>48</sup> Resp. C-Mem. ¶ 26.

- b. *El Plan de Energías Renovables 2005-2010 (“PER 2005”)*<sup>49</sup>
151. En agosto de 2005, España publicó un Plan de Energías Renovables para 2005-2010 (el “**PER 2005**”), en el que se mantenía el objetivo de 12% para la energía proveniente de fuentes renovables que se había fijado en el Plan para 2000-2010<sup>50</sup>.
152. En el PER 2005, se señaló que se había registrado un progreso satisfactorio con respecto a la energía eólica, pero que el crecimiento de la producción de energía hidroeléctrica a pequeña escala había sido más lento de lo previsto. Ciertas áreas, incluso la solar, crecieron muy por debajo de los niveles deseados. Con respecto a la energía eólica, se fijó un nuevo objetivo de aumento en la producción de 12.000 MW durante el período 2005-2010 (que implicaba finalizar la década con un potencial instalado total de 20.155 MW)<sup>51</sup>. También se indicó con respecto a la energía eólica que era “*esencial mantener el marco legislativo actual sin cambios importantes durante el período 2005-2010 (Ley 54/1997 del Sector Eléctrico y Metodología para la Revisión de Tarifas establecida en el Real Decreto 436/2004 sobre el Régimen Especial)*”<sup>52</sup>. [Traducción del Tribunal]
153. El PER 2005 incluyó una sección detallada sobre la financiación del Plan. Al introducir esta sección, se hizo referencia a un marco regulatorio estable y se explicó que los

---

<sup>49</sup> **C-0034**, Plan de Energías Renovables 2005-2010.

<sup>50</sup> Ministerio de Ciencia y Tecnología e IDAE, “Plan de promoción de energías renovables de España 2005-2010”, agosto de 2005; véase el Resumen en **C-0047**, y algunos extractos en **C-0034** y **R-119**. Según un Informe de Pöyry del mes de marzo de 2011 titulado “Estado Actual y Tendencias Futuras de la Energía Solar en España”, que presentó el Demandado: “El Plan de Energías Renovables (“**PER**”) establece las proyecciones de crecimiento específicas para cada tecnología y las desglosa por región autónoma. De acuerdo con esta documentación, el Gobierno fija una tarifa (publicada en forma de Real Decreto) para cada tecnología según el nivel de crecimiento que requiere cada tecnología. Los documentos de planificación de energías renovables son los mejores indicadores del desarrollo futuro de las diversas tecnologías renovables” [Traducción del Tribunal]. Véase **R-0277**, Pöyry Estado Actual y Tendencias Futuras de la Energía Solar en España, marzo 2011, p. 22.

<sup>51</sup> **C-0047**, Resumen del PER 2005-2010, p. 17. Véanse las pp. 20-23 acerca del objetivo de producción de energía hidroeléctrica. Véase, también, la Declaración Testimonial de Henderson, ¶ 17, que hace referencia a este objetivo de 20.155 MW.

<sup>52</sup> **C-0047**, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio & IDEA, Resumen del Plan de promoción de energías renovables de España 2005-2010, p. 40. En Cl. Reply, ¶ 301, las Demandantes también mencionan y hacen hincapié en un pasaje de la p. 48 que rezaba: “es necesario incentivar más, en lo posible, ciertas áreas tecnológicas a fin de hacerlas más atractivas para futuros inversores” [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, por el contexto, esto no tiene nada que ver con la energía eólica (o microhidráulica).

requisitos de financiación se establecieron sobre la base de una supuesta rentabilidad de 7% (después de impuestos) para una instalación tipo<sup>53</sup>.

154. Las Demandantes aseveran que el PER 2005 sentó las bases para futuras mejoras del Régimen Especial y reconoció que el marco legislativo con respecto a la energía eólica se debe mantener sin cambios sustanciales durante el período 2005-2010<sup>54</sup>. Dicen que la estabilidad del marco se consideró un factor decisivo<sup>55</sup>.

155. El Demandado alega que el PER 2005 es esencial para comprender el régimen retributivo establecido en el RD 661/2007, y que el plan “*siguió la metodología tradicional y estableció sus objetivos de rentabilidad de las plantas en un determinado periodo de tiempo (vida útil) basándose en el cálculo de los costes de las instalaciones-tipo para las distintas tecnologías y las previsiones de ingresos, en función de las circunstancias macroeconómicas del momento*”<sup>56</sup>. El Demandado sostiene que el régimen retributivo fijó los distintos parámetros necesarios para que cada instalación tipo alcanzara una rentabilidad sobre proyecto y con recursos propios próxima al 7% a lo largo de toda su vida útil<sup>57</sup>.

c. **Real Decreto-Ley 7/2006 (“RDL 7/2006”)**<sup>58</sup>

156. El 23 de junio de 2006, el Gobierno español aprobó el Real Decreto-Ley 7/2006 que, en el Artículo 1, desvinculó el cálculo de tarifas y primas de la TMR (ya que el método de cálculo conforme al RD 436/2004 estaba teniendo un impacto ascendente imprevisto en las tarifas y las primas) y congeló las tarifas. Esto se implementó como medida de

---

<sup>53</sup> **C-0034**, Plan de Energías Renovables 2005-2010. Las Demandantes mencionan un extracto del PER 2005, en la p. 166, y señalan, en relación con la Ley 54/1997 y el RD 436/2004: “El Real Decreto 436/2004, sobre Régimen Especial, desarrolla la ley, y establece un régimen económico garantizado para toda la vida de la instalación, actualizando y refundiendo el régimen jurídico que afecta a la energía solar fotovoltaica”. Sin embargo, este pasaje se relaciona con el sector fotovoltaico y no aparece en los pasajes equivalentes de las secciones detalladas del PER 2005 sobre energía eólica e hidroeléctrica.

<sup>54</sup> Cl. Mem. ¶¶ 142-143; **C-0047**, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio & IDAE, “Resumen del Plan de Energías Renovables en España 2005-2010”, agosto 2005, p. 40.

<sup>55</sup> Alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/83.

<sup>56</sup> Resp. C-Mem. ¶ 446.

<sup>57</sup> Resp. C-Mem. ¶ 456; **R-0119**, Plan de Energías Renovables en España 2005-2010, ¶ 274.

<sup>58</sup> **C-0053**, Real Decreto-Ley 7/2006, sobre la adopción de medidas urgentes en el sector energético, 23 de junio de 2006 (en adelante “**RDL 7/2006**”), Preámbulo.

carácter urgente y temporal, con la intención de desarrollar nuevas reglamentaciones para la fijación de tarifas y primas. Las asociaciones del sector (incluidas APPA y AEE, de las cuales la Segunda Demandante es una socia activa) reaccionaron con extrema hostilidad<sup>59</sup>.

157. Las Demandantes aseveran que el RDL 7/2006 otorgó más incentivos: (i) congeló la tarifa de los consumidores que pagaban todos los consumidores de electricidad con el fin de determinar la FIT correspondiente a las instalaciones de ER<sup>60</sup>, y (ii) confería a las instalaciones de ER autorizadas prioridad en el acceso a las redes de transporte y de distribución<sup>61</sup>. Esto se hizo a fin de mejorar el régimen económico de las energías renovables, en cumplimiento de la política de la UE<sup>62</sup>.
158. Según el Demandado, el RDL 7/2006 se promulgó para corregir los efectos negativos que tuvo el RD 436/2004 en la sostenibilidad del SEE como consecuencia del vínculo entre los subsidios para ER y la TMR<sup>63</sup>. Es por eso que el RDL 7/2006 congeló los subsidios del Régimen Especial hasta que se desarrollara un nuevo régimen retributivo, además de desvincular el cálculo de tarifas y primas de la TMR<sup>64</sup>. Las Demandantes aceptan este punto relativo a la desvinculación<sup>65</sup>.

---

<sup>59</sup> Véanse **R-0015**, Decretazo energético, Revista Info APPA No. 22, mayo-julio 2006; y **R-0016**, Revista Info APPA No. 23, agosto-diciembre 2006. Representantes de la Segunda Demandante estuvieron presentes en las reuniones de APPA y AEE, al menos, desde 2008: véase, por ejemplo, el Sr. Henderson, Día 3/700-701. Véase, también, Resp. C-Mem. ¶¶ 439-442; **R- 0224**, “Revisión Régimen Económico. Energías Renovables. Informe propuestas APPA”, noviembre de 2006.

<sup>60</sup> **C-0053**, RDL 7/2006, Disposición transitoria segunda.

<sup>61</sup> Cl. Mem. ¶ 149; **C-0053**, RDL 7/2006, Artículo 1, ¶ 12, que modifica el Artículo 30(2)(b) de la Ley del Sector Eléctrico de 1997.

<sup>62</sup> Cl. Mem. ¶¶ 148 y 149.

<sup>63</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 432 y 437.

<sup>64</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 26 y 437; **R-0088**, RDL 7/2006, Disposición transitoria segunda. “Hasta que se desarrolle reglamentariamente lo previsto en los apartados uno a doce del artículo 1 de conformidad con lo establecido en la disposición final segunda de este Real Decreto-ley: 2. La revisión de la tarifa media que efectúe el Gobierno no será de aplicación a los precios, primas, incentivos y tarifas que forman parte de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.”

<sup>65</sup> Alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/105.

d. *Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo de 2007 (“RD 661/2007”)*<sup>66</sup>

159. En noviembre de 2006, se publicaron nuevos borradores de reglamentaciones, y estos fueron revisados por la CNE en un informe de fecha 14 de febrero de 2007, tras la reacción adversa al borrador de organismos del sector, como APPA y AEE<sup>67</sup>. La CNE enunció un conjunto de “criterios fundamentales” que consideró que deben tenerse en cuenta en la regulación legal y económica de la producción de electricidad, entre ellos:

“**b) Minimizar la incertidumbre regulatoria.** La CNE entiende 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 y minimiza el coste de financiación de los proyectos, reduciéndose el coste final para el consumidor. La regulación ha de ofrecer garantías suficientes para conseguir que los incentivos económicos sean estables y predecibles durante toda la vida de la instalación, fijando en su caso, tanto mecanismos transparentes de actualización anual, asociados a la evolución de índices robustos (como la tarifa media o de referencia, el IPC, los bonos a diez años, etc.), como revisiones periódicas, por ejemplo, cada cuatro años, que únicamente afecten a las nuevas instalaciones, en cuanto a los costes de inversión, pudiendo afectar la reducción de los costes de operación también a las instalaciones existentes”<sup>68</sup>.

160. La CNE también indicó, sin embargo, que la seguridad jurídica o la protección de las expectativas legítimas no significan que la legislación sea inmune a su reforma:

“Como ha puesto de manifiesto tanto la doctrina científica como jurisprudencia!, en un Estado social y democrático de Derecho los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima no pueden erigirse en obstáculos insalvables a la innovación del ordenamiento jurídico, ni pueden por ello ser utilizados como instrumentos petrificadores del Derecho vigente en un momento dado. Con otras palabras: el principio de seguridad jurídica no es un principio por definición antievolutivo o conservador, no significa que el ordenamiento sea resistente o inmune a su reforma. En este sentido, dichos principios no impiden la

---

<sup>66</sup> 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 (publicado el 26 de mayo de 2007) (en adelante “**RD 661/2007**” o “**RD 661**”).

<sup>67</sup> **C-0249; R-128**, 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 y de Determinadas Instalaciones de Tecnologías Asimilables del Régimen Ordinario, de 14 de febrero de 2007 (en adelante “**Reporte CNE 3/2007**”).

<sup>68</sup> **C-0249/R-0128**, Reporte CNE 3/2007, p. 16, negrita en el original. Véanse, también, pp. 23 y 24: “Los promotores que han invertido durante la vigencia del Real Decreto 436/2004 en instalaciones de producción en régimen especial lo han hecho en unas condiciones regulatorias de estabilidad, basada fundamentalmente en una tarifa regulada segura y predecible durante toda la vida útil de la instalación. Las garantías recogidas en el Real Decreto 436/2004 han permitido una financiación más barata, con menor coste de los proyectos y menor impacto en la tarifa eléctrica que finalmente paga el consumidor”.

innovación dinámica del mismo [...], sino que sólo exigen que la innovación normativa -sobre todo si resulta brusca, imprevisible o inopinada- se lleve a cabo con ciertas garantías y cautelas (períodos transitorios de adaptación a los nuevos regímenes, en su caso medidas compensatorias, etc.) que amortigüen, moderen y minimicen en lo posible la defraudación de expectativas generadas por la normativa anterior”<sup>69</sup>.

161. La nueva norma, el RD 661/2007, se aprobó el 25 de mayo de 2007 y entró en vigor el 1 de junio de 2007. Es de suma importancia en los alegatos de las Demandantes en este proceso<sup>70</sup>. Las Demandantes afirman que realizaron las siguientes inversiones en función del régimen del RD 661/2007: Proyecto Ulysses, en el que invirtieron EUR 363,5 millones (la adquisición de Urvasco); Proyecto Aldea, en el que invirtieron EUR 12 millones; y Proyecto Día, en el que invirtieron EUR 48 millones<sup>71</sup>. Además, en consonancia con las disposiciones del RD 661/2007, las Demandantes declaran haber gastado EUR 6,8 millones en la mejora de varias plantas eólicas (Grisel, Acampo, Armijo, Muel, Balsa, Labrados y Zaragoza)<sup>72</sup>.
162. En su Preámbulo, el RD 661/2007 explicaba que “[l]a modificación del régimen económico y jurídico que regula el régimen especial vigente hasta el momento, se hace necesaria por varias razones”. Las razones expuestas fueron las siguientes:

“En primer lugar, el crecimiento experimentado por el régimen especial en los últimos años, unido a la experiencia acumulada durante la aplicación de los Reales Decretos 2818/1998, de 23 de diciembre y 436/2004, de 12 de marzo, ha puesto de manifiesto la necesidad de regular ciertos aspectos técnicos para contribuir al crecimiento de estas tecnologías, salvaguardando la seguridad en el sistema eléctrico y garantizando su calidad de suministro, así como para minimizar las restricciones a la producción de dicha generación. El régimen económico establecido en el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, debido al comportamiento que han experimentado los precios del mercado, en el que en los últimos tiempos han tomado más relevancia ciertas variables no consideradas en el citado régimen retributivo del régimen especial, hace necesario la modificación del esquema retributivo, desligándolo de la Tarifa Eléctrica Media o de Referencia,

---

<sup>69</sup> C-0249 y R-0128, Reporte CNE 3/2007, p. 18.

<sup>70</sup> C-0017 y R-0101, Real Decreto 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (en adelante “RD 661/2007”).

<sup>71</sup> Cl. Skeleton ¶ 27, C-0091, Decisión circular del consejo de administración de RWE AG, abril de 2008 ; y C-0098, Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones (TARF) para el Proyecto Día, abril de 2009; Declaración Testimonial de Bunting ¶¶ 42, 47. Véase, también, alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/105-106.

<sup>72</sup> Cl. Skeleton ¶ 27.

utilizada hasta el momento. Por último, es necesario recoger los cambios normativos derivados de la normativa europea, así como del Real Decreto-Ley 7/2006 [...]”<sup>73</sup>.

163. El Preámbulo proseguía:

“El marco económico establecido en el presente real decreto desarrolla los principios recogidos en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, 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, si bien se incentiva la participación en el mercado, por estimarse que con ello se consigue una menor intervención administrativa en la fijación de los precios de la electricidad, así como una mejor y más eficiente imputación de los costes del sistema, en especial en lo referido a gestión de desvíos y a la prestación de servicios complementarios.

Para ello se mantiene un sistema análogo al contemplado en el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, en el que el titular de la instalación puede optar por vender su energía a una tarifa regulada, única para todos los periodos de programación, o bien vender dicha energía directamente en el mercado diario, en el mercado a plazo o a través de un contrato bilateral, percibiendo en este caso el precio negociado en el mercado más una prima. [...]”<sup>74</sup>.

164. Las Demandantes sostienen que el Gobierno introdujo el RD 661/2007 con el fin de alcanzar los objetivos de la UE sobre la producción de ER y el PER 2005-2010<sup>75</sup>. Por el contrario, el Demandado alega que el RD 661/2007 se aprobó para garantizar la sostenibilidad económica del SEE, que podía verse afectada por un sistema de subsidios vinculados a la TMR<sup>76</sup>.

165. Conforme al Artículo 9.1 del RD 661/2007, y en línea con la legislación anterior (por ejemplo, el Artículo 21.4 de la Ley 54/1997, el Artículo 9 del RD 2818/1998 y el Artículo 9.1 del RD 436/2004), las instalaciones en régimen especial estaban obligadas a

---

<sup>73</sup> C-0017 y R-101, RD 661/2007, pp. 1 y 2.

<sup>74</sup> C-0017 y R-101, RD 661/2007, pp. 2 y 3.

<sup>75</sup> Cl. Mem., ¶ 151; Cl. Reply ¶¶ 300, 303 y 304; C-0017, RD 661/2007, Preámbulo; C-0246, Ministerio de Industria, “Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en Régimen Especial”, de fecha 23 de marzo de 2007, p. 3.

<sup>76</sup> Resp. C-Mem. ¶ 460.



inscribirse en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial (“**RAIPRE**”):

“Para el adecuado seguimiento del régimen especial y específicamente para la gestión y el control de la percepción de las tarifas reguladas, las primas y complementos, tanto en lo relativo a la categoría, grupo y subgrupo, a la potencia instalada y, en su caso, a la fecha de puesta en servicio como a la evolución de la energía eléctrica producida, la energía cedida a la red, la energía primaria utilizada, el calor útil producido y el ahorro de energía primaria conseguido, las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial deberán ser inscritas obligatoriamente en la sección segunda del Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica a que se refiere el artículo 21.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Dicha sección segunda del Registro administrativo citado será denominada, en lo sucesivo Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial”<sup>77</sup>.

166. El Capítulo III del RD 661/2007 (Artículos 16-23) se ocupaba de los derechos y obligaciones de las instalaciones en régimen especial. El Artículo 17 establecía ciertos derechos fundamentales. El Artículo 17.1 disponía lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, los titulares de instalaciones de producción acogidas al régimen especial tendrán los siguientes derechos:

- a) Conectar en paralelo su grupo o grupos generadores a la red de la compañía eléctrica distribuidora o de transporte.
- b) Transferir al sistema a través de la compañía eléctrica distribuidora o de transporte su producción neta de energía eléctrica o energía vendida, siempre que técnicamente sea posible su absorción por la red.
- c) Percibir por la venta, total o parcial, de su energía eléctrica generada neta en cualquiera de las opciones que aparecen en el artículo 24.1, la retribución prevista en el régimen económico de este real decreto. El derecho a la percepción de la tarifa regulada, o en su caso, prima, estará supeditada a la inscripción definitiva de la instalación en el Registro de instalaciones de producción en régimen especial dependiente de la Dirección General de Política Energética y Minas, con anterioridad a la fecha límite establecida en el artículo 22.
- d) Vender toda o parte de su producción neta a través de líneas directas.

---

<sup>77</sup> C-0017 y R-0101, RD 661/2007, p. 16.

e) Prioridad en el acceso y conexión a la red eléctrica en los términos establecidos en el anexo XI de este real decreto o en las normas que lo sustituyan”<sup>78</sup>.

167. El Capítulo IV (Artículos 24-51) estableció luego el nuevo régimen económico. Conforme al Artículo 24.1, los productores acogidos al régimen especial se beneficiaron con la opción de elegir entre la venta de la energía con base en una tarifa fija o en referencia al precio de mercado más, en su caso, una Prima (sujeto a un límite superior y un límite inferior). Luego, hay una serie de disposiciones detalladas para calcular la Tarifa Fija y la Prima, incluso con respecto a la energía eólica e hidroeléctrica (Artículos 36, 38 y 40). La opción de Prima para las tecnologías eólica e hidroeléctrica estaba sujeta a (i) un límite superior de EUR 8,4944 cent./kWh y a (ii) un umbral inferior de EUR 7,1275 cent./kWh. Según las Demandantes, el hecho de que el precio inferior de la Prima fuera tan cercano a la Tarifa Fija de EUR 7,3228 cent./kWh hizo que la opción de la Prima resultase más atractiva<sup>79</sup>.

168. El Artículo 22 estableció el “Plazo de mantenimiento de las tarifas y primas reguladas”, al disponer sobre este particular que:

“1. Una vez se alcance el 85 por ciento del objetivo de potencia para un grupo o subgrupo, establecido en los artículos 35 al 42 del presente real decreto, se establecerá, mediante resolución del Secretario General de Energía, el plazo máximo durante el cual aquellas instalaciones que sean inscritas en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial con anterioridad a la fecha de finalización de dicho plazo tendrán derecho a la prima o, en su caso, tarifa regulada establecida en el presente real decreto para dicho grupo o subgrupo, que no podrá ser inferior a doce meses”.

169. El Artículo 44 estableció la “Actualización y revisión de tarifas, primas y complementos”. El Artículo 44.3 y, en particular, el último párrafo son de suma importancia en la manera en que se interpuso la reclamación, al disponer que:

“Durante el año 2010, a la vista del resultado de los informes de seguimiento sobre el grado de cumplimiento del Plan de Energías Renovables (PER) 2005-2010 y de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España (E4), así como de los

---

<sup>78</sup> C-0017 y R-101, RD 661/2007, p. 23.

<sup>79</sup> Cl. Mem., ¶ 170.

nuevos objetivos que se incluyan en el siguiente Plan de Energías Renovables para el período 2011-2020, se procederá a la revisión de las tarifas, primas, complementos y límites inferior y superior definidos en este real decreto, atendiendo a los costes asociados a cada una de estas tecnologías, al grado de participación del régimen especial en la cobertura de la demanda y a su incidencia en la gestión técnica y económica del sistema, garantizando siempre unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Cada cuatro años, a partir de entonces, se realizará una nueva revisión manteniendo los criterios anteriores.

Las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las 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 revisión”<sup>80</sup>.

170. El RD 661/2007 también contenía ciertas disposiciones transitorias detalladas, que permitían a las instalaciones que operaban bajo el RD 436/2004 optar por seguir percibiendo primas en virtud de dicho régimen hasta el 31 de diciembre de 2012 (véase la Disposición Transitoria Primera). Es indiscutible que la mayoría de los productores de energía eólica aprovecharon estas disposiciones y siguieron operando bajo el antiguo régimen tarifario. Las plantas de las Demandantes optaron por la aplicación del RD 436/2004 hasta el 31 de diciembre de 2012 y la aplicación del RD 661/2007 en lo sucesivo<sup>81</sup>.
171. Conforme a la Disposición Transitoria Quinta del RD 661/2007, las instalaciones eólicas más antiguas debían realizar mejoras en su tecnología para poder acogerse al RD 661/2007<sup>82</sup>. El argumento de las Demandantes es que, conforme a las disposiciones del RD 661/2007 de que las tarifas se aplicarían durante toda la vida operativa de la planta y que cualquier revisión futura no afectaría a aquellas plantas que ya hubiesen cumplido

---

<sup>80</sup> **C-0017** y **R-0101**, RD 661/2007, pp. 45-46. Véase el primer borrador del RD 661/2007, según el resumen de la CNE en su informe de febrero de 2007. Véanse **C-0249** y **R-0128**, Reporte CNE 3/2007, p. 6 (¶¶ 11). Véase, también, **C-0266**, la Memoria Económica del RD 661-2007, de 21 de marzo de 2007, en la cual se describe la disposición sobre revisiones que finalmente se incluyó en el Artículo 44(3), p. 9.

<sup>81</sup> Cl. Mem., ¶ 40.

<sup>82</sup> Cl. Mem., ¶ 164. **C-0017**, RD 661/2007, Disposición Transitoria Quinta.

con todos los requisitos de inscripción y de cualquier otra índole, y hubiesen comenzado a operar, las Demandantes invirtieron fondos para realizar esas mejoras<sup>83</sup>.

172. En vista de las disposiciones anteriores, las Demandantes alegan que el RD 661/2007 contempló un mecanismo de FIT (Tarifa Fija o Prima), incentivos basados en la producción para alentar y retribuir la eficacia, una garantía de tarifas a largo plazo (derechos expresamente otorgados durante la vida operativa de la instalación) y la promesa de “apadrinamiento o *grandfathering*” de las instalaciones existentes en caso de futuras revisiones de tarifas<sup>84</sup>.
173. El Demandado alega que las disposiciones del RD 661/2007 deben analizarse en línea con los principios de la Ley 54/1997 y teniendo en cuenta que el RD 661/2007 mantuvo el vínculo de los subsidios con su metodología anterior, como también con los parámetros económicos básicos incorporados en el PER 2005-2010<sup>85</sup>. Refuta el argumento de que, debido a un compromiso de “*grandfathering*”, las inversiones de las Demandantes entre abril de 2001 y diciembre de 2012 hayan quedado habilitadas para acogerse al régimen del RD 661/2007 durante la vida operativa de todas las plantas<sup>86</sup>.
174. La adopción del RD 661/2007 estuvo acompañada de una nota de prensa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España titulado “El Gobierno prima la rentabilidad y la estabilidad en el nuevo Real Decreto de energías renovables y cogeneración”. El documento de tres páginas estableció los lineamientos generales del Real Decreto. En el párrafo introductorio, el Ministerio dijo lo siguiente (partes pertinentes):

“El fin de este Real Decreto es mejorar la retribución de aquellas tecnologías menos maduras, como la biomasa y la solar térmica, para de este modo poder alcanzar los objetivos del Plan de Energías Renovables 2005-2010, así como los objetivos contraídos por España a nivel comunitario. Con el desarrollo de estas tecnologías, la energía renovable en España cubrirá el 12% del consumo de energía en el año 2010. La nueva normativa garantiza una rentabilidad del 7% a las instalaciones

---

<sup>83</sup> Cl. Mem., ¶ 41.

<sup>84</sup> Cl. Mem., ¶ 36. Véase, además, el alegato de apertura de las Demandantes, día 1/106-121, en la que mencionaron cinco ventajas principales que surgen del RD 661/2007: un sistema de FIT, la identificación de la tarifa real, con un límite inferior y superior, la estabilidad a través de los Artículos 22 y 44.3, y un régimen transitorio.

<sup>85</sup> Resp. C-Mem. ¶ 462.

<sup>86</sup> Resp. Skeleton ¶¶ 1-2.

eólicas e hidráulicas que opten por ceder su producción a las distribuidoras, y entre el 5% y el 9% si participan en el mercado de producción de energía eléctrica. ... Cada 4 años se realizarán revisiones de las tarifas teniendo en cuenta el cumplimiento de los objetivos fijados. Esto permitirá el ajuste de las tarifas en función de los nuevos costes y del grado de cumplimiento de los objetivos. Las revisiones que se realicen en el futuro de las tarifas no afectarán a las instalaciones ya puestas en marcha. Esta garantía aporta seguridad jurídica para el productor, proporcionando estabilidad al sector y fomentando su desarrollo. La nueva normativa no tendrá carácter retroactivo. Las instalaciones que se pongan en funcionamiento hasta el 1 de enero de 2008 podrán mantenerse acogidas a la regulación anterior en la opción de tarifa fija durante toda su vida útil. Cuando participen en el mercado, podrán mantener su regulación anterior hasta el 31 de diciembre de 2012. Con la consecución de los objetivos previstos para la cogeneración para el año 2010, se evitará la emisión de 6,3 millones de toneladas de CO<sub>2</sub> al año”<sup>87</sup>.

175. Asimismo, se reiteró en la página 2 de la nota de prensa:

“Energías Renovables  
Rentabilidad

En cuanto a la rentabilidad se refiere, la nueva regulación garantiza un porcentaje medio del 7% a una instalación eólica e hidráulica en el caso de optar por ceder su producción a las distribuidoras, y una rentabilidad entre el 5% y el 9% si participa en el mercado de producción de energía eléctrica”<sup>88</sup>.

176. Las Demandantes aducen que el Gobierno español, dirigido por el Ministerio y la Sociedad Estatal para la Promoción y Atracción de Inversiones Exteriores (**InvestinSpain**)<sup>89</sup>, también lanzaron una campaña nacional e internacional para atraer inversiones extranjeras en el sector español de ER, haciendo hincapié en las condiciones

---

<sup>87</sup> **C-0238**, Anuncio del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio sobre RD 661/2007, “*El Gobierno prima la rentabilidad y la estabilidad en el nuevo Real Decreto de energías renovables y cogeneración*”, de 25 de mayo de 2007 (en adelante “**Anuncio sobre RD 661/2007**”).

<sup>88</sup> **C-0238**, Anuncio sobre RD 661/2007, p. 2. Estas cifras son las mismas que las que figuran en **C-0266**, la Memoria Económica del RD 661/2007, 21 de marzo de 2007, p. 17.

<sup>89</sup> El sitio web de InvestinSpain señala explícitamente que la sociedad se encuentra “sujeta a mecanismos de control específicos de sociedades de responsabilidad limitada que son íntegramente de propiedad estatal” [Traducción del Tribunal]. Véase **C-0059**, sitio web de InvestinSpain, “Quiénes somos”, sitio web de InvestinSpain, disponible en <[www.investinspain.org/invest/es/cabecera/quienes-somos/index.html](http://www.investinspain.org/invest/es/cabecera/quienes-somos/index.html)> (último acceso: 15 de febrero de 2016) (en adelante “sitio web de InvestinSpain, ‘Quiénes Somos’”).

económicas y las tarifas a largo plazo del RD 661/2007<sup>90</sup>. Las Demandantes hicieron referencia, en particular, a las presentaciones en Graz, Austria<sup>91</sup>, en 2007 y en Alemania en 2008 sobre “*Oportunidades en el ámbito de las energías renovables en España*” [Traducción del Tribunal]<sup>92</sup>. También se hizo referencia a dos presentaciones de la CNE en febrero de 2009<sup>93</sup>. Si bien las Demandantes no admiten haberse fundado en lo que se dijo en ciertas presentaciones, sí invocan esas presentaciones como prueba de cómo la propia España entendía el Régimen Especial que había creado<sup>94</sup>.

e. ***El Real Decreto-Ley 6/2009 (“RDL 6/2009”)*<sup>95</sup> y el Registro de Pre-asignación**

177. El 30 de abril de 2009, España adoptó el Real Decreto-Ley 6/2009. Los Reales Decretos-leyes tienen el mismo valor que las leyes y pueden ser promulgados por el Gobierno español en casos de necesidad extraordinaria y urgente<sup>96</sup>.
178. Según consta en el Preámbulo, el RDL 6/2009 se adoptó en medio de la crisis financiera internacional de 2008 y lo que se describió como un déficit tarifario cada vez más insostenible en España:

“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

---

<sup>90</sup> Cl. Mem., ¶¶ 181-185. Véase **C-0059**, sitio web de InvestinSpain, “Quiénes Somos”. **C-0030**, Manuela García, “*Opportunities in Renewable Energy in Spain*”, Presentación de PowerPoint de INTERES InvestinSpain, Graz [Austria]España, noviembre de 2007, pp. 4, 15, 18, 19, 32, 40 y 42.

<sup>91</sup> **C-0030**, Manuela García, “*Opportunities in Renewable Energy in Spain*”, Presentación de PowerPoint de INTERES InvestinSpain, Graz [Austria]España, noviembre de 2007, p. 32.

<sup>92</sup> Cl. Mem., ¶¶ 183 y 184. **C-0060**, Manuela García, “*Opportunities in Renewable Energy in Spain*”, InvestinSpain y Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, noviembre de 2008.

<sup>93</sup> Cl. Mem., ¶¶ 183-187. **C-0133**, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, “La Regulación de las Energías Renovables”, presentación de PowerPoint de la CNE, Barcelona, febrero de 2009; **C-0183**, Carlos Solé Martín, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, “Las Energías Renovables: El Caso Español”, presentación de PowerPoint de la CNE, Cartagena de Indias, 9-13 febrero de 2009. Llama la atención el hecho de que, si el Déficit de Tarifa era un problema que debía resolverse, España siguiera alentando más inversiones en ER que aumentarían los costes del sistema. Cf. Resp. Skeleton ¶ 3.

<sup>94</sup> Véase, por ejemplo, alegato de apertura de las Demandantes, día 1/126-127.

<sup>95</sup> **C-0061**, Real Decreto-Ley 6/2009, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, de 30 de abril de 2009 (publicado el 7 de mayo de 2009) (en adelante “**RDL 6/2009**”).

<sup>96</sup> Cl. Mem., nota al pie 232; Resp. C-Mem. ¶ 504. Véase **C-0021**, Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, Artículo 86(1): “En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”.

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”<sup>97</sup>.

179. En referencia a las instalaciones acogidas al régimen especial, el Preámbulo explicaba que:

“... por su creciente incidencia sobre el déficit de tarifa, se establecen mecanismos respecto al sistema retributivo de las instalaciones del régimen especial. La tendencia que están siguiendo estas tecnologías, podría poner en riesgo, en el corto plazo, la sostenibilidad del sistema, tanto desde el punto de vista económico por su impacto en la tarifa eléctrica, como desde el punto de vista técnico, comprometiendo, además, la viabilidad económica de las instalaciones ya finalizadas, cuyo funcionamiento depende del adecuado equilibrio entre generación gestionable y no gestionable. Así, se hace necesario 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”<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> C-0061, RDL 6/2009, p. 1.

<sup>98</sup> C-0061, RDL 6/2009, pp. 3-4. Véase la descripción de esta parte del Preámbulo en la Réplica, ¶ 350, en el que se señala que confirma la interpretación de las Demandantes del Artículo 44(3) del RD 661/2007 y garantizó la tarifa fija para las instalaciones existentes. En la Réplica, ¶352, las Demandantes hacen referencia a la sección 5 de la Memoria Económica para el RDL 6/2009, de fecha 5 de mayo de 2009, y explican que esta deja bien en claro que el RDL 6/2009 tenía por objeto proteger las expectativas legítimas de las inversiones existentes. El pasaje mencionado, en contexto, reza: “La aplicación del sistema retributivo previsto en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo se ha manifestado excesivamente rígido y se ha revelado ineficiente para asegurar el cumplimiento de sus dos objetivos fundamentales. Por otro lado, si no se lleva a cabo de inmediato la modificación se podría producir la situación irreversible de implantación de instalaciones autorizadas a las que ya no podría afectar jurídicamente la modificación que se plantea, con el riesgo sobre la sostenibilidad técnica y económica del sistema y el consiguiente perjuicio tanto para consumidor eléctrico como para los propios titulares de las instalaciones. En cualquier caso, se respeta sus posibles expectativas configurándose las cautelas precisas para entender que no se afectan, desde luego, ni derechos adquiridos ni expectativas legítimas sin la adecuada previsión de un régimen transitorio necesario para la adaptación”.

180. Conforme al Artículo 1, el RDL 6/2009 pretendía eliminar el déficit tarifario para el 1 de enero de 2013, mediante la reforma de las disposiciones adicionales de la Ley 54/1997 de la siguiente manera: “A partir del 1 de enero de 2013, los peajes de acceso serán suficientes para satisfacer la totalidad de los costes de las actividades reguladas sin que pueda aparecer déficit”<sup>99</sup>. El Artículo 4 del RDL 6/2009 también introdujo un nuevo requisito de inscripción en el Registro de Pre-asignación de Retribución como condición necesaria para poder acogerse al régimen económico del RD 661/2007, lo que permitió al Gobierno escalar la puesta en marcha de las nuevas instalaciones<sup>100</sup>.
181. Las asociaciones del sector, como APPA, criticaron fuertemente este RD<sup>101</sup>. Ambas partes están de acuerdo que hubo un déficit tarifario en el SEE y que el objetivo principal del RDL 6/2009 fue eliminarlo. Según las Demandantes, para 2009, el déficit tarifario fue superior a EUR 20.000 millones<sup>102</sup>. Las Demandantes alegan que este déficit de tarifa se debió al incumplimiento de la Ley 54/1997 por parte del Demandado y aseguran que las tarifas para los usuarios finales de electricidad alcanzan para cubrir los costes reales del SEE, incluidos los costes del Régimen Especial<sup>103</sup>. El Demandado asevera que el desequilibrio en el SEE se debió, en gran medida, a la caída abrupta en la demanda de electricidad ante la crisis económica<sup>104</sup>.

f. *Otros desarrollos en el Régimen Especial 2009-2010*

182. El 23 de abril de 2009, la UE adoptó la Directiva 2009/28/EC (la “**Directiva sobre Renovables de 2009**”)<sup>105</sup>, en la que se fijó 2020 como el año para el cual la UE procuraría

---

<sup>99</sup> C-0061, RDL 6/2009, p. 6.

<sup>100</sup> Se entiende que todas las plantas de las Demandantes ya estaban en operación para ese entonces y, por lo tanto, esta disposición no tuvo incidencia directa en las plantas de las Demandantes. Véase Cl. Mem., ¶ 195. No obstante, las Demandantes señalan que el RDL 6/2009 confirmó su entendimiento de que toda planta que hubiera obtenido su inscripción definitiva en el RAIPRE tenía asegurado su derecho a beneficiarse con las condiciones económicas del RD 661/2007.

<sup>101</sup> Véase R-0018, *Europa, nueva directiva. España, nuevo decretazo*, APPA info No. 29, de mayo de 2009. Véase, también, Resp. C-Mem. ¶¶ 510-515; Cl. Reply ¶¶ 396-397.

<sup>102</sup> Informe de Compass, Figura 8.

<sup>103</sup> Véase, por ejemplo, Cl. Mem. ¶ 70; C-0029, Ley 54/1997 del Sector eléctrico (versión al 1 de enero de 2008).

<sup>104</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 503 y 517.

<sup>105</sup> C-0018, Directiva 2009/28/EC 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



obtener un 20% de su consumo total de energía requerido a partir de fuentes de energía renovable (el “**Objetivo 2020**”)<sup>106</sup>. De acuerdo con la Directiva sobre Renovables de 2009, el 30 de junio de 2010, España adoptó un Plan de Acción Nacional de Energías Renovables (“**PANER**”) para alcanzar los objetivos de la directiva<sup>107</sup>. Con respecto a “Evolución futura de los sistemas de apoyo a la generación de electricidad con energías renovables”, este Plan estableció: “La actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial se sustenta en tres principios básicos como son la seguridad jurídica, viabilidad y estabilidad regulatoria”<sup>108</sup>.

183. El Demandado arguye que, durante 2010, la demanda eléctrica sufrió una reducción excepcional que, entre otros factores, generó la necesidad de reforma en el Sector Eléctrico<sup>109</sup>.
184. El 2 de julio de 2010, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España emitió una nota de prensa mediante la cual anunció que había cerrado “con los sectores eólico y termosolar un acuerdo para revisar sus marcos retributivos” (el “**‘acuerdo’ de julio de 2010**”)<sup>110</sup>. Este acuerdo hacía referencia a un límite superior en la cantidad de horas que se beneficiarían de las tarifas del RD 661/2007, y una reducción de la Prima hasta 2013. Sin embargo, se mantendrían los incentivos y las tarifas establecidos en el RD 661/2007<sup>111</sup>. La nota de prensa anunció que:

“Los acuerdos incluyen medidas de corto plazo, que permitirán reducir el impacto en el precio de la electricidad de estas tecnologías, así como medidas de largo plazo, que garantizarán la estabilidad a futuro para ambos sectores.

---

y 2003/30/CE, Diario Oficial de la Unión Europea, serie L 140, 5.6.2009, pp. 16-62 (en vigencia desde el 25 de junio de 2009) (“**Directiva sobre Renovables de 2009**”).

<sup>106</sup> Cl. Mem., ¶ 39.

<sup>107</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 531-532; **R-0120**, Plan de Acción Nacional de Energías Renovables de España (en adelante “**PANER 2011-2020**”).

<sup>108</sup> **R-0120**, PANER 2011-2020, p. 118.

<sup>109</sup> Resp. C-Mem. ¶ 33.

<sup>110</sup> **C-0063**, Gobierno de España, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, nota de prensa: “Industria cierra con los sectores eólico y termosolar un acuerdo para revisar sus marcos retributivos”, 2 de julio de 2010 (en adelante “**Nota de Prensa del 2 de julio de 2010**”).

<sup>111</sup> Cl. Mem., ¶¶ 199-204; **C-0063**, Nota de Prensa del 2 de julio de 2010.

Las primas de la eólica previstas en el RD 661/2007 se reducirán un 35% hasta 2013. ...

Se acuerda limitar el número de horas con derecho a retribución sobre el precio del mercado de las plantas eólicas y termosolares, teniendo en cuenta las diferentes tecnologías y lo previsto en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 para el cálculo de las rentabilidades de las instalaciones. ...

Con esta medida, que no compromete la rentabilidad de las instalaciones existentes, se garantizará que las producciones renovables por encima de las esperadas reviertan en beneficio de los consumidores y no comprometan la sostenibilidad económica del sistema.

Este pacto supone, asimismo, el refuerzo de la visibilidad y estabilidad de la regulación de estas tecnologías a futuro, garantizándose las primas y tarifas actuales del RO 661/2007 para las instalaciones en operación (y para las incluidas en el pre-registro) a partir de 2013. ...

Industria iniciará de inmediato la tramitación que permita trasladar a la normativa el contenido de los acuerdos”<sup>112</sup>.

185. Poco después del “acuerdo” de julio de 2010, representantes de la Primera Demandante (incluidos los Sres. Henderson y Navarro) se habían reunido con representantes del Gobierno. Con respecto a esta reunión, el Sr. Henderson manifestó:

“[Los representantes del Gobierno español] pensaban que el artículo 44.3 les concedía el derecho de cambiar las primas, pero no la tarifa fija. Esa fue nuestra interpretación: que no podían cambiar la tarifa fija, pero la prima sí. Y la propuesta de ellos al sector es que a cambio de estos ajustes provisionales para reducir el componente de prima durante cierto tiempo limitado y las horas de funcionamiento que se verían limitadas durante cierto tiempo, la garantía era el sector en el acuerdo y en la legislación posterior que ya nunca más se iban a tocar los parámetros del 661 que se aplicaban a nuestros activos”<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> C-0063, Nota de Prensa del 2 de julio de 2010p. 2.

<sup>113</sup> Sr. Henderson, Día 3/739-742. Véase, también, la Declaración Testimonial de Navarro, ¶ 69. “En una conversación con RWE, España dejó claro que este era un curso de acción temporal y que todo volvería a la normalidad”. Véase, también, C-0191, Notas de la reunión celebrada entre representantes de RWE Innogy y el Ministerio de Industria, 23 de junio de 2010 (en adelante “**Notas de la Reunión del 23 de junio de 2010**”).

186. El 19 de noviembre de 2010, España promulgó el Real Decreto 1565/2010 (“**RD 1565/2010**”)<sup>114</sup>, que introdujo ciertas medidas técnicas y económicas en el sector de producción de energía eólica. Luego, el 7 de diciembre de 2010, se emitió el Real Decreto 1614/2010 (“**RD 1614/2010**”)<sup>115</sup>.
187. En el Preámbulo, el RD 1614/2010 destacó “el crecimiento de las tecnologías eólica, solar termoeléctrica y fotovoltaica, habiéndose alcanzado e incluso superado los objetivos de potencia instalada previstos para el año 2010”, y estableció que el régimen de respaldo “debe adaptarse, salvaguardando la seguridad jurídica de las inversiones y el principio de rentabilidad razonable...”. El Artículo 2(4) estableció un límite máximo en la cantidad de horas con derecho a retribución basada en la tarifa fija o a una prima<sup>116</sup>. El Artículo 5 del RD 1614/2010 también dispuso que las revisiones conforme al Artículo 44(3) del RD 661/2007 no resultarían de aplicación a instalaciones que ya hubieran obtenido la inscripción definitiva en el RAIPRE para el 7 de mayo de 2009<sup>117</sup>, ni a las instalaciones que, al momento de la entrada en vigencia del RDL 6/2009, hubieran cumplido los requisitos en el Registro de Pre-asignación y estuvieran efectivamente inscritas en el RAIPRE para el 31 de diciembre de 2013<sup>118</sup>.
188. Así, el Artículo 5(3) reiteró la última oración del Artículo 44(3) del RD 661/2007 con una referencia específica a las instalaciones inscritas de manera definitiva en el RAIPRE

---

<sup>114</sup> **R-0104**, RD 1565/2010 de 19 de noviembre de 2010.

<sup>115</sup> **C-0065** y **R-0105**, Real Decreto 1614/2010 de 7 de diciembre de 2010, 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 (publicado el 8 de diciembre de 2010) (en adelante “**RD 1614/2010**” o “**RD 1614**”).

<sup>116</sup> Cl. Mem. ¶¶ 206-207; **C-0065**, RD 1614/2010, Artículo 5(3).

<sup>117</sup> Se recuerda que el Artículo 44(3) del RD 661/2007 establecía que, durante el año 2010, al finalizar el período de planificación previsto en el PER 2005-2010 y cuando España anticipara que alcanzaría sus objetivos de potencia instalada de energía renovable, procedería a la revisión de las Tarifas Fijas o las Primas. **C-0065**, Artículo 5(3) establece lo siguiente: “Sin perjuicio de lo previsto en el presente real decreto, para las instalaciones de tecnología eólica acogidas al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, las revisiones de las tarifas, primas y límites inferior y superior, a las que se refiere el artículo 44.3 del citado real decreto, no afectarán a las instalaciones inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente de la Dirección General de Política Energética y Minas a fecha 7 de mayo de 2009...”

<sup>118</sup> Cl. Mem. ¶ 211; **C-0065**, RD 1614/2010, Artículo 5(3).

al 7 de mayo de 2009 y aquellas que hubiesen cumplido los requisitos de inscripción en el Registro de Pre-asignación de Retribución (véase el Artículo 4 del RDL 6/2009)<sup>119</sup>.

189. El último acto legislativo que establece el marco en el cual las Demandantes estuvieron realizando sus distintas inversiones es el **Real Decreto-ley 14/2010**, adoptado el 23 de diciembre de 2010 (“**RDL 14/2010**”)<sup>120</sup>. Este RDL exigía a los productores en RO (plantas de energía eléctrica tradicional) y bajo el régimen especial el pago de un peaje de acceso a las redes de transmisión y distribución, y afectó la rentabilidad de los productores de ER<sup>121</sup>. Según el Demandado, esto demuestra que el RD 1614/2010 no tenía por objeto congelar el régimen económico establecido en el RD 661/2007<sup>122</sup>. Las Demandantes alegan que estos recortes sólo fueron para las instalaciones FV, por lo que los sectores eólico e hidroeléctrico no se vieron afectados<sup>123</sup>. No obstante, el Tribunal advierte que la introducción del peaje de acceso en virtud del RDL 14/2010 fue de aplicación general, mientras que ciertas disposiciones de este RDL se limitaron al sector FV, es decir, ciertos límites sobre las horas de funcionamiento.

## **B. LAS INVERSIONES DE LAS DEMANDANTES EN ESPAÑA**

190. Entre los meses de abril de 2001 y diciembre de 2011, las Demandantes compraron y desarrollaron en España (i) cuatro centrales hidroeléctricas (Cepeda y La Mora en Ávila, Chomba en Asturias y Villalgordo en Albacete) con una capacidad total instalada de

---

<sup>119</sup> Según la Réplica, ¶¶ 364-365, el Artículo 5 se incluyó a pesar de que el Consejo de Estado advirtió que creaba “inmutabilidad” con respecto a las primas en el futuro. Se hace referencia a los Anexos Demostrativos **C-0269**, Informe del Consejo de Estado sobre el proyecto de RD 1614/2010, de 26 de noviembre de 2010, p. 18, y **C-0268**, Memoria Económica del RD 1614/2010, p. 11. Tras un análisis detenido, el Tribunal no considera que estos documentos le resulten útiles a las Demandantes en cuanto al alcance previsto por el Artículo 5.3 del RD 1614/2010.

<sup>120</sup> **R-0090**, 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, de 23 de diciembre de 2010, Preamble (en adelante “**RDL 14/2010**”).

<sup>121</sup> **R-0090**, RDL 14/2010, Disposición transitoria primera.

<sup>122</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 584-591, en los que también se invoca la sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de junio de 2013, **R-0150**, para afirmar que esto fue lícito desde el punto de vista del derecho español, y se señala que el Tribunal Supremo en ese caso reiteró su conclusión de que el RD 661/2007 no era inalterable o inmodificable teniendo en cuenta los supuestos principios de seguridad jurídica y confianza legítima, y que dichos principios no impidieron al legislador tomar medidas de carácter general o no tributario. El Tribunal concluyó: “Puede, pues, legítimamente decidir que todos los generadores de energía eléctrica, sin excepción, contribuyan mediante el pago de peajes a los costes imputables a las inversiones requeridas precisamente para que la energía que producen se transporte y distribuya”..

<sup>123</sup> Cl. Mem., ¶ 212.

producción de unos 12,20 MW y (ii) 16 centrales eólicas (Grisel, Acampo-Armijo, Muel, Bosque Alto, Plana de María, Río Gallego, Lanternoso, Los Labrados, Plana de la Balsa, Plana de Zaragoza, Bancal, Siglos, Juno, Luna, Urano y Aldehuelas) con una capacidad total instalada de producción de unos 446,75 MW<sup>124</sup>. Las Demandantes declaran que invirtieron más de EUR 577 millones en estas centrales en el período comprendido entre los años 2001 y 2011<sup>125</sup>.

191. Tal como se desprende de los siguientes datos, las inversiones se adquirieron en tres amplios tramos: en primer lugar, en una serie de transacciones desde 2001 hasta principios de 2004 en una suma total de más de EUR 45 millones, en particular, con respecto a la adquisición del 100% del capital social de Agrupació Energías Renovables, S.A.U. (Aersa) (la “**Adquisición de Aersa**”)<sup>126</sup>; luego, el 6 de junio de 2008, las Demandantes adquirieron el 100% del capital social de Urvasco Energía, S.A. (Urvasco) por EUR 363,5 millones (la “**Adquisición de Urvasco**”)<sup>127</sup>; y, por último, en una serie de transacciones desde diciembre de 2008 hasta diciembre de 2012, las Demandantes incrementaron su participación accionaria en las distintas plantas en las que ya tenían participación a través de sus adquisiciones anteriores.
192. Las primeras inversiones de las Demandantes se realizaron a través de la predecesora de la Primera Demandante, Harpen AG (Harpen)<sup>128</sup>.
193. En abril de 2001, Harpen adquirió el parque eólico **Grisel** por EUR 3.500<sup>129</sup>. En junio de 2001, Harpen y PEG celebraron un acuerdo con BBB Umwelttechnik Erneuerbare Energien GmbH (BBB) y Germania Windpark GmbH & Co. (GWP), por el cual PEG

---

<sup>124</sup> Cl. Mem., ¶ 17, Apéndice 4 de Cl. Mem., **CLEX-0004**, pp. 93 y 94.

<sup>125</sup> Alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/37 y 161-164.

<sup>126</sup> Cl. Mem. ¶ 216; **C-0069**, Escritura Pública del contrato de compraventa de acciones entre Harpen Aktiengesellschaft comprador y Agrupació Mutua del Comerc I de la Industria, Mutua D'Assegurances I Reassegurances a Prima Fixa, Agrupació Bankpyme Seguros de Vida y Salud, S.A. y Agrupación Mutua Fondo de Pensiones como vendedores, con fecha 17 de mayo de 2002, pp. 1 y 10; Declaración Testimonial de Schäfer, ¶ 29.

<sup>127</sup> Cl. Mem., ¶ 233.

<sup>128</sup> Cl. Mem. ¶¶ 22 y 215-219.

<sup>129</sup> Cl. Mem., ¶ 215.

adquirió de BBB todas las autorizaciones, permisos y licencias de la planta Grisel por EUR 3,5 millones<sup>130</sup>.

194. En mayo de 2002, Harpen adquirió el 100% del capital social de Agrupació Energías Renovables S.A.U. (Aersa) por EUR 42 millones. En síntesis, Harpen adquirió participaciones en los siguientes parques eólicos: **Acampo Armijo** (100%); **Muel** (77,67%); **Puena de la Balsa** (81%); **Los Labrados** (81%); **Plana de Zaragoza** (81%); **Aldehuelas** (20,81%). También, mediante la adquisición de Aersa, Harpen adquirió el 100% del capital de las centrales hidroeléctricas **Chomba del Plagano**, **Cepeda** y **La Mora**, y el 60% de la central hidroeléctrica **Villalgorido**<sup>131</sup>.
195. En el momento de la Adquisición de Aersa, RWE Aersa poseía el 90% de Prodenergías-2, S.L. (“**Prodenergías 2**”)<sup>132</sup>, la cual a su vez era propietaria del 46,26%<sup>133</sup> del Parque Eólico La Luna (**Luna**), Parque Eólico Juno (**Juno**) y Parque Eólico Urano (**Urano**) por medio de la empresa Danta de Energías, S.A. El 1 de abril, la participación se incrementó a 50% debido a un aumento del capital en Dante [sic], con lo cual las Demandantes tuvieron un 45% en Luna, Juno y Urano a partir de esa fecha<sup>134</sup>.
196. En abril de 2002, Price Waterhouse Coopers preparó un borrador de informe de debida diligencia con respecto a la adquisición de Aersa, si bien dicho informe se centró en cada planta y no en los detalles del régimen regulatorio español<sup>135</sup>. En julio de 2002, Ilex Energy Consulting (Ilex) elaboró un informe para las Demandantes titulado “*Projecting Wholesale Electricity Prices in Spain*” [Proyección de los precios del mercado mayorista de la electricidad en España]<sup>136</sup>. Este informe destacó la importancia del RD 2818/1998,

---

<sup>130</sup> Cl. Mem. ¶ 215; **C-0174**, Escritura Pública del contrato de compraventa entre Windfarm Holding GmbH y Harpen de fecha 10 abril de 2001; Escritura Pública del contrato de compraventa entre BBB, GWP, Harpen y PEG de fecha 18 de julio de 2001, pp. 2, 7 y 15; Declaración Testimonial de Schäfer, ¶ 27.

<sup>131</sup> Cl. Mem. ¶¶ 216-234.

<sup>132</sup> Cl. Mem. ¶ 219; Declaración Testimonial de Schäfer, ¶ 30.

<sup>133</sup> Cl. Mem. ¶ 219; **C-0209**, “Danta de Energías, S.A.”, Resumen de Landwell y PriceWaterhouseCoopers, p. 4; véase, también, **C-0211**, Libro Registro de Acciones de Danta de Energías, S.A. de fecha 15 de abril de 2002, p. 6.

<sup>134</sup> Cl. Mem., ¶ 220.

<sup>135</sup> **C-0085**, “*Financial Review Due Diligence Draft Report*” (Borrador del informe de debida diligencia de revisión financiera) para Agrupación Energías Renovables, S.A., presentación en Power Point de PWC, abril de 2002.

<sup>136</sup> **C-0088**, Informe de Ilex Energy Consulting a Harpen, “*Projecting wholesale electricity prices in Spain*” (Proyección de los precios del mercado mayorista de la electricidad en España), julio de 2002.

que describió en el sentido de que “alienta nuevas inversiones en cogeneración y energías renovables al colocarlas bajo un régimen especial y subsidiar las compras de electricidad a generadores de energía renovable con una capacidad de menos de 50MW”<sup>137</sup>. En la sección “El futuro del Régimen Especial”, se identificó un “riesgo principal” como “la posibilidad de eliminación parcial o total de los subsidios del Régimen Especial”, si bien se agregó que “consideramos que es poco probable que desaparezca por completo el apoyo brindado al sector de energías renovables”<sup>138</sup>. [Traducción del Tribunal]

197. El 30 de diciembre de 2003, se adquirió otra participación de 21,97% en Aldehuelas por la suma de EUR 586.363<sup>139</sup>.
198. De ello se desprende que las Demandantes invirtieron más de EUR 49,5 millones bajo el régimen regulatorio vigente del RD 2818/1998 y antes de aprobarse el RD 436/2004. El 1 de abril de 2004, pocos días después de aprobarse el RD 436/2004, se adquirió otra participación de 1,77% en esta planta por unos EUR 40.000<sup>140</sup>.
199. En octubre de 2004, Ilex preparó para las Demandantes un nuevo informe titulado “*Wind Power Price Projections for Spain*” [Proyecciones de los precios de la energía eólica en España], que Harpen contrató “para analizar los antecedentes y proyectar las expectativas del sector de energía eólica en España hasta 2022”<sup>141</sup>. [Traducción del Tribunal] En este informe, Ilex manifestó en el Resumen Ejecutivo que:

“El futuro de la generación de energía renovable dependerá de la forma y el nivel de cualquier mecanismo de apoyo. El mecanismo del Régimen Especial está sujeto a revisión periódica, y se ha debatido la introducción de un mecanismo basado en el mercado de acuerdo con la directiva más reciente de la UE sobre generación de energía renovable. Sin embargo, ante el éxito del mecanismo actual, ... es probable que la actual metodología de tarifa/prima continúe, al menos, hasta 2010...

---

<sup>137</sup> C-0088, Informe de Ilex Energy Consulting a Harpen, “*Projecting wholesale electricity prices in Spain*” (*Proyección de los precios del mercado mayorista de la electricidad en España*), julio de 2002, p. 11.

<sup>138</sup> C-0088, Informe de Ilex Energy Consulting a Harpen, “*Projecting wholesale electricity prices in Spain*” (*Proyección de los precios del mercado mayorista de la electricidad en España*), julio de 2002, p. 12.

<sup>139</sup> Cl. Mem., ¶ 230.

<sup>140</sup> Cl. Mem., ¶ 230.

<sup>141</sup> Cl. Mem. ¶ 230; C-0089, Informe de Ilex Energy Consulting a RWE, “*Wind power price projections for Spain*” (*Proyecciones de los precios de la energía eólica en España*).

Dada la incertidumbre acerca del Régimen Especial, sumada a la política futura y el mecanismo de apoyo para que el desarrollo de energías renovables cumpla las metas fijadas, es difícil proyectar con precisión los ingresos adicionales potenciales para los generadores eólicos. No obstante, el Gobierno español se comprometió a continuar brindando su apoyo, ya sea por medio de subsidios anuales, con fondos provenientes de las tarifas reguladas, o por medio de mecanismos basados en el mercado”<sup>142</sup>. [Traducción del Tribunal]

200. En julio de 2007, Ilex (actualmente, Pöyry) preparó un informe para RWE Power AG, “Estado actual y futuro de la energía eólica en España y Portugal”<sup>143</sup>. Este informe es posterior al RD 661/2007 (25 de mayo de 2007) pero anterior a la adquisición de Urvasco por parte de las Demandantes (6 de junio de 2008, véase *infra*). Cabe señalar que los testigos de las Demandantes no leyeron este informe, ni se demostró que se hubieran fundado en él al adquirir Urvasco<sup>144</sup>.
201. En su Resumen Ejecutivo, Pöyry identificó bajo el primer título “*Hechos recientes en el mercado español*” diversas cuestiones sobre “*problemas constantes con el déficit tarifario*” y “*cambios en la legislación para limitar los ingresos de los generadores en Régimen Especial*”. Asimismo, explicó que “*a causa de los altos precios del mercado mayorista, los generadores en Régimen Especial—en particular, los parques eólicos—han estado percibiendo ganancias supranormales. A raíz de estas ganancias excesivas, el Gobierno intervino para establecer un límite mediante la reforma del RD 436/2004 (la norma principal del régimen especial durante el período 2004-2007) y publicación del RD 661/2007 en su lugar*”. [Traducción del Tribunal] Continuó:

“Debido a estos cambios importantes que implementó el Gobierno, Pöyry considera que este seguirá dominando el mercado español, gestionándolo activamente para procurar mantener un tope en las ganancias de los generadores. Lo que probablemente no ocurra es que el Gobierno opte por la intervención directa en el Mercado Mayorista. Prefiere intervenir fuera del Mercado Mayorista (como el RD 1634/2006 y la Orden ITC/400/2007 para limitar las ganancias de los generadores y los costes totales del sistema). Por lo tanto, es más probable que el Gobierno intervenga mediante la aplicación de impuestos

---

<sup>142</sup> Pp. (ii), notas al pie omitidas, (v) y (vi); Informe de Ilex Energy Consulting a RWE, “Wind power price projections for Spain” (Proyecciones de los precios de la energía eólica en España), pp. 6 y 9.

<sup>143</sup> Cl. Mem., C-0103, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica).

<sup>144</sup> El Sr. Navarro, testigo de las Demandantes, sabía sobre la existencia del informe pero no lo leyó, mientras que el Sr. Henderson, también testigo de las Demandantes, ni siquiera sabía que existía. Véanse Día 2/633-634 y Día 3/732.



sobre las ganancias imprevistas de las sociedades o la limitación de sus ingresos (RD 661/2007), que directamente en el mercado mayorista mediante un tope en los precios”<sup>145</sup>. [Traducción del Tribunal]

202. En el “Resumen de la legislación sobre renovables en España”, Pöyry describe los elementos principales del RD 661/2007 y señala, *inter alia*:

“El Gobierno español, a través del Real Decreto (RD) 661/2007, alienta las nuevas inversiones en cogeneración y energías renovables, ya que las coloca en un Régimen Especial y subsidia la compra de electricidad a generadores de energía renovable. Conforme al RD 661/2007, estos subsidios (primas ambientales) se garantizan durante toda la vida operativa de la planta. El RD 661/2007 suplanta la legislación anterior que regía el mercado en régimen especial, el RD 436/2004.

La principal conclusión para la industria a partir de la interpretación del RD 661/2007 es que, aunque se limitaron los futuros ingresos, también se limitaron las posibles pérdidas. En nuestra opinión, la retribución modificada de los generadores de energía eólica no ocasionará realmente daños prolongados en la industria eólica española—una inquietud que se ha suscitado tras la publicación del primer borrador en noviembre de 2006”<sup>146</sup>. [Traducción del Tribunal]

203. En síntesis, la previsión de Pöyry, fue:

“La retribución de los parques eólicos españoles cambió con la reciente introducción del RD 661/2007. Brinda una nueva medida para controlar los ingresos de los parques eólicos al establecer un límite superior y un límite inferior (también denominado “collar”). De esta forma, el Gobierno español limita la rentabilidad que obtendrán los activos eólicos. Pöyry estima que la TIR (Tasa Interna de Retorno, valor nominal después de impuestos) sin ajuste para los parques eólicos, a precios de mercado, oscilaría entre 5% y 7,5% (véase modelo FCD de Pöyry en el Anexo E). El rango de la TIR implica una reducción en la TIR prevista en comparación con la que resultaría del esquema del RD 436/2004 que permitía tasas más altas. Los parques eólicos existentes que opten por el período transitorio tendrán una TIR sin ajustes de 5,5% a 8%. Estimamos que el impacto del RD 661/2007 para los activos existentes es, por tanto, limitado”<sup>147</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>145</sup> C-0103, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica)pp. 1-2.

<sup>146</sup> C-0103, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica), pp. 2-3. Véanse, también, pp. 81-82.

<sup>147</sup> C-0103, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica), p. 7. Véanse, también, pp. 97-98. Tal como se señaló en dicho informe, Pöyry consideró que su cálculo sugería que la mayoría de los generadores de energía eólica seguiría con la opción del mercado, en lugar de optar por la tarifa fija.

204. En la sección sobre riesgos regulatorios/políticos, Pöyry explicó que: “Durante 2006, hubo un importante aumento en la intervención del Gobierno en el mercado energético español. El creciente déficit tarifario ocasionado por la baja producción de energía hidrogeológica y los crecientes precios [sic] del Brent obligó al Gobierno a tomar medidas drásticas. Hacia fines de 2005, el Gobierno anunció que planeaba analizar la retribución del Régimen Especial (concretamente, en lo referente a la energía eólica), ya que se consideraba que se veía beneficiada tanto por el alto precio SMP [mercado mayorista] como por la creciente TIR”<sup>148</sup>. Al igual que en el informe de 2004, Pöyry también consideró la posibilidad de introducir un mecanismo basado en el mercado para sustituir el régimen tarifario, pero lo veía poco probable. El informe establecía lo siguiente: “En cualquier caso, ante la sustitución del actual mecanismo de tarifa regulada por un mecanismo de mercado (posiblemente a fines de 2010), se esperaría un período transitorio que extienda el mecanismo de tarifa regulada aplicable a los parques eólicos en funcionamiento durante unos años”<sup>149</sup>. [Traducción del Tribunal]
205. Aproximadamente un año después de la emisión del informe de Pöyry de 2007, el 6 de junio de 2008, RWE Aersa compró el 100 % del capital social de Urvasco Energía, S.A. (Urvasco) por EUR 363,5 millones<sup>150</sup>. Por medio de esta compra, RWE Aersa adquirió el 100% de: (i) Parque Eólico Bancal, S.L., propietaria del parque eólico **Bancal**; (ii) Parque Eólico Los Siglos, S.L., propietaria del parque eólico **Los Siglos**; (iii) Guijosa Eólica, S.A., propietaria del parque eólico **Lanternoso**; (iv) Parque Eólico Río Gallego, S.L., propietaria del parque eólico **Río Gallego**; (v) Parque Eólico Bosque Alto, S.A., propietaria del parque eólico **Bosque Alto**; y (vi) Explotaciones Eólicas Plana de María, S.L., propietaria del parque eólico **Plana María**<sup>151</sup>. Las Demandantes consideran que

---

<sup>148</sup> C-0103, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica), pp. 57-58.

<sup>149</sup> C-0103, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica), p. 58.

<sup>150</sup> Cl. Mem., ¶ 233.

<sup>151</sup> C-0081, Escritura Pública del contrato de compraventa de acciones entre el Grupo Urvasco, S.A., el Sr. Rodolfo Di Pietro, el Sr. Luis Alonso, el Sr. Pablo Couto, el Sr. Jesús Esparza, el Sr. Julio Esparza y RWE Aersa, 6 de junio de 2008, pp. 1, 14, 15, 29 y 30; Declaración Testimonial de Bünting, ¶ 42.

pagaron un precio alto por estos activos, que se justificó porque pudieron pagarlo bajo el régimen vigente<sup>152</sup>.

206. El 23 de diciembre de 2008, la Segunda Demandante adquirió otra participación de 23,75% en Aldehuelas por EUR 12 millones<sup>153</sup>.
207. El 7 de mayo de 2009, pocos días después de la adopción del Real Decreto-ley 6/2009, la Segunda Demandante adquirió otra participación de 49,23% en La Luna, Juno y Urano por EUR 48 millones<sup>154</sup>. También, en la segunda mitad de 2009, se realizaron mejoras en catorce plantas de acuerdo con la Disposición Transitoria Quinta del RD 661/2007, por la suma de EUR 6,8 millones<sup>155</sup>.
208. En una serie de transacciones durante octubre-diciembre de 2010, es decir, durante los meses posteriores a la nota de prensa ministerial de 2 de julio de 2010 sobre el “[acuerdo] con los sectores eólico y termosolar [...] para revisar sus marcos retributivos”, las Demandantes adquirieron participaciones adicionales en Plana de la Balsa (13,7% adicional por EUR 1,2 millones)<sup>156</sup>, Los Labrados (13,98% adicional por EUR 1,65 millones)<sup>157</sup>, Plana de Zaragoza (19% adicional por EUR 2,725 millones)<sup>158</sup>; y Muel (17,32% adicional por EUR 1,7 millones)<sup>159</sup>.

---

<sup>152</sup> Declaración Testimonial de Bünting, ¶ 63.

<sup>153</sup> Cl. Mem., ¶ 231.

<sup>154</sup> Cl. Mem. ¶ 221; **C-0212**, Escritura Pública del contrato de compraventa entre Eólica Renovables de Inversiones, S.A. Y Agrupació Energías Renovables, S.A.U., 7 de mayo de 2009, pp. 1 y 8. Véase, también, la Declaración Testimonial de Bünting, ¶¶ 44 y 45, que hace referencia al Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones (TARF), 6 de abril de 2009. Ese Formulario contiene el mismo “supuesto” en referencia a los RD 436/2004 y 661/2007 que el Formulario de 12 de diciembre de 2008.

<sup>155</sup> Cl. Mem. ¶¶ 235 y 236.

<sup>156</sup> Cl. Mem. ¶ 224; **C-0077**, Escritura Pública del contrato de compraventa entre Compañía Leonesa de Energías Alternativas Renovables, S.L. y RWE Aersa, de fecha 19 de octubre de 2010, pp. 1, 5 y 6.

<sup>157</sup> Cl. Mem. ¶ 226; **C-0078**, Escritura Pública del contrato de compraventa entre Compañía Leonesa de Energías Alternativas Renovables, S.L. y RWE Aersa de fecha 19 de octubre de 2010, pp. 1, 5, 6 y 12.

<sup>158</sup> Cl. Mem. ¶ 228; **C-0162**, Escritura Pública del contrato de compraventa entre Compañía Leonesa de Energías Alternativas Renovables, S.L. y RWE Aersa de fecha 2 de diciembre de 2010, pp. 1, 5 y 6.

<sup>159</sup> Cl. Mem. ¶¶ 223, 224, 226 y 228. Véase, también, la Declaración Testimonial de Bünting, ¶¶ 44 y 45, que hacen referencia al Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones (TARF) de fecha 12 de julio de 2010; **C-0072**, Escritura Pública del contrato de compra de participaciones entre Compañía Leonesa de Energías Alternativas Renovables, S.L. y RWE Aersa de fecha 19 de octubre de 2010, pp. 1 y 5; **C-0073**, Escritura Pública del contrato de compra de participaciones entre Hidráulica del Loureiro-Enorsa, S.L. y RWE Aersa, de fecha 22 de diciembre de 2010, pp. 1, 5, 6 y 13.

209. Las Demandantes realizaron otras inversiones importantes en 2011 (después de la aprobación del RD 1614/2010 y del RDL 14/2010). En febrero de 2011, la Segunda Demandante adquirió una participación adicional en Muel por medio de la adquisición de Promotora Acurado SA (aproximadamente el 5% por EUR 4,6 millones)<sup>160</sup>, y también compró su participación restante de 10% en Prodenergías 2, con lo cual incrementó su participación en Plana de la Balsa y Los Labrados a 100%<sup>161</sup>. El 2 de diciembre de 2011, RWE Aersa adquirió un 47,50% adicional del capital social de Aldehuelas por la suma de EUR 25.540.000<sup>162</sup>, con lo cual su participación en el parque eólico Aldehuelas ascendió a 95%<sup>163</sup>. Por último, el 1 de diciembre de 2012, las Demandantes adquirieron una ‘participación dorada’ con respecto a la planta Muel (por EUR 50.000)<sup>164</sup>.
210. El Demandado no cuestiona la titularidad de las inversiones de las Demandantes en España. Sin embargo, hace hincapié en el hecho de que las inversiones se adquirieron durante un período de más de 12 años y critica a las Demandantes por dar la impresión

---

<sup>160</sup> Cl. Mem., ¶ 223.

<sup>161</sup> Cl. Mem. ¶¶ 221, 225 y 227. Esta participación de 10% se alcanzó por medio de la compra por parte de Aersa (i) a Promotora Acurado de una participación de 5% en Prodenergías 2 (**C-0074**, Escritura Pública del contrato de compra de participaciones entre la Sra. María Begoña Amann Garbisu, el Sr. Joaquín Barrera Amann, el Sr. Antonio Barrera de Irimo, la Sra. María Teresa Barrera Amann, la Sra. Gracia Barrera Amann, el Sr. Iñigo Barrera Amann, la Sra. María Asunción Barrera Amann, la Sra. Ana María Barrera Amann, Corporación Atlántica de Servicios, S.A. y RWE Aersa de fecha 1 de febrero de 2011, pp. 1, 8 y 9) y (ii) a Servicios Generales Corporativos, S.L. de la participación restante de 5% (**C-0086**, Escritura Pública del contrato de compraventa y amortización del préstamo entre Servicios Generales Corporativos, S.L. y Agrupació Energías Renovables, S.A.U. de fecha 2 de febrero de 2011, pp. 1, 5 y 6).

<sup>162</sup> **C-0185**, Escritura Pública del contrato de compraventa entre Enel Green Power España, S.L. y RWE Aersa, de fecha 2 de diciembre de 2011, pp. 1, 7 y 9. Véase, también, **C-0148**, Libro Registro de Acciones de Explotaciones Eólicas Aldehuelas, S.L., p. 8.

<sup>163</sup> Cl. Mem., ¶ 232.

<sup>164</sup> Cl. Mem. ¶ 223. La Participación Dorada es una participación minoritaria que representa el 0,001 % del capital social de Muel (es decir, una de 110.000 acciones), propiedad de Taim-Weser, S.A., una empresa española que opera en varios sectores, incluida la fabricación de grúas, el tratamiento de desechos o las energías renovables. Su existencia se debe al hecho de que el Ayuntamiento de Muel, en aquel entonces, requería una empresa basada en la región española de Aragón entre los propietarios del capital social de Muel, con un mínimo de una acción. (**C-0075**), Resolución del consejo de administración de RWE Aersa sobre la “Adquisición de la ‘Participación Dorada’ de Explotaciones Eólicas de Muel, S.L.”, 6 de junio de 2012., p. 1 Taim-Weser, S.A., como propietaria original del 100 % del capital social de Explotaciones Eólicas de Muel S.L. retuvo la “Participación Dorada”, lo cual le concedía ciertos derechos, incluida la aprobación de las ventas a terceros **C-0189**, Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones (TARF) para el Proyecto de RWE Innogy, 28 de septiembre de 2010, p. 4 y nota al pie 2 en p. 3. La obligación se anuló en mayo de 2012, después de la solicitud formal de anulación realizada por Aersa. Por lo tanto, el 1 de diciembre de 2012, por medio de un acuerdo de compraventa entre Aersa y Taim-Weser, S.A., Aersa pudo adquirir la Participación Dorada, consolidando su participación en Muel y convirtiéndose en su socio único; **C-0207**, Resoluciones del consejo de administración de RWE Innogy GmbH sobre la Adquisición de la “Participación Dorada” en Explotaciones Eólicas de Muel, S.L. de fecha 6 de junio de 2012, p. 1.

de que las únicas normas en el marco regulatorio que cualquier inversor debía tener en cuenta fueran el RD 661/2007 y el RD 1614/2010<sup>165</sup>. El Demandado señala, asimismo, que las Demandantes no realizaron ninguna *due diligence* con posterioridad a julio de 2007<sup>166</sup>. La cuestión de *due diligence*, al igual que las pruebas sobre la fundamentación en las normas vigentes, se consideran en la sección VI *infra*.

### C. LAS MEDIDAS DE ESPAÑA Y EL RÉGIMEN NUEVO

211. Según las Demandantes, en el período comprendido entre los meses de diciembre de 2012 y junio de 2014, España adoptó una serie de medidas (las Medidas en Disputa) que socavaron gravemente el régimen económico del RD 661/2007, con lo cual no honró las promesas que habían inducido a las Demandantes a invertir<sup>167</sup>.
212. El Demandado alega, por su parte, que las medidas adoptadas para reformar el Sector Eléctrico se habían anunciado públicamente<sup>168</sup>, fueron razonables y proporcionadas, y afectaron a todos los sujetos del SEE. El Demandado señala que las medidas afectaron, en particular, a consumidores cuya factura de electricidad había aumentado de forma desproporcionada en el período comprendido entre los años 2003 y 2012<sup>169</sup>, y que las Medidas en Disputa se adoptaron en el marco de una crisis internacional que tuvo efectos severos en la demanda de electricidad y los rendimientos de los mercados de capitales<sup>170</sup>. En opinión del Demandado, las reformas mantuvieron los elementos esenciales del sistema de apoyo a las energías renovables<sup>171</sup>.

---

<sup>165</sup> Resp. Rej. ¶¶ 205-212.

<sup>166</sup> Resp. Rej. ¶ 213.

<sup>167</sup> Cl. Mem. ¶¶ 54 y 55.

<sup>168</sup> El Demandado alude a **R-0192**, un 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](http://www.lamoncloa.gob.es); **R-0170**, nota de prensa de la Comisión Nacional de la Energía: “La CNE analiza la revisión de los peajes de acceso y determinadas tarifas y primas de las instalaciones de régimen especial”, 28 de diciembre de 2011.

<sup>169</sup> Resp. C-Mem. ¶ 36.

<sup>170</sup> Resp. Skeleton ¶¶ 31-33.

<sup>171</sup> Resp. C-Mem. ¶ 37.

- a. *El informe de la CNE de 7 de marzo de 2012; el MdE de 20 de julio de 2012*
213. El 27 de enero de 2012, el Gobierno español solicitó a la CNE que preparara un informe sobre las medidas de ajuste regulatorio que podían adoptarse en los sectores energéticos, incluso en lo referente a abordar la evolución del déficit tarifario en el sector eléctrico. La CNE emitió un informe el 7 de marzo de 2012<sup>172</sup>. Según la CNE, el déficit entre los ingresos y los costes del sistema eléctrico era insostenible, ya que la deuda del sistema había ascendido a EUR 21.812 millones<sup>173</sup>. Afirmó que “*se requiere la adopción urgente de soluciones regulatorias, en los sectores de electricidad y gas natural*”<sup>174</sup>.
214. La CNE propuso una serie de posibles medidas “*urgentes y necesarias*” a corto y mediano plazo. Algunas de estas medidas fueron drásticas por naturaleza, como la financiación de los costes del régimen especial a través de subastas de CO2 y un impuesto sobre la venta de gasolina y gas. Otras contemplaron reducciones relativamente leves en la retribución actual de los productores de ER (tales como reducciones en el aumento anual de acuerdo con el IPC, reducciones que afectaban a las instalaciones solares termoeléctricas preinscritas pero no registradas en el RAIPRE de manera definitiva, y limitaciones en el uso de combustibles fósiles al 5% para la producción de energía renovable). Y otras preveían un aumento en los peajes de acceso<sup>175</sup>. La CNE no propuso la sustitución de la tarifa fija/prima del Régimen Especial vigente a través del RD 661/2007.
215. Tres meses después, el 25 de junio de 2012, el Gobierno español solicitó asistencia financiera externa a la UE en el marco de la reestructuración y recapitalización en curso del sector bancario español. Esto llevó a la suscripción de un Memorándum de Entendimiento con la UE sobre “*Condiciones de Política Sectorial Financiera*” el 20 de julio de 2012. Este MdE dejó asentado cómo la crisis financiera y económica mundial había expuesto debilidades en el patrón de crecimiento de la economía española, y cómo

---

<sup>172</sup> C-0163y R-0131, CNE, “*Informe sobre el Sector Eléctrico Español*”, 7 de marzo de 2012 (en adelante “**Reporte CNE 2012**”).

<sup>173</sup> C-0163, Reporte CNE 2012, p. 6.

<sup>174</sup> C-0163, Reporte CNE 2012, p. 4 (énfasis en el original).

<sup>175</sup> C-0163, Reporte CNE 2012, p. 10.

los bancos españoles habían perdido acceso a los mercados mayoristas de financiación en condiciones asequibles, y presentó una estrategia para reestructurar y recapitalizar los bancos españoles. En el párrafo 31 del MdE , se manifestó:

“31. Con respecto a las reformas estructurales, las autoridades españolas se comprometen a implementar las recomendaciones específicas del país en el contexto del Semestre Europeo. Estas reformas tienen por objeto corregir los desequilibrios económicos identificados en la revisión detallada conforme al Procedimiento de desequilibrio macroeconómico (PDM). En particular, estas recomendaciones invitan a España a: ... 6) completar las interconexiones de electricidad y gas con los países vecinos, y abordar el déficit de las tarifas de electricidad de manera integral”<sup>176</sup>. [Traducción del Tribunal]

b. **Ley 15/2012**

216. La Ley 15/2012 de 27 de diciembre de 2012 (“**Ley 15/2012**”)<sup>177</sup>, que entró en vigor el 1 de enero de 2013<sup>178</sup>, estableció (i) un impuesto del 7% a todos los ingresos obtenidos por todas las empresas generadoras, ya fueran de energías renovables o de otro tipo, y (ii) un impuesto del 22% al uso de las aguas de la península (que se redujo al 2,2% para las instalaciones hidroeléctricas con una capacidad instalada inferior a 50 MW). Según las Demandantes, esto no fue una “medida fiscal”, sino más bien un recorte disimulado de tarifas<sup>179</sup>. El Demandado afirma que el impacto económico de los impuestos en los productores de energías renovables ha sido neutralizado, dado que dichos impuestos representan uno de los costes que se retribuyen a dichos productores mediante la retribución específica que éstos perciben<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> **RL-0067**, Memorando de Entendimiento firmado con la Unión Europea: VI. Finanzas Públicas, Desequilibrios Macroeconómicos y Reforma del Sector Financiero (en adelante “**MOU con la EU**”) (énfasis agregado).

<sup>177</sup> **C-0019**, Ley 15/2012 de 27 de diciembre de 2012, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (publicada el 28 de diciembre de 2012) (en adelante “**Ley 15/2012**”).

<sup>178</sup> Resp. C-Mem. ¶ 652; **R-0030**, Ley 15/2012, Disposición final quinta: “La presente Ley entrará en vigor el 1 de enero de 2013”.

<sup>179</sup> Cl. Mem., ¶ 55.

<sup>180</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 661 y 672; **R-0115**, Orden IET/1045/2014, de 16 de junio de 2014, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, Exposición de Motivos III. “Por otra parte y entre los costes de explotación variables en función de la producción de la instalación tipo se encuentran de forma enunciativa y no limitativa los siguientes: costes de seguros, gastos de administración y otros gastos generales, gastos de representación en el mercado, coste del peaje de acceso a las redes de transporte y distribución que deben satisfacer los productores de energía eléctrica, la operación y el mantenimiento (tanto preventivo como correctivo), impuesto

c. **RDL 2/2013, RDL 9/2013 y Ley 44/2013**

217. España emitió el Real Decreto-ley 2/2013 el 1 de febrero de 2013 (“**RDL 2/2013**”)<sup>181</sup>, por el cual se adoptaron otras “*medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero*”, a saber: (i) se redujo a cero el valor de la prima; y (ii) se redujeron los ajustes por inflación previstos por el RD 661/2007 para la Tarifa Regulada, eliminando componentes claves del IPC, ya que reemplaza el IPC por el Índice de Precios de Consumo a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos (“IPC-IP”)<sup>182</sup>. En el Preámbulo del RDL 2/2013, se explicó que estas medidas fueron una respuesta a los nuevos aumentos del déficit tarifario, es decir, algo que se debió, en gran medida, “a un 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”<sup>183</sup>.
218. El 12 de julio de 2013, el Gobierno español adoptó el Real Decreto-ley 9/2013 (“**RDL 9/2013**”)<sup>184</sup>, la medida principal que cuestionan las Demandantes en este caso. Según el Preámbulo del RDL 9/2013, la deuda del sector eléctrico se había tornado insostenible, y se necesitaban medidas urgentes y de aplicación inmediata. El Preámbulo describió las medidas urgentes que España había adoptado anteriormente, dio una explicación en cuanto a por qué no habían sido suficientes, y luego describió las nuevas medidas y su fundamento jurídico de la siguiente manera:

“En primer lugar, se habilita al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos. Así, se modifica el

---

sobre el valor de la producción de la energía eléctrica que establece la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética así como el resto de tributos regulados en dicha ley”.

<sup>181</sup> **C-0020**, Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero de 2013, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero (publicado el 2 de febrero de 2013) (en adelante “**RDL 2/2013**”).

<sup>182</sup> Cl. Mem. ¶ 55, Resp. C-Mem. ¶ 674.

<sup>183</sup> **C-0020**, RDL 2/2013. Las Demandantes cuestionan la referencia a la sobre-retribución: véanse, por ejemplo, Cl. Mem. ¶¶ 284-285.

<sup>184</sup> **C-0024**, 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 (publicado el 13 de julio de 2013) (en adelante “**RDL 9/2013**”).



artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico para introducir los principios concretos sobre los que se articulará dicho régimen, al objeto de acotar el margen de actuación del Gobierno en el desarrollo de los regímenes retributivos para estas instalaciones. Este se basará en la percepción de los ingresos derivados de la participación en el mercado, con una retribución adicional que, en caso de resultar necesario, cubra aquellos costes de inversión que una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado. En este sentido, 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.

...

Asimismo, se concreta en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, la plasmación normativa del concepto de rentabilidad razonable, estableciéndolo, en línea con la doctrina jurisprudencial sobre el particular alumbrada en los últimos años, en una rentabilidad de proyecto, que girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado”.

219. Conforme al Artículo 1 del RDL 9/2013, el Artículo 30.4 de la Ley 54/1997 se reformó de manera radical, de modo tal que su redacción es (en lo pertinente) la siguiente:

“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 [el Pago Especial] 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.

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”.

220. Conforme a la Disposición adicional primera de este RDL, el diferencial adecuado enunciado en el Artículo 30(4) actualizado se fijaba en 300 puntos básicos.

221. El 4 de septiembre de 2013, la CNE elaboró un informe<sup>185</sup> en el cual describió el impacto de la nueva metodología, *inter alia*, de la siguiente manera (énfasis en el original):

“La nueva metodología incorpora revisiones periódicas de la retribución específica con el fin de asegurar la obtención de la denominada rentabilidad razonable, evitando infra-retribuciones, y también supra-retribuciones; sin embargo, presenta asimismo grandes incertidumbres para su aplicación a las aproximadamente 60.000 instalaciones existentes, ya que su aplicación depende de una serie de parámetros estándar que serán definidos en la orden de desarrollo del real decreto”.

222. El 26 de diciembre de 2013, España introdujo la Ley 24/2013, una nueva Ley del Sector Eléctrico (“**Ley 24/2013**”), derogatoria de la Ley 54/1997, salvo con respecto a ciertas disposiciones limitadas<sup>186</sup>. La nueva Ley confirmó y desarrolló los principios establecidos en el RDL 9/2013. El Artículo 30(4) de la Ley 54/1997, modificado por el RDL 9/2013, se convirtió en el Artículo 14(7) de la Ley 24/2013. Conforme al Artículo 26(2), se concedió a los productores de energía renovable prioridad de despacho a igualdad de condiciones económicas en el mercado, y prioridad de acceso y de conexión a la red<sup>187</sup>.

223. No obstante, la Ley 24/2013 no definió cómo evolucionaría el régimen económico, ni el monto preciso del Pago Especial. Este período transitorio duró 11 meses<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> **C-0123**, Informe 18/2013 de la CNE sobre las actividades regulatorias propuestas por el RD en cuanto a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, 4 de septiembre de 2013 (en adelante “**Reporte CNE 18/2013**”).

<sup>186</sup> **C-0025**, Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, 26 de diciembre de 2013 (publicada el 27 de diciembre de 2013) (en adelante “**Ley 24/2013**”), p.7.

<sup>187</sup> Las Demandantes aseveran que, sin embargo, la Ley 24/2013, privó a las instalaciones de energías renovables del derecho incondicional de la prioridad del acceso a la red y evacuación concedido con arreglo al anterior régimen. Véase Cl. Mem. ¶¶ 319-320; Réplica ¶ 555.

<sup>188</sup> Cl. Mem., ¶ 59.

224. Luego España promulgó el Real Decreto 413/2014 de 6 de junio de 2014 (“**RD 413/2014**”)<sup>189</sup>, y la Orden Ministerial IET/1045/2014 de 16 de junio de 2014 (“**Orden de junio de 2014**”)<sup>190</sup>, los cuales definieron los parámetros de la Instalación Tipo—un factor importante en el cálculo de la retribución conforme al RDL 9/2013<sup>191</sup>.
225. Como resultado de la nueva ley y demás reglamentaciones, los productores de energía renovable perciben el precio mayorista de la electricidad vendida en el mercado libre, además de un Pago Especial<sup>192</sup>. Este Pago Especial:
- a) está limitado a una vida útil regulatoria de 20 años (para parques eólicos) o 25 años (para centrales hidráulicas), mientras el antiguo régimen concedía los incentivos durante la completa vida útil de la planta<sup>193</sup>.
  - b) se compone de dos elementos: i) una retribución por MW de capacidad instalada; y ii) una retribución por megavatio-hora (**MWh**) de electricidad producida, con la que se busca sufragar los costes operativos que no se pueden asumir con los precios de mercado<sup>194</sup>; se calcula en referencia a una instalación tipo (la Instalación Tipo) y está limitado por el concepto de una “*rentabilidad razonable*”, definido como una tasa de rentabilidad de 300 puntos básicos por encima de la rentabilidad media de los Bonos del Estado a 10 años, fijados en 7,398%<sup>195</sup>;
  - c) está sujeto a revisión cada seis años;

---

<sup>189</sup> **C-0026**, Real Decreto 413/2014, de 6 de junio de 2014, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (publicado el 10 de junio de 2014) (en adelante “**RD 413/2014**”).

<sup>190</sup> **C-0027**, Orden IET/1045/2014, de 16 de junio de 2014, 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 (publicada el 20 de junio de 2014) (en adelante “**Orden de junio de 2014**”).

<sup>191</sup> Cl. Mem. ¶ 60; **C-0027**, Orden de junio de 2014.

<sup>192</sup> Cl. Mem. ¶ 304.

<sup>193</sup> Cl. Mem. ¶ 305; **C-0025**, Ley 24/2013, Artículo 14(7); **C-0024**, RDL 9/2013, Artículo 1(dos); y **C-0026**, RD 413/2014, Artículos 16 y 19. **C-0027**, Orden de junio de 2014, Artículo 5.

<sup>194</sup> Cl. Mem. ¶¶ 62 y 307; **C-0024**, RDL 9/2013, Artículo 1(dos); **C-0025**, Ley 24/2013, Artículo 14(7); y **C-0026**, RD 413/2014, Artículos 11, 16 y 17.

<sup>195</sup> Cl. Mem. ¶ 63; **C-0024**, RDL 9/2013, Disposición Adicional Primera; **C-0025**, Ley 25/2013, Disposición Final Tercera; **C-0026**, RD 413/2014, Artículo 19.

d) tiene en cuenta las cantidades recibidas en virtud del régimen del RDL 661/2007 para determinar si una central logró una cierta rentabilidad razonable durante su vida regulatoria<sup>196</sup>. Esto significa que, si una planta obtuvo en el pasado una rentabilidad superior al límite superior, dicha planta percibirá un Pago Especial inferior (o ninguno en absoluto) para compensar el exceso y alcanzar el objetivo de una rentabilidad del 7,398%<sup>197</sup>.

226. De ello se desprende que, si bien se mantuvieron algunos de los beneficios otorgados por medio del RD 661/2007 a los productores de energía renovable, la estructura de la retribución se vio radicalmente alterada por el RDL 9/2013, la Ley 24/2013 y las ulteriores normas de junio de 2014.

d. *El impacto de las medidas de España en las inversiones de las Demandantes*

227. Tal como se señalara *supra*, las Demandantes adquirieron Inversiones en España mediante adquisiciones y mejoras que costaron más de EUR 513 millones. Actualmente, las plantas de ER de las Demandantes tienen una rentabilidad mucho menor que antes de la adopción de las Medidas en Disputa.

228. Según las Demandantes, las Medidas en Disputa “han acabado con el 56 % del valor justo de mercado de las inversiones de RWE”, lo que implicó una reducción de EUR 267,7 millones del valor justo de mercado<sup>198</sup>. También consideran que el valor de los fondos propios de RWE Aersa se redujo a cero (teniendo en cuenta la deuda interempresarial)<sup>199</sup>.

229. Según el Demandado, las plantas de las Demandantes recibieron o recibirán una rentabilidad razonable. Su argumento es el siguiente:

a) Ciertas plantas han tenido una rentabilidad excepcional y, por ende, ya no tienen derecho a percibir subsidios. Por ende, las tasas de rentabilidad declaradas son: con respecto Muel, 11,2%; Acampo Armijo, 18,6%; Bosque Alto, 10,1%; Los

---

<sup>196</sup> Cl. Mem., ¶ 65.

<sup>197</sup> Cl. Mem. ¶ 334; C-0026, RD 413/2014, Anexo XIII.

<sup>198</sup> Cl Memorial ¶¶ 67, 73 y 328; Claimants’ PHB, ¶ 7.c.

<sup>199</sup> Cl. Reply ¶¶ 14, 399, 429 y 597.

Labrados, 11,4%; Plana María, 10,1%; Plana Zaragoza, 13,7%; Río Gállego fase I, 10,8% y fase II, 16,1%; Aldehuelas, 19,2%. Se dice que, en términos generales, “la Demandante recupera sus costes de inversión y, teniendo en cuenta los costes operativos, obtendrá una rentabilidad tota consolidada de 10,6% antes de impuestos o un 8,2% después de impuestos”<sup>200</sup>.

- b) Conforme al ‘escenario contrafáctico’ de las Demandantes, la tasa de rentabilidad promedio sería 14,5% para los parques eólicos de las Demandantes y 7,1% para las centrales hidroeléctricas de las Demandantes. El Demandado afirma que estas tasas de rentabilidad son desproporcionadas en relación con el perfil de riesgo de las inversiones<sup>201</sup>.

230. Las Demandantes presentaron, a través de Compass Lexecon, varias cifras de tasas de rentabilidad, incluso cifras basadas en plantas tipo correspondientes a plantas de las Demandantes<sup>202</sup>.

- a) Según Compass Lexecon, la tasa de rentabilidad prevista alcanzada por las plantas tipo correspondiente a cada una de las plantas de las Demandantes es 5,7% después de impuestos como resultado de las medidas de España (“el escenario real”), a diferencia del 9% después de impuestos en su “escenario contrafáctico”<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> Resp. Rej., ¶¶ 1046 y 1102, que hace referencia al Segundo Informe de BDO, Tabla 13: “BDO ha calculado las rentabilidades obtenidas por las plantas tras las medidas, obteniendo un 10,7% en eólicas y un 7,5% en hidráulicas antes de impuestos (media, 10,6% antes de impuestos, equivalentes a un 8,27% después de impuestos)”. Cabe señalar que estas tasas de rentabilidad se calculan en relación con los costes de los activos y de construcción de las distintas plantas (es decir, como si se tratara de sitios *greenfield*), lo que da una cifra de EUR 462 millones. El costo real de adquisición de las Demandantes fue mayor: aproximadamente EUR 513 millones.

<sup>201</sup> Dúplica, ¶ 1103, y Segundo Informe de Compass Lexecon, p. 120, Tabla 10. Estas cifras son antes de impuestos.

<sup>202</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 117, en el que se señala que “existen pruebas de que las plantas eólicas de los Demandantes tienen un rendimiento superior a la media. Al determinar si la rentabilidad de las Plantas de los Demandantes es razonable, se debe tener en cuenta el hecho de que el rendimiento superior a la media conduce naturalmente a una rentabilidad mayor (y viceversa, un rendimiento por debajo de la media conduce a una rentabilidad por debajo de la media). Para tenerlo en cuenta, no hemos empleado los ingresos y gastos de cada una de las Plantas de los Demandantes. En lugar de ello, hemos tenido en cuenta los de la planta estándar correspondiente como se define en la Orden, que según el Gobierno español y BDO, es representativa de una planta eficiente y bien gestionada”.

<sup>203</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶¶ 117-121 y Tabla 4. Estos porcentajes se aplican a las centrales eólicas e hidroeléctricas, juntas.

b) Compass Lexecon realizó una comparación con los porcentajes de las tasas de rentabilidad enunciadas en el Informe CNE 3/2007, ya que la CNE había considerado que esas tasas eran razonables. No obstante, el Tribunal advierte que las tasas de rentabilidad comprendidas en el informe de la CNE estaban relacionadas con (i) el cálculo de la CNE de las tasas de rentabilidad media propuestas en el borrador de RD, es decir, 8,2% (parques eólicos) y 9,7% (centrales hidroeléctricas) para las opciones de tarifa fija y prima, y (ii) las tasas propuestas por la CNE para las plantas puestas en marcha después del 1 de enero de 2008, que es la misma para la opción de tarifa fija, pero 9,9% (parques eólicos) y 11,2% (centrales hidroeléctricas) para la opción de prima<sup>204</sup>. Dado que ninguna de las plantas de las Demandantes entró en funcionamiento después del 1 de enero de 2008, el Tribunal no considera que las tasas propuestas por la CNE (9,9% (parques eólicos) y 11,2% (centrales hidroeléctricas)) sean relevantes<sup>205</sup>. Tampoco queda claro para el Tribunal si estas cifras de la CNE se calcularon antes o después de impuestos.

e. ***Procedimientos de Ayudas Estatales de la Comisión Europea***

231. El Demandado alega que, después de la decisión prejudicial C-275/13 del Tribunal de Justicia Europeo (“TJE”) (el caso *ELCOGAS*)<sup>206</sup>, en el cual se brindó una definición del concepto de ayuda estatal, España se vio obligada a informar a la Comisión Europea (“CE”) acerca de las medidas de financiación para energías renovables en relación con este arbitraje<sup>207</sup>. El Demandado informó a la Comisión Europea acerca de las medidas adoptadas a través de la Orden de junio de 2014 y la Comisión Europea abrió el procedimiento de investigación No. SA.40348 2014/N<sup>208</sup>. El argumento del Demandado es que, conforme al Artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), la CE tiene la facultad exclusiva de declarar la compatibilidad de una ayuda

---

<sup>204</sup> **R-0128**, Reporte CNE 3/2007, pp. 53-54.

<sup>205</sup> Véase Compass Lexecon, Segundo Informe, ¶¶ 117-121, y alegato de clausura de las Demandantes, Día 5/1527.

<sup>206</sup> **R-0024**, Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictado en la cuestión prejudicial C-275/13, *ELCOGAS*, de 22 de octubre de 2014.

<sup>207</sup> Resp. C-Mem. ¶ 800, 805; Artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea (“TUE”).

<sup>208</sup> Resp. C-Mem. ¶ 801.

con el derecho de la UE. El Demandado señala, asimismo, que el TJE es el único organismo competente para revisar la decisión de la CE<sup>209</sup>.

232. Según las Demandantes, las cuestiones sobre Ayudas Estatales carecen de relevancia para la resolución de este arbitraje por los siguientes motivos:

- a) La investigación de la CE tiene que ver con la Orden de junio de 2014, por lo cual lo que se está investigando es el Nuevo Régimen, no el Régimen Especial que indujo a las Demandantes a invertir<sup>210</sup>.
- b) No existen pruebas de que, tras las Medidas en Disputa, hubiera cuestiones relacionadas con las ayudas estatales, ya que los preámbulos no contienen una sola mención a tales ayudas<sup>211</sup>.
- c) Ni las Directrices de la Comisión Europea sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020, Número 2014/C200/0170 (las “**Directrices 2014**”), ni las directrices aprobadas mediante el Comunicado de la Comisión Europea 2008/C82/0171 (las “**Directrices 2008**”), mencionadas por el Demandado, exigieron a España adoptar las Medidas en Disputa<sup>212</sup>.
- d) El hecho de que los beneficiarios de cualquier ayuda tengan derecho a ampararse en un marco legal estable es un principio de la legislación de la UE en materia de Ayudas Estatales. Las Directrices 2014 disponen que se aplicaría una reducción en los incentivos en el sector de energías renovables, de manera prospectiva, para las nuevas instalaciones de ER<sup>213</sup>.

---

<sup>209</sup> Resp. C-Mem. ¶ 807.

<sup>210</sup> Cl. Reply ¶ 489.

<sup>211</sup> Cl. Reply ¶ 490.

<sup>212</sup> Cl. Reply ¶ 491.

<sup>213</sup> Cl. Reply ¶ 492; **C-0281**, Comisión Europea, Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía, OJ 2014/C200/01, 28 de junio de 2014, ¶ 249: “tales ayudas podrán concederse para todo el período con arreglo a las condiciones establecidas en el régimen en el momento de la confirmación, siempre que sean compatibles con las normas aplicables en el momento de la confirmación”.

233. El 10 de noviembre de 2017, la CE emitió su Decisión sobre el procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN) con respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España<sup>214</sup>. En vista de esta Decisión, las Partes elaboraron sus respectivas posturas sobre la cuestión de las Ayudas Estatales, consideradas en la Sección V (Jurisdicción) *infra*.

#### D. LOS FALLOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

234. El Demandado ha invocado ante el Tribunal varios fallos del Tribunal Supremo español y señala que, desde 2005, se ha establecido una jurisprudencia coherente sobre el sistema de retribución del sector de ER<sup>215</sup>. Hace referencia al Fallo de 15 de diciembre de 2005 sobre una impugnación del RD 436/2004, en la cual el Tribunal Supremo resolvió 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 eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución [...]”*<sup>216</sup>. Durante los años posteriores a este Fallo—en particular, 2006, 2007, 2009, 2012, 2013 y 2016<sup>217</sup>—, el Tribunal Supremo dictó varios fallos que, según el Demandado, confirmaron que:

a) No existía un derecho a que el régimen económico se mantuviera inmutable;

---

<sup>214</sup> Decisión de la CE sobre el procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN) con respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España. (**RL-0089**, se ha tomado nota de que el Demandado ha asignado este número de prueba documental a más de un Anexo Demostrativo).

<sup>215</sup> Resp. Skeleton ¶ 23.

<sup>216</sup> **R-0137**, Fallo del Tribunal Supremo de fecha 15 de diciembre de 2005.

<sup>217</sup> Resp. C-Mem. ¶¶361-379; **R-0138**, Fallo del Tribunal Supremo, apelación 12/2005, Referencia El Derecho EDJ 2006/282164, de fecha 25 de octubre de 2006; **R-0139**, Fallo del Tribunal Supremo, apelación 11/2005 EDJ 2007/18059, de fecha 20 de marzo de 2007; **R-0140**, Fallo del Tribunal Supremo, apelación 13/2006 EDJ 2007/175313, de fecha 9 de octubre de 2007; **R-0141**, Fallo del Tribunal Supremo, apelación 151/2007 EDJ 2009/307349, de fecha 3 de diciembre de 2009; **R-0002**, Fallo de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 2009, rec. 152/2007, EDJ 2009/307357, Quinto Fundamento de Derecho; **R0144**, Fallo del Tribunal Supremo de fecha 12 de abril de 2012, rec. 40/2011, Cuarto Fundamento de Derecho; ; **R-0146**, Fallo del Tribunal Supremo de fecha 19 de junio de 2012 (apelación 62/2011); **R-0150**, Fallo del Tribunal Supremo de fecha 25 de junio de 2013 (RJ/2013/6733), rec. 252/2012; **R-0155**, Sentencia N° 63/2016 de fecha 21 de enero de 2016, del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación 627/2012.



- b) El único límite que debía respetar el Gobierno en los cambios normativos era el de otorgar a las Plantas en RE una rentabilidad razonable, con referencia al coste del dinero en el mercado de los capitales;
- c) La incorporación de las Plantas de RE en el SEE dio lugar a que las empresas tuvieran que asumir un riesgo regulatorio<sup>218</sup>.
235. En los fallos de 1 de junio y 12 de julio de 2016, el Tribunal Supremo consideró y rechazó varias impugnaciones del RD 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014. Al desestimar los argumentos expuestos ante sí sobre expectativas legítimas y seguridad jurídica, el Tribunal Supremo manifestó que *“ninguna disposición del Real Decreto 661/2007... garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable”*<sup>219</sup>. Según el Tribunal Supremo, su jurisprudencia *“ha sido constante a lo largo de los años al señalar, en la interpretación y aplicación de las normas ordenadoras del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, que las mismas garantizan a los titulares de estas instalaciones el derecho a una rentabilidad razonable de sus inversiones, pero no les reconocen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado por el titular de la potestad reglamentaria”*<sup>220</sup>.
236. Las Demandantes rechazan la relevancia de los distintos fallos por considerar que no son análogos, es decir, no versaban sobre los incentivos comprendidos en el régimen garantizado de ER o fueron posteriores al período en el que las Demandantes realizaron sus inversiones<sup>221</sup>. Las posturas opuestas de las Partes en cuando a los fallos del Tribunal

---

<sup>218</sup> Resp. Rej. ¶ 238.

<sup>219</sup> **R-0264**, Fallo del Tribunal Supremo, 1264/2016, 1 de junio de 2016, p. 24; **R-0336**, Fallo del Tribunal Supremo, 1730/2016.rca 456.2014 AEE, 12 de julio de 2016, p. 10; en cada caso en referencia al fallo del Tribunal Supremo de fecha 15 de diciembre de 2005 (apelación 73/2004), como también a los fallos de fechas 25 de octubre de 2006 (apelación 12/2005), 20 de marzo de 2007 (apelación 11/2005), 9 de diciembre de 2009 (apelaciones 149/2007 y 152/2007), 12 de abril de 2012 (apelación 40/2011), 13 de septiembre de 2012 (apelación 48/2011), 15 de octubre de 2012 (apelación 64/2011), 10 de diciembre de 2012 (appeal 138/2011), 29 de enero de 2013 (apelación 232/2012), 29 de mayo de 2013 (apelación 193/2010) y 16 de marzo de 2015.

<sup>220</sup> **R-0264**, Fallo del Tribunal Supremo, 1264/2016, 1 de junio de 2016, pp. 8-9; **R-0336**, Fallo del Tribunal Supremo, 1730/2016.rca 456.2014 AEE, 12 de julio de 2016, pp. 8-9.

<sup>221</sup> Cl. Reply ¶¶ 367-368, 371 y 372.

Supremo se consideran en la Sección VI (Responsabilidad) a la que procederá el Tribunal después de analizar las cuestiones jurisdiccionales *infra*.

## V. JURISDICCIÓN

### A. OBJECIONES JURISDICCIONALES

237. El Demandado planteó dos objeciones jurisdiccionales:

- (i) Falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral *ratione personae* para conocer de la controversia planteada por las Demandantes debido a la ausencia de inversores protegidos con arreglo al TCE: las Demandantes no provienen del territorio de otra Parte Contratante ya que tanto Alemania como el Reino de España son Estados miembros de la Unión Europea (la “UE”) y el TCE no se aplica a controversias relativas a inversiones intra UE<sup>222</sup>;
- (ii) Falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral para conocer de una supuesta vulneración por el Reino de España de obligaciones derivadas del artículo 10(1) del TCE mediante la adopción de medidas impositivas por la Ley 15/2012: ausencia de consentimiento del Reino de España para someter dicha cuestión a arbitraje ya que, de conformidad con el artículo 21 del TCE, el apartado (1) del artículo 10 del TCE no genera obligaciones respecto de medidas impositivas de las Partes Contratantes<sup>223</sup>.

238. El Artículo 41(1) del Convenio del CIADI establece: “*El Tribunal resolverá sobre su propia competencia*”. El Artículo 25 del Convenio del CIADI establece que:

“(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al

---

<sup>222</sup> Resp. Rej. III (B).

<sup>223</sup> Resp. Rej. III (C).

Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (...)"

239. El Artículo 26 del TCE, sobre "*Solución de controversias entre un inversor y una parte contratante*", establece, en lo pertinente:

- 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. ...
- 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...
- 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...

- 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”.

## **B. LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL DE LAS DEMANDANTES**

240. En su Memorial de Contestación sobre Méritos y Memorial sobre Jurisdicción de 20 de mayo de 2016, el Demandado se reservó el derecho a complementar o modificar las alegaciones y argumentos, y a formular las objeciones jurisdiccionales adicionales que sean oportunas a la vista de la documentación acreditativa de la reestructuración empresarial por la que supuestamente RWE International SE había sucedido a RWE Innogy GmbH<sup>224</sup>. No obstante, en su Dúplica sobre Méritos y Réplica sobre Jurisdicción de 19 de enero de 2017, el Demandado confirmó que no planteaba ninguna objeción jurisdiccional en relación con la reestructuración empresarial de las Demandantes<sup>225</sup>.

## **C. LA OBJECCIÓN INTRA-UE**

### **(1) Las Posiciones de las Partes**

241. El Tribunal ha considerado no sólo las posiciones de las Partes, tal como se sintetizan a continuación, sino también los numerosos argumentos detallados en sus escritos y Autoridad Legales presentados. En tanto no se haga referencia expresa a tales argumentos, el Tribunal los ha considerado en su análisis, al igual que en el caso de las presentaciones recibidas de la CE.

#### **a. *La Posición del Demandado***

242. El Demandado asevera que el Tribunal de Arbitraje carece de jurisdicción *ratione personae* para conocer de la presente controversia intra-UE planteada por supuestos inversores alemanes contra el Reino de España, debido a la ausencia de inversores protegidos con arreglo al TCE. Las Demandantes no son inversores protegidos con arreglo al TCE del territorio de otra Parte Contratante, tal como exige el Artículo 26 del TCE para poder acudir al arbitraje<sup>226</sup>. Tanto Alemania, el Estado de las Demandantes a

---

<sup>224</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 49-55.

<sup>225</sup> Resp. Rej. ¶ 7.

<sup>226</sup> Resp. C-Mem. ¶ 5

los fines de este arbitraje, como España, son y fueron, al momento de ratificarse el TCE, Estados Miembros de la UE, mientras que la UE es también Parte Contratante del TCE<sup>227</sup>. Por ende, las Demandantes no cumplen el requisito del Artículo 26(1) del TCE que establece que, para poder acudir al arbitraje, la controversia debe ser “*entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante*”<sup>228</sup>.

243. Según el Demandado, el requisito del Artículo 26(1) del TCE de que la disputa se produzca entre “*una Parte Contratante*” y un “*Inversor de otra Parte Contratante*” “*supone inevitablemente la exclusión de dicho artículo de los supuestos en los que un inversor de un Estado de la Unión Europea (UE) tenga una controversia con un Estado de la UE, respecto a una inversión en dicho Estado*” (respectivamente, “**controversia intra UE**” e “**inversión intra UE**”) <sup>229</sup>.
244. El Demandado argumenta que, dado que tanto España como Alemania ya eran miembros de la UE al momento en que ratificaron el TCE, “*no pudieron contraer entre sí obligaciones en el ámbito del Mercado interior de la energía, armonizado por la UE*”<sup>230</sup>. Las inversiones de las Demandantes se realizaron en el ámbito del mercado interior de la electricidad de la UE. El Demandado alega que el sistema de la UE concede al inversor ciudadano de la UE una protección específica y preferente a la que concede el TCE, y debe prevalecer sobre cualquier otro tratado internacional. Se dice que “[*e*]l Derecho de la UE prohíbe la existencia de cualquier mecanismo de solución de controversias ajeno al establecido por sus Tratados, que pueda interferir en los fundamentos del Mercado interior”<sup>231</sup>.
245. Según el Demandado, lo anterior se refleja en la interpretación literal, el contexto y la finalidad del TCE: (i) la interpretación literal del TCE prevé que entre Estados miembros

---

<sup>227</sup> Resp. Skeleton ¶ 7.

<sup>228</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 5 y 108. Resp. Skeleton ¶ 7.

<sup>229</sup> Resp. C-Mem. ¶ 57.

<sup>230</sup> Resp. C-Mem. ¶ 61. En Resp. Rej. ¶ 83, el Demandado menciona el laudo de *Electrabel c. Hungría* y destaca que “*Hungría firmó el TCE cuando aún no había ingresado en la UE. Por tanto, Hungría, a diferencia de España y Alemania, sí pudo contraer obligaciones al amparo de la Parte III del TCE*”.

<sup>231</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 62, 63, 66 *et seq.*

de la UE se aplique preferentemente el sistema de la UE<sup>232</sup>; (ii) el Artículo 26 del TCE impide el arbitraje entre un inversor intra UE y un Estado miembro de la UE<sup>233</sup>; y (iii) la finalidad del TCE confirma esta interpretación<sup>234</sup>.

246. Así, el Demandado asevera que el régimen especial para las disputas intra-UE deriva de la interpretación literal de la redacción del TCE con respecto a las Organizaciones Regionales de Integración Económica (“**ORIE**”), como la UE, única ORIE que forma parte del TCE. Según el Demandado, el Artículo 1(3) del TCE, que define ORIE como “*una organización constituida por Estados a la que éstos han transferido competencias relativas a determinados ámbitos, algunos de los cuales están regulados por el presente Tratado, incluida la facultad de tomar decisiones vinculantes para dichos Estados con respecto a dichos ámbitos*”, reconoce la naturaleza especial de la UE y la transferencia de competencia. El Demandado también cita los Artículos 1(10), 16, 25 y 36(7) del TCE para ilustrar el carácter especial de la UE y la supremacía de los tratados que rigen la UE sobre el TCE<sup>235</sup>.
247. En particular, el Demandado hace hincapié en el Artículo 26(6) del TCE, que establece que el tribunal creado en virtud del Artículo 26 “*decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables*”, lo cual—según alega—significa tomar en pie de igualdad el Derecho de la UE y el derecho internacional aplicable a la hora de resolver la controversia<sup>236</sup>.
248. El Demandado se ampara en el caso *Electrabel c. Hungría*, en el que el tribunal concluyó “*que el Artículo 307 CE [Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea] descarta los derechos de Estados Miembros en virtud de tratados preexistentes incompatibles; por lo tanto, si el TCE y el derecho de la UE siguieran siendo incompatibles pese a todos los esfuerzos de armonización, deberá prevalecer el derecho de la UE sobre las protecciones*

---

<sup>232</sup> Resp. C-Mem.. ¶¶ 76-83.

<sup>233</sup> Resp. C-Mem.. ¶¶ 84-93; Artículo 344 del TFUE; **R-0022**, Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 14 de diciembre de 1991, sobre el “Acuerdo por el que se crea el Espacio Económico Europeo” (EEE) (versión original en español).

<sup>234</sup> Resp. C-Mem.. ¶¶ 94-97; **RL-006**, Artículo 1 del TCE; **RL-006**, y Prefacio del TCE.

<sup>235</sup> Resp. C-Mem.. ¶¶ 79-82.

<sup>236</sup> Resp. C-Mem.. ¶ 83.

*sustantivas del TCE y no sería posible aplicar el TCE de manera incongruente con el derecho de la UE a ese tipo de reclamación de ciudadano contra un Estado Miembro de la UE*<sup>237</sup>. [Traducción del Tribunal]

249. Según el Demandado, el sometimiento a arbitraje de una disputa intra-UE conforme al Artículo 26 del TCE sería contrario al Artículo 344 del TFUE que prohíbe a los Estados Miembros someter “*controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos*”. Dicha disputa requeriría, a su vez, que el tribunal arbitral se pronuncie sobre los derechos del inversor europeo en el mercado interior de la UE, cuestiones sobre las cuales el Tribunal de Justicia español es competente y, en este sentido, se funda en el Dictamen 1/91 con respecto al “*Acuerdo por el que se crea el Espacio Económico Europeo*”<sup>238</sup>.
250. El Demandado se ampara en la finalidad del TCE y cita el objetivo del TCE establecido en el Artículo 2 como “*marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta*”, además de estar diseñado como “*fomento de la cooperación industrial Este-Oeste mediante el establecimiento de salvaguardias jurídicas en campos como la inversión, el tránsito y el comercio*”. El Demandado también menciona los escritos de Bruno Poulain<sup>239</sup> y del Profesor Jan Kleinheisterkamp<sup>240</sup>. El Demandado afirma que, según el Profesor Kleinheisterkamp, el problema no es la elección y aplicación de la “*norma más favorable*”, sino el hecho de que, entre los Estados miembros de la UE y sus ciudadanos,

---

<sup>237</sup> Resp. C-Mem. ¶ 84 que hace referencia a **RL-0002**, *Electrabel S.A c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad de 30 de noviembre de 2012 (versión original en inglés) ¶ 4.189 (en adelante “**Electrabel, Decision Sobre Jurisdiccion, Derecho Aplicable y Responsabilidad**”).

<sup>238</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 85-90, que hacen referencia a **R-0022**, Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de diciembre de 1991, sobre el “*Acuerdo por el que se crea el Espacio Económico Europeo*” (EEE).

<sup>239</sup> Resp. C-Mem. ¶ 98. Véase **RL-0060**, *Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux*, Bruno Poulain, *Revue Générale de Droit International Public*, C XIII/2009, 4; p. 881. La nota al pie omitida reza: “*Nuestra opinión se basa en el Artículo 25 del [TCE], que propone una cláusula de desconexión para beneficio de las partes de una organización de integración económica regional, y en el Artículo 16, que vincula los derechos sustanciales con el mecanismo de solución de controversias*” [Traducción del Tribunal].

<sup>240</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 99-101. Véase **RL-0064**, *Investment protection and EU Law: the intra- and extra- EU dimension of the Energy Charter Treaty*, Jan Kleinheisterkamp, *Journal of International Economic Law* 15 (1), Oxford University Press, 2012, pp. 101, 103 y 108.

el Derecho UE desplaza la aplicación de cualquier otra norma, en virtud del principio de primacía<sup>241</sup>. Cabe señalar que tanto el Demandado como la CE han adoptado la postura de que el arbitraje en virtud del TCE no es un medio adecuado para analizar la legalidad de las medidas del Gobierno que se rigen por el derecho europeo, y que afectar los conceptos básicos de la UE mediante el ECT sería incompatible con el derecho europeo, lo cual difícilmente haya sido la intención de las Partes Contratantes. Además, las normas y principios de la UE son normas y principios del derecho internacional, y se deben aplicar con la misma jerarquía que el TCE<sup>242</sup>.

251. El Demandado también hace referencia al impacto que tienen en el resultado de este arbitraje la evaluación de la CE de las medidas a favor de las Energías Renovables y la cogeneración en España (procedimiento SA.40348 2014/N). Se hace referencia al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”), de 22 de octubre de 2014, con respecto a la cuestión prejudicial C- 275/13 (el caso *ELCOGAS*), en el que se resuelve lo siguiente con respecto a España:

“[...] el artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen una intervención del Estado o mediante fondos estatales los importes atribuidos a una empresa privada productora de electricidad que se financian por el conjunto de los usuarios finales de la electricidad establecidos en el territorio nacional y que se distribuyen a las empresas del sector eléctrico por un organismo público conforme a criterios legales predeterminados”<sup>243</sup>.

252. Se alega que los Estados miembros están obligados a tener en cuenta las Directrices de la CE sobre ayudas estatales, y que la existencia de este procedimiento es especialmente relevante a la luz de las decisiones de la CE de 26 de mayo de 2014 y 30 de marzo de 2015, en las que se ordenó a Rumania suspender el pago del laudo dictado en *Micula c. Rumania*, y luego se resolvió que dicho pago violaba las normas sobre ayudas estatales de la UE y debía ser devuelto por las empresas beneficiarias.<sup>244</sup> El Demandado también

---

<sup>241</sup> Resp. C-Mem. ¶101.

<sup>242</sup> Resp. C-Mem.. ¶¶ 100-103.

<sup>243</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 104 y 105, que hacen referencia a **RL-0019**, Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictado en la cuestión prejudicial C-275/13, *ELCOGAS*, de 22 de octubre de 2014.

<sup>244</sup> Resp. C-Mem.. ¶¶ 106 y 107, que hacen referencia a **R-0025**, Decisión (EU) 2015/1470 de la Comisión de 30 de marzo de 2015 relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumania, Laudo Arbitral *Micula/Romania* de 11 de diciembre de 2013.



se amparó en la Decisión de la CE sobre el procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN), de 10 de noviembre de 2017, con respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España<sup>245</sup>.

253. En su Réplica sobre Jurisdicción, el Demandado señaló al Tribunal un conjunto de casos pendientes ante el TJUE y la entonces inminente decisión en *Achmea* (que se analiza *infra*). El Demandado también insistió con el principio de primacía del derecho europeo y su reconocimiento en el TCE, el cual se alega está establecido en el Artículo 25(1) del TCE:

“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”.

254. Según el Demandado, de acuerdo con este principio, la presente disputa se debe resolver mediante la aplicación de las leyes de la UE y no mediante la aplicación del TCE, ya que las inversiones de las Demandantes siempre se rigieron por el derecho de la UE. Además, la disputa afecta a elementos esenciales del derecho de la UE, como las ayudas estatales, la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, sobre los cuales el Tribunal no puede pronunciarse, ya que esta facultad está reservada al sistema judicial propio de la UE y, en última instancia, al TJUE<sup>246</sup>.

255. El Demandado rechaza o traza una distinción con los laudos arbitrales citados por las Demandantes, ya sea porque tales laudos versan sobre disputas basadas en el TBI intra-EU u obligaciones contraídas por ciertos Estados antes de formar parte de la UE, o porque no se analiza en ellos el argumento basado en el principio de primacía. Por el contrario, además de *Electrabel*, el Demandado ha invocado:

---

<sup>245</sup> **RL-0089**, Decisión de la CE sobre el procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN) con respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España.

<sup>246</sup> Resp. Rej. ¶¶ 70-78; alegato de apertura del Demandado, Día 1/331-332.

- a) *Blusun c. Italia*, en el que el tribunal consideró que debe aplicar el derecho de la UE “*como parte del derecho internacional o como parte del derecho italiano. Es evidente que el Tribunal no puede ejercer las facultades jurisdiccionales especiales que tienen los tribunales europeos, pero sí puede y, cuando corresponde, debe aplicar el derecho europeo como tal*”<sup>247</sup>. [Traducción del Tribunal]
- b) *Jürgen Wirtgen et al. c. República Checa*, en el cual, alega el Demandado, se respaldaron los fundamentos y las conclusiones de *Electrabel*, y se concluyó que el derecho internacional aplicable abarca, además del Tratado, el derecho de la UE<sup>248</sup>.

256. El Demandado también cuestiona la interpretación del TCE por parte de las Demandantes: señala que daría lugar a una interpretación ineficaz que no reconoce que los Estados Miembros de la UE no podrían vincularse entre sí conforme a la Parte III del TCE y porque el propio TCE reconoce en el Artículo 25 el principio de primacía del derecho de la UE. Además, al propugnar la inaplicabilidad del mecanismo de solución de controversias del TFUE a la disputa en cuestión, las Demandantes ignoran el hecho de que el Tribunal tendría que pronunciarse sobre los pilares esenciales del derecho de la UE y que España no puede someterse a otro sistema que el sistema judicial de la UE en relación con este asunto<sup>249</sup>.

257. Según el Demandado, esta primera objeción jurisdiccional incumbe a la totalidad de la controversia planteada por las Demandantes<sup>250</sup>.

#### b. *La Posición de las Demandantes*

258. Las Demandantes aducen que cada uno de los tribunales de arbitraje constituidos en virtud de tratados de inversión, que ha estudiado la cuestión, ha determinado que la

---

<sup>247</sup> Comentarios del Demandado sobre *Achmea*, 22 de marzo de 2018, con cita a **CL-0187**, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. República Italiana*, Caso CIADI No. ARB/14/3, Laudo de 27 de diciembre de 2016 (en adelante “*Blusun*”) ¶ 278. Anexo 1.

<sup>248</sup> Comentarios del Demandado sobre *Achmea*, 22 de marzo de 2018, que cita **RL-0089**, *Sr. Jürgen Wirtgen et al. c. La República Checa*, Caso CPA No. 2014-03, Laudo Final, 11 de octubre de 2017 (en adelante “*Wirtgen*”) ¶¶ 177-178.

<sup>249</sup> Resp. Rej. ¶¶ 100-125.

<sup>250</sup> Resp. C-Mem. ¶ 7.

naturaleza intra-UE de la controversia no excluye su jurisdicción<sup>251</sup>. Explican que se carece de fundamento para trazar una distinción entre Estados que no eran Estados Miembros de la UE al momento en que ratificaron el TCE y Estados que sí lo eran (tales como España y Alemania) y, para hacerlo, sostienen que los laudos de *Charanne c. España*, *PV Investors c. España* y *RREEF c. España* han confirmado que el Artículo 26 del TCE es aplicable entre los Estados Miembros ‘antiguos’. Se alega que no hay ningún fundamento para el argumento acerca de que el Artículo 26 del TCE es aplicable a una controversia intra-UE siempre que tanto el Estado de origen o receptor no fuera Estado Miembro de la UE al momento de ratificación del TCE, pero que no es aplicable a controversias intra-UE si los dos Estados pertinentes eran Estados Miembros de la UE en ese momento<sup>252</sup>. Además, se alega que existen varios casos TCE relativos a controversias entre Estados Miembros de la UE e inversores europeos en los que el Estado demandado ni siquiera ha formulado la Objeción intra-UE, tales como *AES Summit Generation Limited c. Hungría*, *Electrabel c. Hungría* o *Micula c. Rumania*<sup>253</sup>.

259. Las Demandantes refutan la invocación por parte del Demandado del Dictamen 1/91 sobre controversias intra-UE, alegando que el Demandado ignora el hecho de que “*el TJUE ha destacado que un mecanismo de resolución de diferencias internacionales*

---

<sup>251</sup> Cl. Reply ¶107; **CL-0042**, *Electrabel S.A.*, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad. En el contexto de otros tratados de inversión véase **CL-0097**, *Eastern Sugar B.V. (Países Bajos) c. La República Checa*, Arbitraje CCE No. 088/200, Laudo Parcial de 27 de marzo de 2007; **CL-0099**, *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República de Eslovaquia*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción de 30 de abril de 2010; **CL-0098**, *Eureka B.V. c. República de Eslovaquia*, Caso CPA No. 2008-13, Laudo sobre Jurisdicción, Arbitrabilidad y Suspensión, 26 de octubre de 2010; **C-0218**, L E Peterson, “*Details Surface on Jurisdiction Holding in Binder v Czech Republic; Ad-Hoc Tribunal Saw No Conflict between BITs and EU law*”, y **CL-0095**, *European American Investment Bank AG (EURAM) c. República de Eslovaquia*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 22 de octubre de 2012. Además, se ha informado que el tribunal de *EDF c. Hungría* confirmó las reclamaciones de EDF relativas a trato injusto e inequitativo, pese a que se estaba presentando una Objeción intra-UE. **C-0219**, L E Peterson, “*Intra-EU Treaty Claims Controversy: New Decisions and Developments in Claims Brought by EU Investors vs. Spain and Hungary*”, **CL-0096**, *PV Investors c. Reino de España*, Caso CPA No. 2012-14, Laudo Preliminar sobre Jurisdicción, 13 de octubre de 2014, ¶ 375; **CL-0134**, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de junio de 2016 (en adelante “*RREEF, Decisión Sobre Jurisdicción*”) ¶ 232(4); y **CL-0094**, *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. El Reino de España*, Arbitraje CCE No. 062/2012, Laudo, 21 de enero de 2016 (en adelante “*Charanne*”) ¶ 432.

<sup>252</sup> Cl. Reply ¶¶ 108-109; Cf. Resp. C-Mem. ¶¶ 61 y 108.

<sup>253</sup> Cl. Reply ¶ 111, que hace referencia a **CL-0101**, *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömi Kft c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010 (en adelante “*laudo AES Summit*”), Sección 6; **CL-0042**, *Electrabel*, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad; y **CL-0052**, *Ioan Micula, Viorel Micula y otros c. República de Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Laudo, 11 de diciembre de 2013 (en adelante “*Micula*”).

*establecido por un tratado internacional del que la UE forme parte es compatible con la legislación de la UE y que las decisiones del tribunal con jurisdicción para resolver diferencias conforme al tratado serán vinculantes para el TJUE*”<sup>254</sup>. Se alega que el hecho de que España se base en la intervención de la CE en la aplicación del laudo arbitral de *Micula c. Rumania* para apoyar la Objeción intra-UE es engañoso y solo sirve para realzar el carácter frívolo de esta objeción<sup>255</sup>.

260. Las Demandantes, además, rechazan el argumento del Demandado acerca de que el texto del TCE indica que los Inversores de un Estado Miembro de la UE no pueden interponer una demanda contra otro Estado Miembro de la UE en virtud del Artículo 26 del TCE. Las Demandantes afirman que: (i) una interpretación de buena fe del sentido corriente del Artículo 26 deberá concluir que no existe ninguna objeción intracomunitaria para el consentimiento incondicional de las Partes Contratantes al arbitraje; (ii) el sentido corriente de los términos del Artículo 26 del TCE está claro y el Tribunal goza de jurisdicción para dirimir la presente controversia dado que el Artículo 26 se aplica a diferencias entre cualquier Parte Contratante del TCE y un Inversor de cualquier otra Parte Contratante; (iii) la frase “*en el Área de la antigua* [Parte Contratante]” del Artículo 26(1) del TCE hace referencia a la diferencia concreta iniciada por el Inversor; (iv) el “Área” pertinente es la de la Parte Contratante “*que es parte de la diferencia*”. En este caso, el “Área” pertinente es el territorio de España (no el de la UE); y (v) que no existen fundamentos válidos para sostener que una controversia intra-UE en virtud del Artículo 26 contravendría el Artículo 344 del TFUE, ya que es aplicable únicamente a controversias entre Estados Miembros de la UE “*en relación con la interpretación del derecho de la UE*” y no prohíbe que las diferencias entre otros Estados Miembros se sometan a otros foros<sup>256</sup>.

261. Según las Demandantes, el hecho de que el TCE reconoce expresamente la existencia de la ORIE al amparo de los Artículos 25, 1(2), 1 (3) y 1(10) no afecta a los derechos del

---

<sup>254</sup> Cl. Reply ¶ 114; **CL-0102**, TJUE, Dictamen 1/91, Acuerdo sobre el Espacio Económico, ECR 1991, I-6079, 14 de diciembre de 1991.

<sup>255</sup> Cl. Reply ¶ 115.

<sup>256</sup> Cl. Reply ¶¶ 117-125.

inversor con arreglo al Artículo 26: no establece ninguna limitación a las controversias, sino que, simplemente, aclara la posibilidad de presentar una reclamación contra la propia ORIE (Artículo 1(10) que define el área de la ORIE) o al Artículo 25 que establece límites al trato más favorable mediante la disposición sobre NMF).

262. Con respecto al argumento acerca de que el “Área” pertinente es el territorio de la ORIE a diferencia del territorio del Estado Contratante, las Demandantes invocan las conclusiones de *PV Investors c. Reino de España*<sup>257</sup>, en las cuales se sostuvo que: “*si bien es cierto que la segunda oración del Artículo 1(10) del TCE define Territorio respecto de una ORIE como “‘territorios’ de los Estados miembros de dicha organización”, la primera oración del Artículo 1(10) del TCE define Territorio con respecto a un Estado que sea una Parte Contratante como el territorio sobre el que ésta ejerza su soberanía*”[Traducción del Tribunal]. Por ende, el Área discutida en el Artículo 26(1) es aquella de la Parte Contratante que es parte de la controversia. Las Demandantes afirman que el Tribunal de *Charanne*<sup>258</sup> formuló la misma conclusión y aducen que la relación entre el término Área y la ORIE es relevante cuando se interpone una controversia contra la ORIE, lo cual constituye una posibilidad dado que la UE es signataria del TCE.
263. Las Demandantes, además, afirman que la objeción formulada por el Demandado exigiría que el Tribunal especulara con cuáles habrían sido las intenciones privadas y no expresadas de la UE y sus Estados Miembros cuando participaron en la conclusión del TCE. Las Demandantes aducen que el sentido del Artículo 26 es claro e inequívoco por tanto no existe justificación para que el Tribunal recurra a medios de interpretación complementarios, mientras que el Demandado intenta tener en cuenta la intención subjetiva de las partes<sup>259</sup>.
264. Las Demandantes además refutan el argumento acerca de que las disposiciones del TCE son contrarias al derecho de la UE y de que las protecciones para Inversores incluidas en el mercado interno de la UE son superiores a las del TCE. La protección al amparo del

---

<sup>257</sup> **CL-0096** *PV Investors c. Reino de España*, Caso CPA No. 2012-14, Laudo Preliminar sobre Jurisdicción, 13 de octubre de 2014, ¶¶ 178-180.

<sup>258</sup> **CL-0094**, *Charanne*, ¶¶ 427-432.

<sup>259</sup> Cl. Reply ¶¶ 127-130.

derecho de la UE es distinta que al amparo del TCE para los inversores e inversiones. La protección al amparo del derecho de la UE está centrada, fundamentalmente, en asegurar el acceso al mercado de otro Estado Miembro<sup>260</sup>. Asimismo, el derecho de la UE no prevé que un inversor presente reclamaciones en procedimientos de arbitraje internacionales relativas al incumplimiento de cualquier medida gubernamental ilícita adoptada en detrimento de inversiones extranjeras. Por ende, el TCE otorga derechos a los inversores que son adicionales a cualquier otro derecho otorgado por el mercado interno y no existe incoherencia entre el derecho de la UE y el TCE. Esto lo dejaron muy claro, entre otros, los tribunales de *Electrabel e Eastern Sugar*<sup>261</sup>. Además, incluso si se determinara que el derecho de la UE y el TCE cubren el mismo objeto, el Artículo 16 del TCE establece que serán aplicables las disposiciones que resulten más favorables para el inversor<sup>262</sup>.

265. Por último, las Demandantes aducen que el TCE no incluye ninguna cláusula de desconexión explícita o implícita que permita al Tribunal ignorar sus disposiciones en una diferencia intra-UE. Se alega que la UE tiene experiencia en cláusulas de desconexión, pero que no existe tal cláusula de desconexión en el TCE con lo cual las disposiciones del TCE podrían no ser aplicables a las relaciones de los Estados Miembros de la UE *inter se*<sup>263</sup>.

266. Las Demandantes finalizan solicitando al Tribunal que resuelva que las Demandantes tienen el derecho incondicional de interponer una demanda contra España a través de procedimientos de arbitraje en virtud del Artículo 26 y que reconozca que tiene jurisdicción para tratar las reclamaciones de las Demandantes<sup>264</sup>.

## (2) **La Presentación *Amicus Curiae* de la Comisión Europea**

267. El 11 de agosto de 2016, de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la CE realizó una presentación *amicus curiae* por escrito, mediante la cual

---

<sup>260</sup> Véase, por ejemplo, **CL-0112**, C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms* (2nd ed., Oxford University Press, 2007), p. 19.

<sup>261</sup> Cl. Reply ¶¶ 130-135. Véase **CL-0042**, *Electrabel*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 4.166; y **CL-0097**, *Eastern Sugar B.V. c. La República Checa*, Arbitraje CCE No. 088/2004, Laudo Parcial, 27 de marzo de 2007, ¶ 165.

<sup>262</sup> Cl. Reply ¶ 135.

<sup>263</sup> Cl. Reply ¶¶ 137-146.

<sup>264</sup> Cl. Reply ¶ 146.

indicaba su posición de que el Tribunal carece de jurisdicción en virtud del Artículo 26 del TCE. La CE afirma que el derecho de protección de inversiones aplicable a las inversiones intra-UE es el Derecho de la UE, especialmente las normas de libre circulación de capitales y de libertad de establecimiento. De conformidad con el Artículo 3(2) del TFUE, los Estados Miembros de la UE no podrán celebrar acuerdos entre ellos que puedan afectar o alterar el alcance del Derecho de la UE. Por consiguiente, se deduce que los Estados Miembros de la UE carecen de competencia para celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a la protección de inversiones<sup>265</sup>.

268. Ni España ni Alemania, ambos Estados Miembros de las Comunidades Europeas cuando ratificaron el TCE, gozaban de competencia para contraer obligaciones entre ellos relativas a la protección de inversiones intra-UE. Dicha competencia recaía sobre las Comunidades Europeas (actualmente, sobre la UE y EURATOM)<sup>266</sup>. Por ende, la CE argumenta que aquellos Estados Miembros de la UE que eran miembros de las Comunidades Europeas cuando celebraron el TCE no crearon ninguna obligación *inter se* entre Estados Miembros, sino solamente entre países terceros y el objeto de derecho internacional competente, es decir, tanto la UE como sus Estados Miembros. No obstante, la CE sostiene que, aún si el TCE efectivamente creaba ciertas obligaciones entre los Estados Miembros de la UE en áreas en las que gozaba de competencia, el Tribunal todavía carecería de jurisdicción porque los Estados Miembros han transferido a la UE la competencia sustantiva para la protección de controversias intra-UE y la competencia en materia de jurisdicción respecto de dichas controversias. La CE aduce, además, que si se interpreta el TCE como que creó obligaciones *inter se*, incluso la protección de inversiones intra-UE, dichas obligaciones habrían sido sustituidas por la ratificación de otros tratados posteriores al TCE, como el Tratado de Lisboa<sup>267</sup>.

269. La CE sostiene que el foro apropiado es la corte o tribunal nacional que es el “*juge du droit commun du droit de l’Union*”. En dicho foro, las Demandantes podrían haber

---

<sup>265</sup> Informe *Amicus Curiae* de la Comisión Europea ¶ 5.

<sup>266</sup> Informe *Amicus Curiae* de la Comisión Europea ¶ 7.

<sup>267</sup> Informe *Amicus Curiae* de la Comisión Europea ¶¶ 11-13.

solicitado al juez que decidiera si el TCE, el cual forma parte del Derecho de la UE, es aplicable a su controversia, y esta cuestión podría haber sido remitida al TJUE<sup>268</sup>.

270. La CE hace hincapié en las características esenciales del derecho de la UE y, concretamente en su primacía sobre las leyes de los Estados Miembros y en el efecto directo de una serie de normas que son aplicables a ciudadanos y a Estados Miembros de la UE. Dichas características diferencian al derecho de la UE de otros tratados. La CE afirma que tiene tanto competencia interna como externa sobre cuestiones de Inversión Directa Extranjera y, por ende, para celebrar acuerdos de inversión<sup>269</sup>; mientras que, en las cuestiones relativas a la energía, la competencia es compartida. Esto impide que los Estados Miembros de la UE acuerden sobre normas de protección de inversiones *inter se*, de forma externa al ordenamiento jurídico de la Unión. La CE, además, encuentra respaldo en el principio de derecho internacional aplicable para la determinación del alcance de las obligaciones y responsabilidad internacionales de los Estados Miembros: “*la responsabilidad deriva de la competencia*”<sup>270</sup>. [Traducción del Tribunal]

271. En subsidio, si el Tribunal determinara que goza de jurisdicción, la CE lo invita a permanecer en el procedimiento hasta que la CE haya emitido su decisión en materia de Ayudas Estatales del Demandado en virtud del Régimen Especial<sup>271</sup>.

### (3) **La Sentencia *Achmea***

272. El 6 de marzo de 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió su Sentencia relativa a *Slowakische Republik (República de Eslovaquia) c. Achmea BV* (Caso C-284/26) (la “**Sentencia *Achmea*”**), presentada por el Demandado como Autoridad **RL-90**.

273. La génesis de la Sentencia *Achmea* consiste en un laudo emitido contra la República de Eslovaquia el 7 de diciembre de 2012 en relación con el tratado bilateral de inversión celebrado entre Los Países Bajos y La República Federal Checa y Eslovaca. La República

---

<sup>268</sup> Informe *Amicus Curiae* de la Comisión Europea ¶ 8.

<sup>269</sup> Informe *Amicus Curiae* de la Comisión Europea ¶¶ 21-24.

<sup>270</sup> Informe *Amicus Curiae* de la Comisión Europea ¶¶ 35, 73, y 88-92.

<sup>271</sup> Informe *Amicus Curiae* de la Comisión Europea ¶ 4.



de Eslovaquia pretendía dejar sin efecto el laudo ante los tribunales alemanes y a tal efecto alegaba, *inter alia*, que no había consentimiento válido al arbitraje porque la disposición sobre la cual se basaba la jurisdicción del tribunal de arbitraje vulneraba el derecho de la Unión, en particular los Artículos 267 y 344 del TFUE, así como también el principio general de autonomía de la UE. Cuando se presentó la cuestión ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) de Alemania, el procedimiento fue suspendido y se solicitó al TJUE que dictara una sentencia prejudicial.

274. Las cuestiones planteadas ante el TJUE por el Bundesgerichtshof alemán fueron las siguientes:

“(1) ¿Se opone el artículo 344 TFUE a la aplicación de una norma incluida en un tratado bilateral de protección de la inversión entre Estados miembros de la Unión (un denominado TBI interno de la Unión) con arreglo a la cual un inversor de un Estado Contratante, en caso de controversia sobre inversiones en el otro Estado Contratante, puede iniciar un procedimiento contra este último ante un tribunal arbitral, cuando el acuerdo de protección de la inversión se celebró antes de la adhesión de uno de los Estados Contratantes a la Unión Europea pero el procedimiento de arbitraje se pretende iniciar después de esa fecha?

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

(2) ¿Se opone el artículo 267 TFUE a la aplicación de tal norma?

En caso de respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda:

(3) ¿Se opone el artículo 18 TFUE, párrafo primero, a la aplicación de tal norma en las circunstancias descritas en la primera cuestión?”

275. El TJUE respondió afirmativamente las cuestiones primera y segunda y decidió que, por ende, no era necesario responder a la tercera cuestión. El Tribunal resolvió lo siguiente:

“Los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición en virtud de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro”.

a. ***La Posición del Demandado respecto de la Sentencia Achmea***

276. El 22 de marzo de 2018, el Demandado presentó por escrito sus comentarios a la Sentencia *Achmea*. Sostenía que la Sentencia no era “*algo nuevo*”, sino que emanaba de una larga tradición de derecho de la UE<sup>272</sup>, a saber:

- a) Para asegurar la preservación de las características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, los Tratados de la UE han creado un sistema jurídico destinado a garantizar la coherencia y la uniformidad en la interpretación del derecho de la UE;
- b) En ese contexto, de conformidad con el Artículo 19 del TUE, incumbe a las cortes y tribunales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del derecho de la UE en todos los Estados Miembros y garantizar la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables;
- c) En particular, la piedra angular del sistema jurídico así concebido es el procedimiento de resolución prejudicial contemplado en el Artículo 267 del TFUE que, al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el TJUE y las cortes y tribunales de los Estados Miembros, tiene como finalidad garantizar la interpretación uniforme del derecho de la UE, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del derecho instituido por los Tratados;
- d) Habida cuenta de la naturaleza y de las características del derecho de la UE, dicho derecho debe considerarse tanto como parte integral del derecho vigente en cada Estado Miembro como que deriva de un tratado internacional entre Estados Miembros<sup>273</sup>.

277. Respecto de la aplicación de dichos principios, el Demandado señala que el TJUE concluyó que:

---

<sup>272</sup> Comentarios del Demandado sobre *Achmea*, 22 de marzo de 2018, ¶¶ 12-24.

<sup>273</sup> Comentarios del Demandado sobre *Achmea*, 22 de marzo de 2018, ¶ 27.

- a) El tribunal de arbitraje no formaba parte del sistema judicial y no podía clasificarse como órgano jurisdiccional de un Estado Miembro en el sentido del Artículo 267 del TFUE;
  - b) Los procedimientos de arbitraje en materia de inversión son distintos de los procedimientos de arbitraje en materia comercial. Mientras que el segundo tiene su origen en la voluntad expresada libremente de las partes, el primero resulta de un tratado en virtud del cual los Estados Miembros se comprometen a sustraerse de la jurisdicción de sus propios tribunales (y por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el párrafo segundo del Artículo 19(1) del TUE impone establecer en los ámbitos cubiertos por el derecho de la UE) las controversias que puedan referirse a la aplicación o interpretación del derecho de la UE.
  - c) Los Estados parte del TBI, por ende, habían establecido un mecanismo para resolver controversias entre un inversor y un Estado Miembro que podría impedir que dichas controversias se resolvieran de una manera que garantizara la plena eficacia del derecho de la UE, a pesar de que pudieran referirse a la interpretación o aplicación de ese derecho<sup>274</sup>.
278. El Demandado aduce que este razonamiento se aplica de igual manera en lo que respecta al TCE *“ya que la cláusula de arbitraje del TCE, como la interpretan las Demandantes, extrae la controversia entre un inversor de la UE y un Estado miembro de la UE de la jurisdicción de sus propios tribunales y, por consiguiente, impide que esas controversias se diriman de forma que se garantice la plena eficacia del derecho de la UE”* [Traducción del Tribunal]. Asimismo, invoca las siguientes tres razones adicionales:
- a) El derecho de la UE sería especialmente relevante en la presente controversia en la medida en que la reclamación se refiera al esquema tarifario que la CE ha calificado como Ayudas Estatales. En este sentido, el 19 de enero de 2018, el Demandado ya había presentado sus Comentarios sobre la Decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017 relativa al procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN) con

---

<sup>274</sup> Comentarios del Demandado sobre *Achmea*, 22 de marzo de 2018, ¶ 28.

respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España<sup>275</sup>.

b) El Artículo 6(1) del TCE establece una norma vinculante para los Estados Contratantes que afecta las Normas de la UE sobre competencia: “[l]as Partes Contratantes se esforzarán por disminuir las distorsiones del mercado”. El Artículo 6(1) del TCE no está sujeto a una reclamación de conformidad con el Artículo 26(1). El TCE no solo permite que los Estados Miembros de la UE actúen de conformidad con las normas de competencia de la UE sino que los obliga a hacerlo, y sus acciones se encuentran fuera del alcance de las reclamaciones de los inversores, ya que constituyen normas autónomas y primarias. Cualquier inversor debería haber tenido conocimiento sobre el Artículo 6(1) del TCE al momento de invertir en virtud de las disposiciones del TCE.

c) Con arreglo al Artículo 10(8) del TCE, “cualquier controversia relativa a subvenciones... se reservará al tratado complementario mencionado en el párrafo 4”<sup>276</sup>.

279. El Demandado sostiene que la aplicación del derecho de la UE es inevitable y, además, que conforme el Artículo 26(6) del TCE, el Tribunal está obligado a aplicar el derecho de la UE, al menos como derecho internacional vinculante para ambas Partes<sup>277</sup>.

#### b. *La Posición de las Demandantes sobre la Sentencia Achmea*

280. El 28 de marzo de 2018, las Demandantes presentaron sus comentarios sobre la Sentencia *Achmea*. Su posición consiste en que la Sentencia *Achmea* carece de relevancia en el presente procedimiento de arbitraje porque:

a) “la sentencia deja claro que es aplicable solo respecto de un tratado del cual la misma UE no es Parte Contratante, que no es el caso del TCE;

---

<sup>275</sup> **RL-0089**. Decisión de la CE sobre el procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN) con respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España.

<sup>276</sup> Comentarios del Demandado sobre *Achmea*, 22 de marzo de 2018, ¶¶ 30-32.

<sup>277</sup> Comentarios del Demandado sobre *Achmea*, 22 de marzo de 2018, ¶¶ 33-35.

- b) no puede haber incompatibilidad entre el TCE (un tratado del cual la UE es Parte Contratante) y el derecho de la UE. Tal como determinara correctamente el tribunal de *RREEF*, de haber una inconsistencia, prevalecerá el TCE;
  - c) el TCE es vinculante para la UE y establece la sumisión a arbitraje de controversias relativas a incumplimientos del TCE resultado de medidas de la UE que sus instituciones podrían adoptar. En otras palabras, si puede presentarse una reclamación en materia de un tratado contra la UE en virtud del TCE, lo cual por definición no es incompatible con el derecho de la UE, se deduce que el mecanismo del procedimiento de arbitraje entre un inversor y un Estado en virtud del TCE tampoco es incompatible con el derecho de la UE; y
  - d) a diferencia del TBI entre Países Bajos y Eslovaquia, el TCE establece que las controversias entre un inversor y un Estado se resolverán de conformidad con dicho Tratado (el TCE) y el derecho internacional, no de conformidad con el derecho del Estado receptor (y el derecho de la UE)<sup>278</sup>. [Traducción del Tribunal]
281. Con respecto al primero de estos tres puntos, las Demandantes recalcan que en la Sentencia *Achmea* el TJUE señaló que “*la competencia de la UE en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implican, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones...*”<sup>279</sup>.
282. Con respecto al segundo punto, las Demandantes hacen referencia al caso *Electrabel* y a la conclusión que allí se presenta sobre que “*no habría tenido sentido que la Unión Europea promoviera y suscribiera el TCE si ello hubiera significado que contrajera obligaciones que no fueran coherentes con el derecho de la UE*” [Traducción del Tribunal], y también hacen referencia al Artículo 216(2) del TFUE, el cual establece que: “[l]os acuerdos celebrados por la [UE] vincularán a las instituciones de la [UE] y a los Estados miembros”<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Escrito de las Demandantes sobre la Sentencia *Achmea*, 28 de marzo de 2018, ¶ 8 (notas al pie omitidas).

<sup>279</sup> Presentación de las Demandantes sobre la Sentencia *Achmea*, 28 de marzo de 2018, ¶ 10, que hace referencia a Sentencia *Achmea* ¶ 57.

<sup>280</sup> Escrito de las Demandantes sobre la Sentencia *Achmea*, 28 de marzo de 2018, ¶ 10, que hace referencia a **RL-0002**, *Electrabel*, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, ¶ 3.31.

283. En relación con el tercer punto, las Demandantes sostienen que el TCE, a través del Artículo 26, otorga expresamente al inversor un derecho a incoar acciones, mediante un procedimiento de arbitraje internacional, contra la Parte Contratante transgresora, incluida la UE. Se deduce que esto, por definición, no puede ser contrario al derecho de la UE y, por ende, el mecanismo de arbitraje entre el inversor y el Estado en virtud del TCE (del cual la UE es parte) no puede considerarse incompatible con el derecho de la UE.
284. Con respecto al último punto, las Demandantes afirman que el mecanismo de arbitraje entre el inversor y el Estado establecido en el Artículo 26 del TCE no es susceptible de reclamaciones relativas a incumplimientos en virtud del derecho de la UE por parte de una Parte Contratante y, asimismo, que el Tribunal no está siendo convocado para aplicar el derecho de la UE de cualquier manera, ya que las reclamaciones están fundadas en el TCE y en el derecho internacional consuetudinario, no en el derecho de la UE, como también se confirmó en *RREEF, Eiser y Novenergia*<sup>281</sup>.
285. Las Demandantes afirman además que existen varias deficiencias en la Sentencia *Achmea*, incluida la diferencia injustificable establecida entre arbitraje comercial (según el TJUE, originado en la voluntad expresada libremente de las partes) y arbitraje de inversiones (que, según se dice, se origina de un Tratado en virtud del cual los Estados Miembros se comprometen a suprimir de la jurisdicción de sus propios tribunales, controversias que puedan ser relativas a la interpretación o aplicación del derecho de la UE)<sup>282</sup>.
286. Por último, las Demandantes desestiman las cuestiones adicionales planteadas por el Demandado en su presentación. Afirman que el Demandado invoca el Artículo 6(1) por primera vez, 10 meses después del cierre de la audiencia y que el Artículo 10(8) carece de relevancia respecto de *Achmea*. En relación con la afirmación por parte del Demandado acerca de que la reclamación se refiere a una indemnización que se deriva de un esquema tarifario que la CE ha calificado como Ayudas Estatales, las Demandantes

---

<sup>281</sup> Escrito de las Demandantes sobre la Sentencia *Achmea*, 28 de marzo de 2018, ¶ 14.

<sup>282</sup> Escrito de las Demandantes sobre la Sentencia *Achmea*, 28 de marzo de 2018, ¶¶ 15-19.

afirman que la CE confirmó expresamente que no abordaba la retribución en virtud del RD 661/2007 y su compatibilidad con las normas de la EU en materia de Ayudas Estatales<sup>283</sup>. Esta es la posición que ya había sido establecida por las Demandantes en su escrito de 26 de enero de 2018, Réplica de las Demandantes a los Comentarios del Demandado sobre la Decisión SA.40348 (20151NN) de la CE<sup>284</sup>.

(4) **Presentación *Amicus Curiae* Actualizada de la Comisión Europea**

287. El 13 de julio de 2018, la CE presentó (con autorización) una actualización de su escrito a la luz de la Sentencia de *Achmea*<sup>285</sup>. El punto de partida del análisis de la CE consiste en que el derecho de la UE forma parte del ordenamiento del derecho internacional público y de las “*normas del derecho internacional*” de conformidad con el Artículo 26(6) del TCE a efectos del presente procedimiento. La CE además explica que el TCE forma parte del derecho de la UE porque la UE es Parte del Tratado<sup>286</sup>.
288. La CE afirma que los pasos fundamentales del razonamiento de la Sentencia *Achmea* son aplicables en lo que respecta al TCE: el derecho de la UE es aplicable a la controversia; un tribunal constituido en virtud del tratado de inversión con arreglo al Artículo 26 del TCE no constituye una corte nacional o un tribunal en el marco del Artículo 267 del TFUE; no hay control total de un laudo por parte de un tribunal nacional o de un tribunal de un Estado Miembro. Esta conclusión no se ve socavada por el párrafo 57 de la Sentencia *Achmea* respecto de tratados de los cuales la UE es parte, incluso porque el Artículo 26 del TCE no respeta la autonomía del derecho de la UE y su ordenamiento jurídico<sup>287</sup>.
289. La posición de la CE consiste en que la Sentencia *Achmea* es aplicable a todos los casos de arbitraje de inversión pendientes y critica el laudo del caso *Masdar* por abordar la Sentencia como que se limita a tratados bilaterales. Se afirma, por ende, que el derecho

---

<sup>283</sup> Escrito de las Demandantes sobre la Sentencia *Achmea*, 28 de marzo de 2018, ¶¶ 20-21.

<sup>284</sup> **RL-0089**, Decisión de la CE sobre el procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN) con respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España.

<sup>285</sup> Actualización del Escrito a la Luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en *Achmea*, 13 de julio de 2018 (la “**Presentación Actualizada de la CE**”).

<sup>286</sup> Presentación Actualizada de la CE, ¶¶ 3 y 20.

<sup>287</sup> Presentación Actualizada de la CE, ¶¶ 23-24.

de la UE excluye la interpretación del Artículo 26 del TCE establecida por las Demandantes en el presente caso<sup>288</sup>.

290. Según la CE:

“el TCE no es aplicable de ninguna manera a la relación *inter se* de los Estados Miembros. En cambio, el TCE creó obligaciones internacionales solo entre terceros países y el objeto de derecho internacional pertinente del área del derecho de la Unión. Segundo, y de forma subsidiaria, la Comisión considera que aún si el TCE efectivamente creó ciertas obligaciones *inter se* respecto de los Estados Miembros, *quod non*, dichas obligaciones no comprenderían las disposiciones del TCE relativas a la protección de inversiones (Capítulo III) y solución de controversias (Artículo 26 del TCE), ya que tanto la competencia sustantiva para la protección de inversiones realizadas por inversores de la UE en otros Estados Miembros de la UE, incluso en el sector de la energía, como la competencia en materia de jurisdicción para dichas controversias han sido transferidas a la Unión. En consecuencia, España (y la Unión) ha realizado una oferta para la sumisión a arbitraje solo para inversores de Partes Contratantes que no son Estados Miembros”<sup>289</sup>. [Traducción del Tribunal]

291. La CE además sostiene que, de conformidad con el Artículo 30(4)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la “CVDT” o “**Convención de Viena**”)<sup>290</sup>, el TCE solo es aplicable en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con aquellas de tratados posteriores. Las disposiciones del TCE relativas a resolución de controversias (Artículo 26 del TCE), al aplicarlas entre dos Estados Miembros, no son compatibles con el derecho de la UE porque emana de tratados posteriores. Por ende, de conformidad con el Artículo 30(4)(a) de la CVDT, dichas disposiciones no son aplicables. La posición de la CE consiste en que el Artículo 16 del TCE no socava esta conclusión, *inter alia*, porque queda invalidado por el principio general de primacía y por el Artículo 351 del TFUE (*a contrario*)<sup>291</sup>.

292. La CE afirma que, si el presente Tribunal alberga alguna duda respecto de la posición, debería remitir el asunto al TJUE mediante un *juge d’appui*<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> Presentación Actualizada de la CE, ¶¶ 26-32.

<sup>289</sup> Presentación Actualizada de la CE, ¶ 34.

<sup>290</sup> **CL-0004**, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 23 de mayo de 1969 (entrada en vigor 27 de enero de 1980) (en adelante “**Convención de Viena**”).

<sup>291</sup> Presentación Actualizada de la CE, ¶¶ 44-46.

<sup>292</sup> Presentación Actualizada de la CE, ¶¶ 47-48.



293. La CE también analiza la cuestión de Ayudas Estatales. Su posición consiste en que las medidas impugnadas por las Demandantes constituyen Ayudas Estatales en el sentido del Artículo 107(1) del TFUE y en que España ha notificado las medidas en disputa a la Comisión con arreglo al Artículo 108(3) del TFUE. Se afirma que la CE en su decisión había establecido que “*los inversores no podrían albergar expectativas legítimas acerca de que los sistemas de apoyo iniciales se mantendrían inmutables, en gran medida debido a que dicho sistema de apoyo inicial (el cual fue sustituido por el sistema de apoyo modificado) constituía una Ayuda de Estado ilícita (no había sido notificado a la Comisión Europea ni aprobado por ella)*”<sup>293</sup>. [Traducción del Tribunal]

a. ***La Posición del Demandado respecto de la Presentación Actualizada de la CE***

294. El 25 de julio de 2018, el Demandado presentó por escrito comentarios sobre la Presentación Actualizada de la CE. Consideró que la interpretación de la Sentencia *Achmea* por parte de la CE confirmaba que el Tribunal “*carecía de jurisdicción para dirimir la presente controversia intra-UE, que no solo concierne a las libertades fundamentales de la UE sino también a una institución fundamental del Derecho de la UE: las Ayudas Estatales*” [Traducción del Tribunal]. El Demandado dirigió la atención del Tribunal a un comunicado de la CE al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la “*Protección de las inversiones intra-UE*” publicado el 20 de julio de 2018; y, también, una declaración del Gobierno Federal Alemán al Parlamento Alemán de fecha 30 de abril de 2018 a efectos de que la admisibilidad de procedimientos de arbitraje en virtud del TCE debe evaluarse nuevamente a la luz de la Sentencia *Achmea*, y en la que afirmaba que: “[*e*]l Gobierno Federal, por ende, cree que el principio jurídico de la Sentencia *Achmea* dictada por el TJUE es también necesario para validar el Tratado sobre la Carta de Energía”<sup>294</sup>. [Traducción del Tribunal]

b. ***La Posición de las Demandantes respecto de la Presentación Actualizada de la CE***

295. El 6 de agosto de 2018, las Demandantes presentaron por escrito sus comentarios sobre la Presentación Actualizada de la CE. Las Demandantes no están de acuerdo con los

---

<sup>293</sup> Presentación Actualizada de la CE, ¶ 49; véase también ¶¶ 50-55.

<sup>294</sup> Comentarios del Demandado sobre el Informe *Amicus* Actualizado de la CE, 25 de julio de 2018.

puntos expuestos por la CE y, para fundamentar el argumento acerca de que ninguna parte de la Sentencia *Achmea* puede invalidar el Artículo 26 del TCE, sostienen que, *inter alia*, “la opinión de Alemania sobre el TCE claramente no constituye una interpretación autorizada del sentido objetivo del TCE (en gran medida debido a que es parte demandada respecto de reclamaciones en virtud del TCE)” [Traducción del Tribunal]. Además, sostienen que, de haber conflicto entre el TCE y los Tratados de la UE (*quod non*), prevalece el TCE, incluso en virtud del Artículo 16 del TCE, mientras que en relación con el Artículo 30(4)(a) de la CVDT, el TCE y los Tratados de la UE cubren distintos objetos y el TCE es *lex posterior* respecto de los Tratados de la UE. Afirman, además, que los tratados de la UE también confirman que el TCE prevalece, ya que el Artículo 216(2) del TFUE dispone que los acuerdos celebrados por la UE son vinculantes para las instituciones de la UE y sus Estados Miembros y aseveran que el Artículo 351 del TFUE no es aplicable, ya que el TCE se suscribió luego de la adhesión a los Tratados de la UE. Las Demandantes, además, rechazan la sugerencia acerca de que el Tribunal remita la cuestión al TJUE mediante un *juge d’appui* y reiteran que la Decisión de la CE relativa a las Ayudas Estatales carece de relevancia respecto de la jurisdicción y el fondo del presente caso<sup>295</sup>.

(5) **Las Declaraciones de 15 y 16 de enero de 2019**

296. El 15 de enero de 2019, veintidós Estados Miembros de la UE realizaron una Declaración titulada “Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros sobre las Consecuencias Jurídicas de la Sentencia del Tribunal de Justicia en *Achmea* y sobre la Protección de las Inversiones en la Unión Europea” [Traducción del Tribunal] (“**la Declaración de 15 de enero de 2019**”). Esta Declaración hace referencia a la decisión del TJUE relativa a la Sentencia *Achmea* y reza:

“Los Estados Miembros están obligados a enfrentar todas las consecuencias necesarias de esa sentencia de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho de la Unión.

El derecho de la Unión prevalece sobre los tratados bilaterales de inversión celebrados entre Estados Miembros. En consecuencia, todas las cláusulas sobre

---

<sup>295</sup> Comentarios de las Demandantes sobre el Informe *Amicus* Actualizado de la CE, 6 de agosto de 2018.

arbitraje entre el inversor y el Estado contenidas en tratados bilaterales de inversión celebrados entre Estados Miembros son contrarias al derecho de la Unión y, por ende, inaplicables. No tienen efecto, incluso respecto de disposiciones que prevén la protección extendida de inversiones realizadas previamente a la terminación por un período de tiempo adicional (denominadas cláusulas de caducidad limitada o de *grandfathering*). Un tribunal de arbitraje constituido en virtud de cláusulas de arbitraje entre un inversor y un Estado carece de jurisdicción, debido a la ausencia de una oferta válida para la sumisión a arbitraje por parte del Estado Miembro parte del Tratado bilateral de inversión subyacente.

Asimismo, los acuerdos internacionales celebrados por la Unión, incluso el Tratado sobre la Carta de Energía, constituyen una parte integral del ordenamiento jurídico de la Unión y, por consiguiente, deben ser compatibles con los Tratados. Los tribunales de arbitraje han interpretado el Tratado sobre la Carta de Energía en el sentido de que también incluye una cláusula de arbitraje entre un inversor y un Estado que es de aplicación entre los Estados Miembros. Interpretada de esa manera, dicha cláusula sería incompatible con los Tratados y, por ende, debería dejar de aplicarse”. [Traducción del Tribunal]

297. De conformidad con la Declaración de 15 de enero de 2019, los Estados Miembros signatarios declaran, *inter alia*, que:

“1. En virtud de la presente declaración, los Estados Miembros informan a los tribunales de arbitraje de inversiones sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia *Achmea*, como se expone en la presente declaración, respecto de todos los procedimientos de arbitraje de inversiones intra-UE pendientes interpuestos ya sea en virtud de tratados bilaterales de inversión celebrados entre Estados Miembros o en virtud del Tratado sobre la Carta de Energía.

2. En colaboración con el Estado Miembro defensor, el Estado Miembro, en el cual el inversor que ha iniciado la acción está establecido, tomará las medidas necesarias para informar a los tribunales de arbitraje de inversiones competentes sobre dichas consecuencias. Asimismo, los Estados Miembros defensores solicitarán a los tribunales, incluso de cualquier país tercero, que deban decidir en procedimientos relativos al laudo arbitral de una inversión intra-UE que dejen sin efecto dichos laudos o que no los ejecuten debido a la ausencia de consentimiento válido”. [Traducción del Tribunal]

298. El 25 de enero de 2019, el Demandado solicitó autorización para incluir la Declaración de 15 de enero de 2019 en el expediente del presente procedimiento de arbitraje. Las Demandantes se opusieron a dicha solicitud el 30 de enero de 2019 y, no obstante, señalaron que, en caso de que el Tribunal decidiera admitir la Declaración de 15 de enero de 2019, dos declaraciones adicionales de 16 de enero de 2019 deberían ser admitidas, a

saber, la Declaración de Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo, Malta, y Suecia (“**la Declaración de los Cinco Estados Miembros**”) y la Declaración de Hungría (“**Declaración de Hungría**”).

299. Según la Declaración de los Cinco Estados Miembros, la Sentencia *Achmea* guarda silencio respecto a la disposición relativa al arbitraje del TCE. Se señala, además, que varios tribunales han decidido que dicha disposición es aplicable entre los Estados Miembros de la UE y que dicha interpretación actualmente es controvertida ante un tribunal nacional en un Estado Miembro (en el caso *Novenergia II*). Luego se afirma:

“En este contexto, los Estados Miembros subrayan la importancia de posibilitar el debido proceso y consideran que sería inapropiado, a falta de una sentencia específica sobre esta cuestión, expresar opiniones relativas a la compatibilidad del derecho de la Unión con la aplicación intra-UE del Tratado sobre la Carta de Energía”. [Traducción del Tribunal]

300. En la Declaración de Hungría se afirma que:

“[...] en opinión de Hungría, la sentencia *Achmea* solo se refiere a los tratados bilaterales de inversión intra-UE. La Sentencia *Achmea* no hace mención a la cláusula de arbitraje entre inversores y Estados del Tratado sobre la Carta de Energía (“TCE”) y no se refiere a ningún procedimiento de arbitraje pendiente o futuro iniciado en virtud del TCE.

En este contexto, Hungría subraya la importancia de posibilitar el debido proceso y considera que resulta inapropiado que un Estado Miembro exprese su opinión respecto de la compatibilidad con el derecho de la Unión de la aplicación intra-UE del TCE. La aplicabilidad presente y futura del TCE en relaciones intra-UE exige mayor debate y acuerdo individual entre los Estados Miembros”. [Traducción del Tribunal]

301. El Tribunal decidió que las tres Declaraciones deberían ser admitidas en el expediente e invitó a las Partes a presentar breves escritos.

a. ***La Posición del Demandado respecto de las Declaraciones de 2019***

302. El 12 de febrero de 2019, el Demandado presentó sus comentarios por escrito. La posición del Demandado consiste en que:

“[...] mediante la Declaración [de 15 de enero de 2019] los Estados Miembros signatarios informan a la comunidad de arbitraje de inversiones que un tribunal

de arbitraje establecido en virtud de cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados, tales como el Artículo 26 del TCE, carece de jurisdicción cuando la controversia es intra-UE. Dicha carencia de jurisdicción se debe al hecho de que los Estados Miembros nunca interpretaron el Artículo 26 del TCE como una oferta para la sumisión a arbitraje válida entre Miembros de la UE porque ese consentimiento al arbitraje se opondría al derecho de la UE. El Reino de España considera que la Declaración es de suma relevancia para el presente caso porque constituye una demostración clara e inconfundible de la voluntad de los Estados signatarios del TCE respecto de cómo debería interpretarse el Artículo 26 del TCE en relación con el Derecho de la UE”<sup>296</sup>. [Traducción del Tribunal]

303. El Demandado afirma que el Tribunal puede y debe interpretar el TCE en línea con el derecho de la UE y que la primacía del derecho de la UE impide que el TCE incorpore una oferta para la sumisión a arbitraje de controversias intra-UE. Además, sostiene que la Declaración de 15 de enero constituye un “*acuerdo ulterior entre las partes respecto de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones*” a los fines del Artículo 31(3)(a) de la CVDT o, de lo contrario, al menos “*una práctica ulterior en la aplicación del tratado que establece el acuerdo de las partes respecto de su interpretación*” dentro del Artículo 31(3)(b) de la CVDT/2017<sup>297</sup>. [Traducción del Tribunal]
304. El Demandado, además, aduce que, en caso de que el Tribunal no estuviera convencido de que es posible interpretar el Artículo 26 en línea con el derecho de la UE, como *lex posterior*, prevalece el derecho de la UE en consonancia con los Artículos 30(3) y (5) de la CVDT o a través de una norma especial de conflicto mediante la primacía del derecho de la UE que es aplicable independientemente de la CVDT (norma que, a su vez, es *lex posterior*)<sup>298</sup>. Con respecto a la Declaración de los Cinco Estados Miembros, el Demandado afirma que esto no expresa una opinión contraria a la Declaración de 15 de enero de 2019 y hace hincapié en que dicha declaración ha sido suscrita tanto por Alemania como por él y declara:

“Ningún debate de índole teórico sobre la caracterización jurídica de la Declaración puede cambiar la naturaleza y la naturaleza vinculante de los compromisos que representa tanto para España como para Alemania. En aras de cumplir con el

---

<sup>296</sup> Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶ 8.

<sup>297</sup> Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶¶ 9-15.

<sup>298</sup> Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶¶ 14-17.

Derecho de la UE y respetar sus compromisos internacionales como se expresan en la Declaración, España no tiene opción más que insistir respetuosamente sobre la objeción jurisdiccional respecto del presente Tribunal de Arbitraje. El hecho de que tanto el Estado receptor como el Estado Demandado han suscrito la Declaración aclara, aún más, que el Artículo 26 del TCE no comprende una cláusula de arbitraje intra-UE”<sup>299</sup>. [Traducción del Tribunal]

305. Por último, el Demandado sugiere que el Tribunal solicite a Alemania que presente una comunicación al Tribunal respecto de las consecuencias jurídicas de la Sentencia *Achmea* para el presente procedimiento<sup>300</sup>.

**b. La Posición de las Demandantes respecto de las Declaraciones de 2019**

306. El 19 de febrero de 2019, las Demandantes presentaron por escrito sus comentarios sobre las Declaraciones de 2019. Su posición consiste en que la Declaración de 15 de enero de 2019 traza una distinción entre tratados bilaterales de inversión y el TCE y sostienen que “no existe acuerdo entre los Estados Miembros de la UE (incluso entre los 22 Estados signatarios de la Declaración) respecto de las consecuencias de *Achmea* para el TCE o respecto de si el derecho de la UE tiene primacía sobre el TCE”<sup>301</sup>. Por consiguiente, las Demandantes hacen énfasis en que, según se deduce de los diferentes enfoques en las distintas declaraciones, “los Estados Miembros no están de acuerdo sobre la compatibilidad del TCE con el derecho de la UE. Por ende, en contraposición a la sugerencia realizada por España, la intención original de los Estados Miembros de la UE no puede haber consistido en excluir la aplicación intra-UE del Artículo 26 del TCE”<sup>302</sup>. [Traducción del Tribunal]

307. Las Demandantes además impugnan la invocación por parte del Demandado del Artículo 31(3)(a) y (b) de la CVDT, para lo cual sostienen que la Declaración de 15 de enero de 2019 no establece un acuerdo a efectos de ninguna de esas disposiciones y la caracterizan como una declaración política que no establece de qué manera debe interpretarse el TCE.

---

<sup>299</sup> Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶¶ 19-20.

<sup>300</sup> Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶ 21.

<sup>301</sup> Comentarios de las Demandantes sobre las Declaraciones de los Estados Miembros de la UE, 19 de febrero de 2019, ¶¶ 2-4.

<sup>302</sup> Comentarios de las Demandantes sobre las Declaraciones de los Estados Miembros de la UE, 19 de febrero de 2019, ¶ 7.

Además, afirman que claramente no todas las partes del TCE han participado en su interpretación y que “*en cualquier caso, la Declaración no puede tener incidencia sobre la jurisdicción del Tribunal porque su fecha es posterior al inicio del presente procedimiento. Constituye un principio aceptado de derecho internacional que la jurisdicción se determine en referencia a la fecha en la que se inician los procedimientos*”<sup>303</sup>. [Traducción del Tribunal]

308. Además de abordar brevemente los argumentos del Demandado acerca de que el derecho de la UE prevalece, incluso cuando rechazan el argumento relativo a que el derecho de la UE es *lex posterior*, las Demandantes afirman que no debería permitirse a Alemania intervenir. Se afirma que la opinión de Alemania sobre las consecuencias jurídicas de la Sentencia *Achmea* carece de relevancia para el presente procedimiento de arbitraje y que “*la intervención de Alemania en el presente procedimiento no está contemplada por el Convenio del CIADI ni por el TCE y sería incompatible con el objetivo de despolitizar las controversias entre inversores y Estados*”<sup>304</sup>. [Traducción del Tribunal]

(6) **El Análisis del Tribunal**

309. El Tribunal ha revisado los argumentos de las Partes con extrema cautela y, de la misma manera, la posición de la CE en sus dos presentaciones. Además, ha analizado las posiciones de los Estados Miembros de la UE en virtud de lo expresado en las tres Declaraciones de 15 y 16 de enero de 2019.

a. ***El derecho aplicable a la objeción intra-UE***

310. La jurisdicción del Tribunal deriva del Artículo 25 del Convenio del CIADI y del Artículo 26 del TCE. No surgen cuestiones específicas en virtud del Artículo 25 del Convenio del CIADI, a excepción de la pregunta relativa a si efectivamente existe consentimiento para la sumisión a arbitraje al amparo del Artículo 26 del TCE. A partir del hecho de que el presente procedimiento es un arbitraje del CIADI, se deduce que no

---

<sup>303</sup> Comentarios de las Demandantes sobre las Declaraciones de los Estados Miembros de la UE, 19 de febrero de 2019, ¶¶ 10-12.

<sup>304</sup> Comentarios de las Demandantes sobre las Declaraciones de los Estados Miembros de la UE, 19 de febrero de 2019, ¶¶ 14-18.

competite al Tribunal la aplicación de la ley de la sede a diferencia del caso *Achmea*, por ejemplo), que podría poner en juego al derecho de la UE como cuestión de esa *lex arbitri*.

311. El Artículo 26 del TCE, y todas las demás disposiciones de dicho Tratado, deben interpretarse y aplicarse en virtud de la CVDT, de la cual tanto España como Alemania son parte.

312. El Demandado otorga especial importancia al Artículo 26(6) del TCE en el contexto de su objeción intra-UE. Dicho Artículo reza:

“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”.

313. Según el Demandado: “[e]s precisamente el artículo 26(6) del TCE el que impide que un inversor intra UE pueda demandar en arbitraje a un Estado miembro de la UE por razón de su inversión. Admitir esta posibilidad sería contrario al Derecho de la UE, que es Derecho Internacional aplicable”. El argumento consiste en que, en la medida en que el TCE sea incompatible con el derecho de la UE, este último prevalece en materia de Tratados de la UE, mientras que el Artículo 344 del TFUE significa que España no puede someter a arbitraje ninguna cuestión relativa al mercado interior de la electricidad de la UE (es decir, cuestiones planteadas en virtud de la presente reclamación)<sup>305</sup>.

314. Sin duda, es correcto que los Tratados de la UE, es decir el Tratado de la Unión Europea (“TUE”) y el TFUE, son instrumentos establecidos en el derecho internacional y constituyen una parte de su amplio *corpus*. No obstante, lo anterior no significa que el derecho de la UE en su totalidad deba ser considerado como derecho internacional como parece sugerir el Demandado. En la medida en que una norma del derecho de la UE se establezca en un tratado, dicha norma existe en el derecho internacional y se rige por él, pero también existen normas del derecho de la UE que funcionan solamente dentro del ordenamiento jurídico interno de la UE<sup>306</sup>.

---

<sup>305</sup> Resp. C-Mem.em. ¶¶ 84-86.

<sup>306</sup> **CL-0193**, *Vattenfall AB and others c. República Federal de Alemania*, Caso CIADI No. ARB/12/12, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, 31 de agosto de 2018 (en adelante “*Vattenfal, Decisión sobre la Cuestión de Achmea*”)



315. Sin embargo, el Tribunal no acepta la posición del Demandado respecto de que el Artículo 26(6) del TCE es aplicable como una elección de norma de derecho en relación con la determinación de la jurisdicción del Tribunal. Como señalara el tribunal del caso *Vattenfall*, la “*controversia*” a la que hace referencia el Artículo 26(6) es la “*controversia*” como se la identifica en el Artículo 26(1), es decir, una controversia respecto al supuesto incumplimiento de una obligación derivada de la Parte III<sup>307</sup>. Se deduce que el Artículo 26(6) se refiere al derecho aplicable al fondo de la controversia y, en ese sentido, es equivalente en materia de funcionamiento al Artículo 42(1) del Convenio del CIADI<sup>308</sup>. Se entiende que el Artículo 27(3)(g) del TCE tiene el mismo efecto<sup>309</sup>.
316. El tribunal no encuentra nada sorprendente en lo anterior<sup>310</sup>. Por el contrario, considera que sería inusual que a un tribunal de derecho internacional, al considerar si goza de jurisdicción, se le exigiera aplicar el derecho más allá del tratado, ya que el tratado es la fuente de su jurisdicción junto con las normas secundarias de derecho internacional en cuestiones como la interpretación y cualquier derecho específico que surja en la aplicación de un requisito jurisdiccional<sup>311</sup>. Por consiguiente, el presente Tribunal

---

¶ 146: “Resultaría más exacto decir que el corpus del derecho de la UE deriva de tratados que, a su vez, forman parte del derecho internacional y se rigen por él y que contiene otras normas que son aplicables en el plano del derecho internacional; mientras que, al mismo tiempo, contiene normas que funcionan solamente dentro del ordenamiento jurídico interno de la UE y, al menos aparentemente, no forman parte del derecho internacional; [...]” [Traducción del Tribunal]. Cf. **RL-0002**, *Electrabel S.A c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, (versión original en inglés) ¶ 4.120.

<sup>307</sup> **CL-0193**, *VattenfallAB c. Alemania*, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, ¶¶ 114-121.

<sup>308</sup> **CL-0193**, *VattenfallAB c. Alemania*, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, ¶¶ 117-119, que hace referencia a *Schreuer, The ICSID Convention A Commentary*; véase también en relación con el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 8 de febrero de 2013, ¶¶ 236-241.

<sup>309</sup> El Tribunal ha considerado si la referencia del Artículo 26(6) al derecho aplicable por un “*tribunal creado en virtud del apartado (4)*” es de ayuda, pero lo considera neutral: si se lee en contexto, podría entenderse como una referencia a un tribunal establecido de conformidad con los requisitos en materia de jurisdicción del Artículo 26(4) y las disposiciones anteriores a las que hace referencia, es decir un tribunal respecto del cual se han cumplido todos los requisitos en materia de jurisdicción; pero también podría entenderse como la referencia a un tribunal que ha sido constituido y está considerando su jurisdicción.

<sup>310</sup> Cf. Comentarios del Demandado sobre la Decisión de *Vattenfall* y sobre el Comunicado de la CE, 9 de octubre de 2018, ¶¶ 7-13.

<sup>311</sup> Como ejemplo de la distinción entre normas primarias y secundarias del derecho internacional, véase **RL-0078**, Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos con comentarios de 2001, Comentarios Generales, ¶¶ 1-4.

simplemente está encargado de determinar, por ejemplo, si un Inversor está “*constituid[o] con arreglo a la legislación aplicable en la Parte Contratante*” según el Artículo 1(7) del TCE, o de considerar otras fuentes de derecho internacional en la medida en la que lo establece la aplicación de la CVDT, por ejemplo, en los Artículo 30 o 31(3)(c) de la CVDT. Si las normas primarias del derecho internacional externas al TCE estuvieran pensadas para aplicarse en la determinación de si el Tribunal goza de jurisdicción sin las herramientas de encuadre proporcionadas por la CVDT, el Tribunal esperaría encontrar una redacción sin ambigüedades a tal efecto, en gran medida porque, de lo contrario, se dejaría al Tribunal sin normas de derecho internacional establecidas y de aplicación general con respecto a la interrelación entre cualquiera de las normas primarias pertinentes respecto de la jurisdicción<sup>312</sup>.

317. Sobre esta base, si el derecho de la UE efectivamente prevalece, esto debe deducirse de la redacción del TCE como se interpreta y aplica de conformidad con la CVDT y el Demandado ha formulado ciertos argumentos en función de la interpretación del Artículo 26, así como también en función del impacto de los Artículos 30 y 59 de la CVDT, como se aborda en las subsecciones (i)-(iii) *infra*. El Tribunal considera que dichos argumentos fracasan.
318. Aún si el Demandado estuviera en lo cierto respecto de que el Artículo 26(6) exigía la aplicación del derecho de la UE (en la medida en que califica como derecho internacional) a la cuestión relativa a la existencia y al alcance de la jurisdicción del Tribunal, la objeción intra-UE también fracasaría. Esto se deduce del razonamiento expuesto en la sección (c) *infra*, en la cual el Tribunal considera que los argumentos del Demandado derivan del derecho de la UE a efectos de que España no tiene obligaciones en virtud de la Parte III del TCE o que el consentimiento al arbitraje en virtud del Artículo 26 del TCE no es aplicable respecto de controversias intra-UE.

---

<sup>312</sup> Cf. por ejemplo, las normas sobre tratados sucesivos establecidas en los Artículos 30 y 59 de la CVDT o en el Artículo 31(3)(c) respecto de “*teniendo en cuenta*” –en contraposición con aplicando– “*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*”

b. ***Interpretación y aplicación del Artículo 26(1) del TCE de conformidad con la CVDT***

319. De lo expuesto anteriormente se deduce que el Tribunal aborda las alegaciones del Demandado desde su posición de tribunal de arbitraje que, en la medida en que goce de jurisdicción, deriva dicha jurisdicción del Artículo 25 del Convenio del CIADI y del Artículo 26 del TCE, es decir, dos tratados que deben interpretarse y aplicarse como cuestión de derecho internacional.

***(i) Artículo 26(1): los argumentos del Demandado respecto del “Territorio” y el Artículo 1(3) del TCE***

320. En virtud del Artículo 26(1) del TCE:

“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”.

321. En virtud del Artículo 1(2) del TCE:

"Parte Contratante" [significa], un Estado u Organización Regional de Integración Económica que han acordado vincularse mediante el presente Tratado y para los cuales el Tratado está en vigor”.

322. Una Organización Regional de Integración Económica (ORIE) se define en el Artículo 1(3) de la siguiente manera:

“...organización constituida por Estados a la que éstos han transferido competencias relativas a determinados ámbitos, algunos de los cuales están regulados por el presente Tratado, incluida la facultad de tomar decisiones vinculantes para dichos Estados con respecto a dichos ámbitos”.

323. Por remisión al sentido corriente de los términos del Artículo 1(2) del TCE, el Demandado es “*un Estado.... que [ha] acordado vincularse mediante el presente Tratado y para [el cual] el Tratado está en vigor*”. Y también lo es Alemania. Por aplicación de las definiciones de los Artículos 1(6) y 1(7) del TCE, las Demandantes son Inversores de otra Parte Contratante, es decir, Alemania, y han realizado Inversiones en España.

324. No obstante, surge la cuestión que consiste en determinar si es correcto considerar que esas Inversiones califican a los fines del Artículo 26(1), es decir, si son Inversiones “*en el territorio de la primera [Parte Contratante]*”. Ello se debe a que, como es bien sabido, la UE es una ORIE que ha acordado vincularse mediante el TCE y para la cual el TCE está en vigor, es decir, es una Parte Contratante a los fines del Artículo 1(2), que también tiene un Territorio definido en virtud del Artículo 1(10) del TCE. Dado que tanto España como Alemania son Estados Miembros de la UE, la cuestión es, por ende, si las Demandantes efectivamente tienen Inversiones en el Territorio de otra Parte Contratante.
325. El Artículo 1(10) establece una definición de “Territorio” tanto con respecto a un Estado como a una ORIE, a saber:
- ““Territorio” [significa], con respecto a un Estado que sea una Parte Contratante,
- (a) el territorio sobre el que ésta ejerza su soberanía, entendiéndose por territorio el suelo, las aguas interiores y el mar territorial, y
- (b) de conformidad con el Derecho Marítimo Internacional, el mar, el lecho marino y su subsuelo, sobre los que la Parte Contratante ejerza derechos de soberanía y jurisdicción.
- 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.”
326. Así, respecto de la UE, en carácter de Parte Contratante del TCE, el Territorio definido comprende los Territorios de sus Estados Miembros “*con arreglo a lo dispuesto en el acuerdo por el que se crea [la UE]*”. Esta definición se predica con respecto a Estados individuales que sean Partes Contratantes y que tengan sus propios Territorios.
327. Al aplicar estas definiciones a la interpretación y aplicación del Artículo 26(1) surge que España es una Parte Contratante, las Demandantes son Inversores de otra Parte Contratante —es decir, Alemania— y sus Inversiones se encuentran “*en el territorio de la primera*” Parte Contratante —es decir, España—. Ninguna de las disposiciones de los Artículos 1(2), 1(10) o 26(1) sugieren que, cuando ambas Partes Contratantes se encuentran dentro del Territorio de la UE, deba considerarse que dejen de tener sus

propios Territorios como Estados y Partes Contratantes del TCE o que el Territorio pertinente se transforme (y en forma exclusiva) en Territorio de la UE.

328. Desde luego, si la controversia fuera con la UE en carácter de Parte Contratante pertinente, entonces el Territorio, a los fines del Artículo 26(1), sería el Territorio de la UE conforme lo definido en el Artículo 1(10). Pero la reclamación actual no se ha incoado contra la UE y el Tribunal no encuentra nada en el Artículo 26(1) que lo lleve a la conclusión de que, dado que el Territorio correspondiente en dicha disposición podría, llegado el caso, ser el Territorio de la UE, España debería dejar de tener su propio Territorio independiente conforme lo definido en el Artículo 1(10) bajo las circunstancias de la presente controversia.
329. Asimismo, ninguna de las disposiciones de los Artículos 26(1) o 26(3) sugieren que España (o cualquier otro Estado Miembro de la UE), en carácter de Parte Contratante, estuviera limitando el consentimiento a someter a arbitraje a los Inversores de Estados no pertenecientes a la UE; y a pesar de desprenderse del Artículo 1(3) que los Estados Miembros de la UE *“han transferido competencias relativas a determinados ámbitos”*, la redacción de los Artículos 1 o 26, o de las demás disposiciones del TCE<sup>313</sup>, no sugiere en ningún momento que dichos ámbitos se vean comprometidos en el sentido de inaplicabilidad del Artículo 26 (o las protecciones sustantivas del TCE, Parte III)<sup>314</sup>.
330. Asimismo, como arguyen las Demandantes, si la UE o sus Estados Miembros hubieran deseado denegar el acceso a arbitraje en el caso de diferencias intra-UE, se esperarían ver algún tipo de cláusula de desconexión o de declaración de competencias que le permitiera al Tribunal ignorar el Artículo 26 y/o concluir que los Estados Miembros de la UE no eran competentes para aceptar obligaciones en virtud de la Parte III<sup>315</sup>.
331. Tal como destacan las Demandantes, mediante el Artículo 27(2) del Convenio del Consejo de Europa y la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en el ámbito de la

---

<sup>313</sup> Ello incluye el Artículo 36(7) del TCE al que se refiere el Demandado.

<sup>314</sup> Véase, en un sentido similar, el análisis del Tribunal en **CL-0187**, *Blusun S.A.*, ¶¶ 280-282, con el cual el Tribunal concuerda.

<sup>315</sup> Cl. Reply ¶¶ 137-146.

fiscalidad de 1988, se dispone lo siguiente: “*sin perjuicio de las normas del presente Convenio, aquellas Partes que sean miembros de la Comunidad Económica Europea aplicarán en sus relaciones mutuas las normas comunes vigentes en dicha Comunidad.*” [Traducción del Tribunal]<sup>316</sup>. El TCE no contiene ninguna disposición equivalente. Tal como también señalan las Demandantes, al concluir el Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía, hubo una resolución sobre la regla de diferencias por la que se aseguraba el efecto imperante del Tratado de Svalbard y se declaraba la inaplicabilidad del Artículo 16 del TCE<sup>317</sup>. Una vez más, no existe equivalente que haya señalado el Demandado. En efecto, la UE hizo una declaración en virtud del Artículo 26(3)(b)(ii) del TCE respecto de sus “*políticas, prácticas y condiciones respecto a controversias entre un inversor y una Parte Contratante y su sometimiento a arbitraje o conciliación internacional*” [Traducción del Tribunal], pero —una vez más— guarda silencio sobre la inaplicabilidad del Artículo 26 en lo que respecta a diferencias intracomunitarias<sup>318</sup>, como sería de esperarse de haber sido ese el entendimiento o la intención de la UE.

332. Estos factores constituyen un fuerte obstáculo contra la postura que plantea el Demandando —y la CE— de que, dado que España y Alemania ya eran miembros de la UE al tiempo de su ratificación del TCE, eran, por ende, incompetentes para aceptar obligaciones con arreglo a la Parte III del TCE (incluso al Artículo 16)<sup>319</sup>.
333. En consecuencia, el Tribunal rechaza los argumentos del Demandado con base en el Territorio y el Artículo 1(3) del TCE.

---

<sup>316</sup> Cl. Reply ¶ 138, que hace referencia a **CL-0116**, Convenio del Consejo de Europa y la OCDE sobre asistencia administrativa mutua en el ámbito de la fiscalidad de 1988, Artículo 27, citado en *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansión of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission, finalizado por M. Koskeniemi, Comisión de Derecho Internacional, sesión 88, Ginebra, 1 de mayo – 9 de junio y 3 de julio – 11 de agosto de 2006, Documento A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

<sup>317</sup> Cl. Reply ¶ 143, que hace referencia a **CL-0007**, Secretaría de la Carta Europea de la Energía, “Decision of the Energy Charter Conference, Subject: Road Map for the Modernization of the Energy Process”, Secretaría de la Carta Europea de la Energía, 24 de noviembre de 2010 .

<sup>318</sup> Declaración comunicada por las Comunidades Europeas a la Secretaría de la Carta de la Energía en virtud de lo dispuesto en el inciso ii) de la letra b) del apartado 3 del artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía.

<sup>319</sup> Cf. Resp. Rej. ¶¶ 73-74 y 105, que hacen referencia a *Costa c. ENEL*. Véase, también, Resp. C-Mem. ¶ 61.

*(ii) Argumentos del Demandado respecto del objetivo y la finalidad y del Artículo 25 del TCE*

334. El Demandado subraya que la finalidad del TCE, recurriendo a la remisión que hace el Artículo 2 del TCE a la Carta de la Energía, es “*el fomento de la cooperación industrial Este-Oeste mediante el establecimiento de salvaguardias jurídicas en campos como la inversión, el tránsito y el comercio*”. Se sugiere que sería un craso error presumir que la UE y sus Estados Miembros pretendían, mediante el TCE, “*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*”, lo cual supondría, además, “*hurtar sus competencias al TJUE*”<sup>320</sup>.
335. Por supuesto, es correcto que el Artículo 26, al igual que todas las demás disposiciones del TCE, debe interpretarse de conformidad con el sentido corriente que se le otorga a sus términos, en su contexto y a la luz del objetivo y la finalidad del TCE, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 31(1) de la CVDT (y el derecho internacional consuetudinario). Sin embargo, el Tribunal no encuentra nada en el TCE ni en los Títulos I y II de la Carta de la Energía que sugiera que una de las finalidades del TCE sea establecer un sistema de protección para inversores que no sean miembros de la UE y excluir del ámbito de protección a los inversores de la UE en Estados Miembros de la UE, y tampoco acepta que el objetivo y la finalidad del TCE sean, en forma más general, congruentes con dicho resultado ni apunten hacia allí. Menos aún logra ver expresión alguna de finalidad de distinguir entre inversiones intracomunitarias y otras inversiones que ponga en tela de juicio el sentido corriente de los Artículos 26(1) y (3), e igualmente en lo que respecta las disposiciones de la Parte III del TCE y su aplicación a los Estados Miembros de la UE.
336. El Demandado también argumenta que el propio TCE reconoce, a través de su Artículo 25, el principio de primacía del derecho de la UE<sup>321</sup>. El Tribunal no acepta este argumento. El Artículo 25 del TCE se refiere al trato de nación más favorecida y

---

<sup>320</sup> Resp. C-Mem.. ¶¶ 94-97; **RL-0006**, TCE, Artículo 1 y Prefacio.

<sup>321</sup> Resp. Rej. ¶¶ 93 y 114.

establece, simplemente, que una Parte Contratante que sea parte de un Acuerdo de Integración Económica (AIE) no está obligada a hacer extensivo, mediante el trato de nación más favorecida, “*cualquier tipo de trato preferente aplicable entre las Partes por ser Partes en dicho Acuerdo*” a otra Parte Contratante que no sea Parte de dicho AIE. Nada dice sobre la primacía del derecho de la UE y tampoco reconoce principio alguno en ese sentido. Lo mismo sucede respecto de la declaración sobre el Artículo 25 que hicieron la UE y sus Estados Miembros<sup>322</sup>.

***(iii) Los argumentos del Demandado con respecto a los Artículos 30, 31(3)(c) y 59 de la CVDT***

337. El Demandado sostiene la primacía del derecho de la UE amparándose en los Artículos 30 y 59 de la CVDT<sup>323</sup>. El Artículo 30 de la CVDT prevé lo siguiente:

“1. ...los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

(a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;

(b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

---

<sup>322</sup> Cf. Resp. Rej. ¶ 93.

<sup>323</sup> Resp. Rej. ¶¶ 94-96, Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶ 14.



5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado”.

338. Conforme surge del Artículo 30(2) de la CVDT, el Artículo 30 es una norma supletoria y no puede aplicarse sin considerar una disposición específica de un tratado que aborde la cuestión de tratados anteriores o posteriores.

339. En lo que respecta al TCE, el Artículo 16 (“*Relación con otros acuerdos*”) establece una norma de no derogación a favor del Inversor y de la Inversión, a saber:

“Cuando dos o más Partes Contratantes sean signatarias de un acuerdo internacional anterior, o firmen un acuerdo internacional posterior, cuyas condiciones afecten, en cualquiera de los dos casos, a las cuestiones reguladas en las Partes III o V del presente Tratado,

(1) nada de lo dispuesto en las Partes III o V del presente Tratado se interpretará de manera que deje sin efecto ninguna disposición del otro acuerdo, o del derecho de exigir una solución de la controversia relativa a ello con arreglo a dicho acuerdo, y

(2) nada de lo dispuesto en el otro acuerdo se interpretará de manera que deje sin efecto ninguna disposición de las Partes III o V del presente Tratado o del derecho de exigir una solución de la controversia relativa a ello con arreglo al presente Tratado,

en la medida en que tales disposiciones sean más favorables para los inversores o la inversión.”

340. Si se asumiera, a favor del Demandado, que el TFUE (o el TUE) constituye un “*acuerdo internacional posterior, cuyas condiciones afecten... a las cuestiones reguladas en las Partes III o V del presente Tratado*”, entonces el Demandando y la UE permanecerían, empero, obligados en tanto partes Contratantes en virtud del TCE con arreglo al Artículo 16, es decir, ninguna de las disposiciones del TFUE (o del TUE) pueden interpretarse como derogatorias de las disposiciones de las Partes III o V ni de cualquier derecho a resolución de controversias en ese sentido. El Tribunal acepta que las disposiciones de la Parte III y de la Parte V que se invocan en el contexto de la presente reclamación sean

vistas correctamente como “*más favorable[s] para el inversor o la inversión*” de modo que se aplique el Artículo 16<sup>324</sup>.

341. Aunque el Tribunal no descarta que el Artículo 16 del TCE pueda ser desplazado por texto expreso contenido en un tratado ulterior, (i) ello debería constar en una disposición acordada por todas las Partes Contratantes del TCE<sup>325</sup> e, (ii) incluso si de algún modo sucediera lo contrario, el Tribunal no se ha encontrado con disposición alguna que sugiera dicha intención. Asimismo, si bien el TFUE fue celebrado con posterioridad al TCE, las normas que establecen los Artículos 267 y 344 del TFUE ya existían en tratados previos al TCE, de modo que, de haber existido alguna intención de desplazar el Artículo 16 del TCE, existe una razón de peso para esperar que se hubiera recurrido a la inclusión de una redacción expresa a dichos efectos, sea en el TFUE o en otro convenio.
342. De ello se deduce que procede la aplicación del Artículo 16, e incluso si se considerase que los Artículos 267 y 344 del TFUE conciernen el objeto de las Partes III o V (cosa que el Tribunal no acepta), no hay fundamento sobre el cual recurrir a la norma del Artículo 30(4)(a) de la CVDT o alguna de las normas del Artículo 30, y tampoco hay fundamento para afirmar que los Artículos 267 y 344 del TFUE, ni las demás disposiciones del TFUE o del TUE, prevalecen sobre las Partes III o V del TCE. (Ello está sujeto a la posición del Demandado de que España y Alemania son incompetentes para contraer obligaciones en la Parte III del TCE, incluso el Artículo 16, cuestión ésta que consideraremos *infra*).
343. El Artículo 59 de la CVDT establece normas relativas a la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior. Con arreglo a dicho Artículo 59(1), se establece una bifurcación entre dos caminos que pueden implicar la terminación o suspensión de un tratado anterior “*si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia*”. Esto no ha sucedido. Los Tratados de la UE fueron concluidos solo por determinadas partes del TCE. Tampoco España y Alemania han cursado una notificación de suspensión a las

---

<sup>324</sup> Cf. Resp. Rej. ¶ 100.

<sup>325</sup> Cf. Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶¶ 16 -17.

demás partes del TCE como se exigiría en virtud del Artículo 65(1) de la CVDT (la Declaración de 15 de enero de 2019 no puede ser interpretada como dicha notificación: guarda silencio sobre la suspensión del TCE, está dirigida a los tribunales de arbitraje en materia de inversión en lugar de a las Partes Contratantes del TCE y no pretende cumplir los requisitos del Artículo 65(1) de la CVDT).

344. El Demandado ha hecho una referencia tardía al Artículo 31(3)(c) de la CVDT, y se muestra crítico de la conclusión del tribunal *Vattenfall* en el sentido de que el derecho de la UE no debe tenerse en cuenta en virtud del Artículo 31(3)(c) para interpretar el Artículo 26 del TCE de la forma pretendida por la CE en dicho caso, pero no se presentan argumentos que sustenten dicha crítica<sup>326</sup>.
345. El Tribunal concuerda con el tribunal de *Vattenfall* en que las normas pertinentes del derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes deben ser tenidas en cuenta en virtud del Artículo 31(3)(c) de la CVDT, lo que no implica que deba reescribirse una disposición tal como el Artículo 26 del TCE de modo de arribar a una interpretación que sea tanto contraria al sentido corriente de sus términos y se derive en que la misma disposición tenga distintos sentidos según las distintas partes del mismo tratado<sup>327</sup>. Además, tal como se analiza *infra* con mayor grado de detalle, el Tribunal no considera que haya una norma pertinente de derecho internacional que le haya sido identificada sobre la base de la Sentencia *Achmea* o de cualquier otro lugar<sup>328</sup>.

***(iv) Conclusión: pacta sunt servanda***

346. Por lo tanto, el Tribunal no ve ningún fundamento sólido dentro del TCE, o por aplicación de la CVDT, a favor de la afirmación del Demandando de que prevalece el derecho de la UE.

---

<sup>326</sup> Comentarios del Demandado sobre la Decisión de *Vattenfall* y Comunicación de la CE, 9 de octubre de 2018, ¶ 15; cf. **CL-0193**, *Vattenfall*, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, ¶¶ 151-165.

<sup>327</sup> **CL-0193**, *Vattenfall*, Decisión sobre la cuestión de *Achmea* ¶¶ 154-158; cf. Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶ 9.

<sup>328</sup> Véase también **CL-0193**, *Vattenfall*, Decisión sobre la cuestión de *Achmea*, ¶¶ 159-164.

347. Conforme se desprende del principio de *pacta sunt servanda* al que hace referencia el tribunal del caso *RREEF*, las disposiciones de la Parte III del TCE al que se suscribieron España y Alemania deben tenerse como vinculantes dada la ausencia de alguna calificación o reserva por parte de estos dos Estados o de la UE. Así, el tribunal de *RREEF* destacó lo siguiente:

“... cuando la esencia misma de un tratado del cual la UE es parte se encuentre en disputa, ... entonces, precisamente, dado que la UE es una parte del tratado, se habría exigido, en virtud del derecho internacional, una advertencia formal de que el derecho de la UE tendría primacía por sobre el tratado, como aquella contenida en una cláusula de desconexión.

Ello se desprende del principio básico de derecho internacional público de *pacta sunt servanda*. En caso de que una o más partes de un tratado desearan excluir la aplicación de un tratado en determinados aspectos o circunstancias, deben hacer una reserva (excluida en el caso que nos ocupa por el Artículo 46 del TCE) o incluir una cláusula de desconexión inequívoca en el propio tratado”<sup>329</sup>. [Traducción del Tribunal]

348. El tribunal del caso *Blusun* también expresó esta postura en los siguientes términos, razonamiento con el cual concuerda este Tribunal:

“En virtud del Artículo 6 de la CVDT, todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados y está sujeto a dichas obligaciones de conformidad con el principio de *pacta sunt servanda*. No se comunicó ninguna limitación a la competencia de los Estados Miembros de la UE al tiempo de celebración del TCE. El Artículo 46 de la CVDT prevé que un Estado no podrá invocar disposiciones de su derecho interno sobre la competencia para celebrar tratados con miras a invalidar un tratado, salvo que se trate de una violación manifiesta de una norma de fundamental importancia. Puesto el derecho de la UE opera en un plano tanto interno como internacional, debe aplicarse un principio similar. Incluso si, como cuestión del derecho de la UE, la CE tuviera competencia exclusiva sobre cuestiones de inversión interna, el hecho es que esos Estados Miembros de la UE suscribieron el TCE sin incluir calificación o reserva alguna. Las obligaciones *inter se* contenidas en el TCE no son de algún modo inválidas o inaplicables debido a una asignación de competencias que, según la CE, puede inferirse de un conjunto de leyes y regulaciones de la UE en materia de inversión”<sup>330</sup>.

---

<sup>329</sup> CL-0134, *RREEF*, Decisión Sobre Jurisdicción, ¶¶ 84-85.

<sup>330</sup> CL-0187, *Blusun*, ¶ 283.

349. Por lo tanto, el Tribunal rechaza los argumentos del Demandado en el sentido de que el Artículo 26 no establece jurisdicción respecto de casos intra-UE y, análogamente, que España y Alemania no tienen obligaciones en virtud de la Parte III respecto de inversiones intra-UE por motivo de su falta de competencia.

350. El Tribunal llega a este resultado fundándose en que su mandato, al considerar su jurisdicción, no es extensivo a la aplicación del derecho de la UE. Si ello fuera incorrecto, empero, sea porque el Tribunal yerra en su análisis del Artículo 26(6) del TCE o por otro motivo, éste seguiría arribando al mismo resultado mediante la aplicación del derecho de la UE.

c. ***El argumento del Demandado en el sentido de que el derecho de la UE es de aplicación y resulta de aplicación preferente***

351. La posición del Demandado es la siguiente: “*La UE es un área de integración económica que incluye, en sus normas relativas al Mercado Interior, un sistema integral de promoción y protección de las inversiones intra UE, que resulta de aplicación preferente respecto del previsto en el TCE*”<sup>331</sup>. Su argumento, conforme se desarrolla remitiéndose a los Artículos 267 y 344 del TFUE y a la sentencia *Achmea*, es que el Tribunal, por ende, no tiene competencia sobre una controversia intra-UE relativa al mercado interno de la UE en materia de electricidad (es decir, las cuestiones que se invocan en la presente reclamación)<sup>332</sup>.

352. En virtud del Artículo 267 del TFUE:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

(a) sobre la interpretación de los Tratados;

(b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al

---

<sup>331</sup> Resp. CM, ¶ 66.

<sup>332</sup> Resp. CM, ¶¶ 66-74 y 84-86; Comentarios del Demandado sobre *Achmea*, 22 de marzo de 2018.

Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

353. En virtud del Artículo 344 del 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”.

*(i) La reclamación versa sobre un incumplimiento del TCE, no del derecho de la UE*

354. Respecto de la posible aplicación de los Artículos 267 y 344 del TFUE, el Tribunal considera que la reclamación ha sido incoada con fundamento en el TCE y versa sobre dicho Tratado y no en el derecho de la UE. También considera que las Demandantes están en lo cierto al afirmar que el TCE otorga derechos a los inversores que son adicionales a cualquier otro derecho otorgado por el mercado interno y no existe incoherencia entre el derecho de la UE y el TCE. Así, considera que la posición es la que se describe a continuación en los casos *Charanne* y *Eiser*:

“Este caso no implica ninguna valoración de la validez de actos comunitarios o decisiones adoptadas por órganos de la Unión Europea y no concierne de manera alguna alegaciones por parte de la Unión Europea de violaciones al derecho de la UE ni tampoco demandas dirigidas en contra de dicha organización. No existe en este arbitraje ningún argumento según el cual el contenido de las normas en discusión [...] sea contrario al derecho de la UE”<sup>333</sup>.

355. No se desprende del mero hecho de que existe un mercado interno de la UE en materia de electricidad con Directivas comunitarias sobre energía renovable que haya alguna incompatibilidad con el TCE o su aplicación a este caso<sup>334</sup>. En efecto, como lo

---

<sup>333</sup> CL-0170, *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. c. España*, Caso CIADI No. ARB/13/36, Laudo, 4 de mayo de 2017 (en adelante “*Eiser*”), ¶ 199, que hace referencia al caso *Charanne*, ¶ 448.

<sup>334</sup> Cf. Resp. CM ¶¶ 66 -70.

identificara el tribunal del caso *Electrabel*, la génesis del TCE es incoherente con cualquier incompatibilidad: “no hubiera tenido sentido para la Unión Europea promover y suscribir el TCE si eso hubiese significado asumir obligaciones incoherentes con el derecho de la UE”<sup>335</sup>. [Traducción del Tribunal]

356. El Tribunal destaca la posición del Demandado de que la controversia afecta elementos esenciales del derecho de la UE, incluidas las Ayudas Estatales<sup>336</sup>, conforme es secundada por las opiniones expresadas en este procedimiento por la EC<sup>337</sup>, y según fuera desarrollada en las presentaciones del Demandado, incluidos sus Comentarios sobre la Decisión de la EC de 10 de noviembre de 2017 sobre el procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN) con respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España<sup>338</sup>. Sin embargo, el Tribunal concuerda con la posición de las Demandantes, en especial en el sentido de que:

- a) La investigación de la CE tuvo que ver con el nuevo régimen introducido en el período comprendido entre los años 2013 y 2014, no con el Régimen Especial que las Demandantes dicen que las indujo a invertir;
- b) No existen pruebas de que, tras las Medidas en Disputa, hubiera cuestiones relacionadas con las ayudas estatales, ya que los preámbulos correspondientes no contienen una sola mención a tales ayudas<sup>339</sup>.

357. En efecto, según surge de la sección 2.1 de la Decisión de la CE de noviembre de 2017, el plan notificado por España a la CE fue aquél introducido por el RDL 9/2013 y medidas posteriores, y no el “*el plan económico premium*” [Traducción del Tribunal] del RD 661/2007. La CE afirmó posteriormente en su Decisión que:

---

<sup>335</sup> RL-0002, *Electrabel*, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, ¶¶ 4.133-4.134.

<sup>336</sup> Resp. Rej. ¶ 78; alegato de apertura del Demandado, Día 1/331-332.

<sup>337</sup> Presentación Actualizada de la CE, ¶ 49; véase también ¶¶ 50-55.

<sup>338</sup> RL-0089, Decisión de la CE sobre el procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN) con respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España. Véase, también, Comentarios del Demandado sobre el Informe *Amicus* Actualizado de la CE, 25 de julio de 2018.

<sup>339</sup> Cl. Reply ¶¶ 489-491; alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/258.

“Como España ha decidido reemplazar el plan económico premium con las medidas de ayuda notificadas, no es relevante para el alcance de esta decisión la evaluación de si los pagos previstos originalmente bajo los planes previos hubieran sido compatibles o no”<sup>340</sup>. [Traducción del Tribunal]

358. Así, sin perjuicio de la posición del Demandado de que la Decisión de la CE de noviembre de 2017 es de carácter vinculante, el Tribunal no logra ver cómo dicha Decisión puede asistir al caso que plantea el Demandado sobre la excepción intracomunitaria. La Decisión no efectúa determinación alguna respecto de las medidas controvertidas en este caso. En el derecho de la UE, pareciera que solo la parte operativa de la Decisión es vinculante<sup>341</sup>, y dicha parte operativa es simplemente en el sentido de que el nuevo régimen violaba el Artículo 108(3) del TFUE (España comenzó a implementar el esquema y antes de una decisión de la Comisión), pero, de lo contrario, la CE había decidido “*no plantear objeciones a la ayuda con el fundamento de que es compatible con el mercado interno en virtud del Artículo 107(3)(c) del TFUE*”<sup>342</sup>. [Traducción del Tribunal]
359. El Tribunal ve esto como una cuestión que le atañe únicamente a la CE y al Demandado. Ninguna parte de la reclamación de las Demandantes se relaciona con la cuestión de si el nuevo régimen atañe a las ayudas ilícitas al Estado. No se debe a que se haya comprobado que el régimen es lícito en virtud del Artículo 107(3)(c) del TFUE (aunque sea también ilícito en virtud del Artículo 108(3) del mismo cuerpo normativo) que no puede también, y de forma bastante independiente, ser violatorio del TCE.
360. Además, el hecho de que se otorgue un subsidio al sector de energías renovables en la forma de ayudas estatales no significa que el caso de marras exija la aplicación del

---

<sup>340</sup> **RL-0089**, Decisión de la CE sobre el procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN) con respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España ¶ 156.

<sup>341</sup> Réplica de las Demandantes de 26 de enero de 2018, ¶ 3, que hace referencia a los Casos Conjuntos T-443/08 y T-455/08, Freistaat Sachsen y Land Sachsen-Anhalt ¶ 223, donde se establece: “Asimismo, solo la parte operativa de un acto es pasible de producir efectos jurídicos vinculantes (véase, en ese sentido, el Caso C-355/95 P *TWD c. Comisión* [1997] ECR I-2549, párrafo 21, y el Caso T-251/00 *Lagardère y Canal+ c. Comisión* [2002] ECR II-4825, párrafo 6”. [Traducción del Tribunal]

<sup>342</sup> **RL-0089**, Decisión de la CE sobre el procedimiento de Ayudas Estatales SA.40348 (20151NN) con respecto al apoyo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España, sección 5 “Conclusión”; véase también **RL-0089**, ¶ 89 respecto del Art. 108(3) del TFUE.



derecho de la UE relativo a las Ayudas Estatales; no exige tal aplicación. De igual modo, la obligación de las Partes Contratantes en virtud del Artículo 6(1) del TCE de “*disminuir las distorsiones del mercado y los obstáculos a la competencia en Actividades Económicas en el Sector de la Energía*” y la consideración otorgada por el Artículo 10(8) del TCE a “*los programas por los que una Parte Contratante concede subvenciones u otro tipo de ayuda financiera o firma contratos de investigación y desarrollo de tecnologías energéticas*” no afectan de modo alguno a la jurisdicción del Tribunal en este caso<sup>343</sup>.

361. Tampoco acepta el Tribunal, conforme surge de lo antedicho, su incompetencia sobre actos de España que supuestamente sean violatorios de la Parte III del TCE según los argumentos del Demandado (y la postura que expresara la CE) de que el derecho en materia de protección de inversiones aplicable a inversiones intracomunitarias es el derecho de la UE, en especial, las normas de libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento y que, de conformidad con el Artículo 3(2) del TFUE, los Estados Miembros de la UE son incompetentes para suscribir acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a la protección de inversiones<sup>344</sup>. El Tribunal considera que las protecciones previstas en la Parte III son coherentes con las normas de la UE, por ejemplo, la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, aunque diferentes. Nada de lo contenido en el TCE sugiere que la UE haya visto a la protección de la Parte III como incluida dentro del ámbito de exclusiva competencia e, incluso si procediera la aplicación del Artículo 3(2) del TFUE, no se ha demostrado ante el Tribunal ni cómo ni por qué ello podría invalidar la jurisdicción establecida por la simple redacción del Artículo 26 del TCE y el hecho inalterable de que España sea parte de dicho tratado (incluidas las Partes III y IV) y obligada por el principio de *pacta sunt servanda* tanto como otras Partes Contratantes, incluso la UE<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> Cf. Comentarios del Demandado sobre *Achmea*, 22 de marzo de 2018, ¶¶ 30-32.

<sup>344</sup> Informe *Amicus Curiae* de la Comisión Europea, ¶ 5.

<sup>345</sup> Véase **CL-0193**, *Vattenfall*, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea* ¶ 131 y **CL-0187**, *Blusun*, ¶ 283.

*(iii) El impacto (si correspondiera) de la sentencia Achmea*

362. Según la sentencia *Achmea*, los Artículos 267 y 344 del TFUE entran en juego cuando, mediante la celebración de un TBI, los Estados Miembros de la UE han establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro que puede impedir que dichos litigios sean dirimidos, a pesar de que pudieran referirse a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, de modo que se garantice la plena eficacia de ese Derecho<sup>346</sup>.
363. Las Demandantes aseveran que el razonamiento y resultado de la Sentencia *Achmea* pueden distinguirse por varios motivos, entre ellos, y en particular, que la Sentencia *Achmea* se pronuncia en función de que la UE no es parte del TBI entonces objeto de la controversia, mientras que la UE es Parte Contratante del TCE y está obligada por sus disposiciones, incluso por su Artículo 26. Sin perjuicio de la posición del Demandado, y la de la gran mayoría de los Estados Miembros de la UE conforme lo expresado en la Declaración de 15 de enero de 2019, el Tribunal no puede más que concordar con las Demandantes en este punto, y no considera que el impacto de los Artículos 267 y 344 del TFUE sea privarlo de jurisdicción (incluso bajo el supuesto —que el Tribunal no acepta— de que proceda la aplicación de dichas disposiciones con arreglo al Artículo 26(6) a la cuestión que consiste en determinar si el Tribunal goza o no de jurisdicción).
364. En primer lugar, como se ha destacado anteriormente, el Tribunal no considera que deba determinar ninguna cuestión del derecho de la UE para resolver esta controversia puesto que no están implicados los Artículos 267 y 344<sup>347</sup>.
365. En segundo lugar, aunque en la Sentencia *Achmea*, el potencial de aplicación del derecho de la UE parece haber sido suficiente<sup>348</sup>, también parece haber sido fundamental para el razonamiento de que la UE misma no era parte del tratado de inversión pertinente. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo:

---

<sup>346</sup> **RL-0090**, Sentencia *Achmea* ¶ 56.

<sup>347</sup> En sentido similar, véase **CL-0170**, *Eiser* ¶ 204.

<sup>348</sup> **RL-0090**, Sentencia *Achmea* ¶¶ 40-42.

“Es cierto que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un acuerdo internacional que prevé la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculan a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión. En efecto, la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implican, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere, siempre que se respete la autonomía de la Unión y de su ordenamiento jurídico [véanse, en ese sentido, el dictamen 1/91 (Acuerdo EEE — I), de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apartados 40 y 70; el dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123, apartados 74 y 76, y el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apartados 182 y 183].

No obstante, en el presente asunto, además de que los litigios comprendidos en el ámbito de competencias del tribunal arbitral previsto en el artículo 8 del TBI pueden tener por objeto la interpretación tanto de dicho Tratado como del Derecho de la Unión, la posibilidad de someter estos litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión está establecida por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros”<sup>349</sup>.

366. Aquí, por el contrario, el tratado pertinente, es decir, el TCE –incluyendo su Artículo 26– fue suscrito por la UE y es vinculante sobre la UE y sus instituciones, incluso lo que se desprende del Artículo 216(2) del TFUE. Pareciera inferirse de la Sentencia *Achmea* que dicho acuerdo “*no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión*”. En efecto, la UE –sin reserva alguna– se ha expuesto a la posibilidad de que se presente contra ella una reclamación en virtud del Artículo 26 del TCE, con la posibilidad de que un Tribunal aplique el derecho de la UE a los méritos de una controversia determinada (en la medida que el derecho de la UE califique como derecho internacional con arreglo al Artículo 26(6)). Dado que la UE ha aceptado esta posibilidad, el Tribunal no logra ver cómo el Artículo 26 podría tener, de pronto, un efecto adverso sobre la autonomía del derecho de la UE toda vez que se inicie una reclamación contra un Estado Miembro y no contra la UE.

---

<sup>349</sup> **RL-0090**, Sentencia *Achmea*, ¶¶ 57-58.

367. El Tribunal destaca que, a través de la Declaración de 15 de enero de 2019, 22 Estados Miembros de la UE han expresado su postura en el siguiente sentido:

“... los acuerdos internacionales celebrados por la Unión, incluso el Tratado sobre la Carta de Energía, constituyen parte integral del ordenamiento jurídico de la Unión y, por consiguiente, deben ser compatibles con los Tratados. Los tribunales de arbitraje han interpretado el Tratado sobre la Carta de Energía en el sentido de que también incluye una cláusula de arbitraje entre un inversor y un Estado que es de aplicación entre los Estados Miembros. Interpretada de esa manera, dicha cláusula sería incompatible con los Tratados y, por ende, debería dejar de aplicarse”. [Traducción del Tribunal]

368. El Demandado lo ha sugerido como una “*interpretación auténtica*” [Traducción del Tribunal], invocando el Artículo 31(3)(a) de la CVDT y, en subsidio, el Artículo 31(3)(b) de la CVDT <sup>350</sup>.

369. Como punto de partida, no resulta claro para el Tribunal que la Declaración de 15 de enero de 2019 contenga una interpretación del Artículo 26 del TCE. Como se deduce del pasaje citado *supra*, hay una declaración sobre la situación del TCE y la conclusión de que las interpretaciones de los tribunales de arbitraje del Artículo 26 llevan a tal incompatibilidad que la disposición debería dejar de aplicarse. Esto pareciera ser una declaración sobre cómo se recibe y aplica (o deja de aplicarse) el Artículo 26 del TCE en el derecho de la UE a diferencia de una interpretación de esa disposición.

370. Con respecto al Artículo 31(3) de la CVDT, las partes pertinentes de dicha disposición prevén lo siguiente:

“Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

(a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

(b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado...”

371. Como se deduce del Artículo 31(3)(a), no importaría si la Declaración de 15 de enero de 2019 constituyó un acuerdo ulterior sobre la interpretación del TCE o un cambio sobre su

---

<sup>350</sup> Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶¶ 9 -15.

aplicación. Sin embargo, es claro que no procede la aplicación del Artículo 31(3)(a), puesto que la Declaración establece la posición acordada solamente de algunas de las Partes Contratantes del TCE, mientras que existe desacuerdo dentro de los Estados Miembros de la UE en su conjunto (siendo Partes Contratantes del TCE)<sup>351</sup>. El Tribunal no conoce la posición de las Partes Contratantes del TCE que no son Estados Miembros del UE, pero los documentos que tiene en su poder tienen el efecto de que, incluso entre los Estados Miembros de la UE, no hay un entendimiento común que resulte suficiente a los fines del Artículo 31(3)(a) que se encuentre plasmado en la Declaración de 15 de enero de 2019.

372. Como resultado de los mismos factores, el Tribunal no logra encontrar que la Declaración de 15 de enero de 2019 establezca o refleje una práctica ulterior en la aplicación del TCE “*por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado*” dentro del Artículo 31(3)(b) de la CVDT. El Tribunal sin duda aceptaría que la práctica ulterior, a los fines del mencionado Artículo 31(3)(b), no precise ser de todas las partes del tratado, pero no puede concordar con la posición del Demandado de que los únicos Estados pertinentes son España y Alemania<sup>352</sup>. Todas las Partes Contratantes del TCE tienen un interés en la interpretación del Artículo 26 del TCE, el cual, al fin y al cabo, es vinculante para todas. Respecto del enfoque del Demandado, sería posible tener distintas interpretaciones del Artículo 26 dependiendo de la identidad del Estado anfitrión y del Estado inversor en cualquier caso determinado, lo que no sería ni coherente ni factible. Respecto de los documentos que obran en su poder, el Tribunal ve que un Estado (Hungría) discrepa positivamente con la posición establecida en la Declaración de 15 de enero de 2019, cinco Estados retienen su opinión en forma expresa, mientras que se desconocen las posturas de las Partes Contratantes del TCE que no son Estados Miembros

---

<sup>351</sup> Véase, también, el Comentario de la p. 29, ¶ 4 del “*Proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*” de la ILC, A/73/10, donde se establece: “*La expresión “las partes” indica que es un acuerdo al que han de haber llegado todas las partes en el tratado*”. Conforme nota al pie, Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, [http://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a\\_73\\_10\\_advance.pdf](http://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf). Cf. Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶ 11.

<sup>352</sup> Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶ 12.

de la UE, pero no pueden ser tomadas como condescendientes con la Declaración de 15 de enero de 2019 ni como irrelevantes<sup>353</sup>.

d. ***Conclusión sobre la objeción intra-UE***

373. En función de lo anterior, el Tribunal rechaza la objeción intra-UE del Demandado. Rechaza también la sugerencia de que, en caso de que este Tribunal tuviera alguna duda respecto de la posición, debería remitir el asunto al TJUE mediante un *juge d'appui*<sup>354</sup>. El Tribunal no logra ver cómo podría hacerlo sin el consentimiento de las Partes que comparecen ante él (el cual no fue otorgado), y considera que no puede hacer caso omiso del hecho de que ha sido constituido en virtud del Artículo 26 del TCE para dirimir la cuestión que tiene en manos, y no tiene facultades generales de delegación en virtud del TCE ni del Convenio ni las Reglas de Arbitraje del CIADI.
374. Por último, naturalmente, al Tribunal le preocupa que su laudo sea pasible de ejecución, y subraya la afirmación contenida en la Declaración de 15 de enero de 2019: *“los Estados Miembros defensores solicitarán a los tribunales, incluso de cualquier país tercero, que deben decidir en procedimientos relativos al laudo arbitral de una inversión intra-UE que deje dichos laudos sin efecto o que no los ejecuten debido a la ausencia de consentimiento válido”* [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, la cuestión de reconocimiento y ejecución es, en última instancia, una cuestión que atañe a los tribunales de los Estados Contratantes del CIADI en cuestión de conformidad con el Artículo 54 del Convenio del CIADI y este Tribunal no puede determinar su competencia remitiéndose a cómo los distintos Estados Contratantes, puedan entender y aplicar sus obligaciones en virtud del Artículo 54.

---

<sup>353</sup> Véase, también, la Conclusión 10 del “*Proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*” de la ILC, A/73/10, incluido el Comentario de dicha conclusión y, en particular, el ¶ 3, que reza: “*Las posiciones divergentes acerca de la interpretación expresadas por las partes en un tratado impiden que exista un acuerdo. Este criterio ha sido confirmado, entre otros, por el Tribunal de Arbitraje en el caso German External Debts, en el que determinó que no podía deducirse la existencia de un “entendimiento ulterior tácito” a partir de una serie de comunicaciones de los organismos de la administración debido a que uno de ellos, el Banco de Inglaterra, había expresado una opinión divergente*”. [http://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a\\_73\\_10\\_advance.pdf](http://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf).

<sup>354</sup> Presentación Actualizada de la CE ¶¶ 47-48. El Tribunal también consideró, y rechazó, la sugerencia que planteara el Demandado de que se invitara a Alemania a intervenir respecto de las consecuencias jurídicas de la sentencia *Achmea* para este procedimiento: Comentarios del Demandado sobre la Declaración, 12 de febrero de 2019, ¶ 21.

## D. LA OBJECCIÓN FISCAL

### (1) Las Posiciones de las Partes

#### a. La Posición del Demandado

375. El Demandado sostiene que el Tribunal carece de competencia para dirimir reclamaciones sobre el incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE respecto de las dos Medidas Impositivas que introdujo la Ley 15/2012 de 27 de diciembre de 2012 (“**Ley 15/2012**”), a saber: (i) el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica (“**IVPEE**”) y (ii) el Canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica (“**Canon Hidráulico**”)<sup>355</sup>. Asevera que el IVPEE y el Canon Hidráulico cumplen con la definición de tributos tanto en el derecho español como internacional (remitiéndose a pruebas establecidas en los casos *EnCana c. Ecuador*, *Duke Energy c. Ecuador* y *Burlington Resources Inv. c. República de Ecuador*)<sup>356</sup>.
376. Según el Demandado, no ha prestado su consentimiento para someter esta cuestión a arbitraje ya que, de conformidad con el Artículo 21 del TCE, el Artículo 10(1) del TCE no genera obligaciones respecto de medidas impositivas de las Partes Contratantes. Sostiene que el Artículo 21(7) del TCE prevé que, a los fines del Artículo 21, la expresión “Medida Impositiva” incluye cualesquiera disposiciones relativas a impuestos del derecho interno de la Parte Contratante. Por consiguiente, tanto el IVPEE como el Canon Hidráulico constituyen Medidas Impositivas a los fines del TCE. El Demandado funda su objeción, *inter alia*, en el laudo pronunciado en *Isolux Netherlands BV c. España*<sup>357</sup>.
377. Asimismo, el Demandado alega que, incluso si el Tribunal considerase que lo antedicho no es suficiente y se precisara un análisis adicional en función de evaluar los efectos económicos de dichos tributos, el IVPEE y el Canon Hidráulico son, en cualquier caso, Medidas Impositivas *bona fide*<sup>358</sup>. Afirma que el IVPEE es de aplicación a todas las instalaciones de producción de energía, tanto convencional como renovable, y que los

---

<sup>355</sup> Resp. C-Mem.. ¶ 6; **R-0030**, Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, Artículos 4 y 29.

<sup>356</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 168 -207 y ¶¶ 222-245.

<sup>357</sup> Resp. C-Mem.. ¶ 6, Resp. Skeleton ¶¶ 8-10.

<sup>358</sup> Véase, por ejemplo, Resp. Skeleton ¶ 9; alegato de apertura del Demandado, Día 1/13-27.

generadores de renovables no tienen derecho a trato preferencial que les otorgue beneficios impositivos que no se otorguen a otros. En el caso del Canon Hidráulico, es de aplicación a todas las plantas hidroeléctricas. Además, los tributos no discriminan a los productores de energías renovables (porque, según las Demandantes, éstos no pueden trasladar la carga a los consumidores), y tampoco constituyen un recorte camuflado de tarifas, ya que el coste del gravamen se remunera a dichos productores mediante la retribución que perciben en virtud del régimen regulatorio posterior a 2014.

378. Para respaldar sus argumentos de que el IVPEE y el Canon Hidráulico son medidas impositivas *bona fide* de aplicación general, el Demandado cita el laudo emitido en *Encana Corporation c. Ecuador*<sup>359</sup>. Se afirma también que la Comisión Europea ha confirmado la legalidad del IVPEE en virtud del derecho europeo.

**b. La Posición de las Demandantes**

379. Las Demandantes aseveran que el Artículo 21 del TCE solo es de aplicación a Medidas Impositivas *bona fide*. Sostienen que el Demandado no puede evitar la responsabilidad enmarcando una medida en concepto de impuesto y que el simple hecho de que los impuestos se etiqueten como medidas fiscales no significa automáticamente que se aplique la exención del Artículo 21 del TCE<sup>360</sup>. Por lo tanto, al Tribunal solamente precisa decidir si el IVPEE y el Canon Hidráulico son más coherentes con impuestos *bona fide* o con medidas implementadas bajo un manto impositivo como parte de un plan para privar a las Demandantes de todos los derechos que les asistían con arreglo al Régimen Especial<sup>361</sup>. Las Demandantes aseveran, amparándose en las conclusiones a las que arribara el tribunal de *Yukos*, que: “*cuando, como aquí, existan sospechas fundadas de que el Impuesto del 7% y el Impuesto sobre el Agua son arbitrarios y discriminatorios, el Tribunal puede interponerse en favor de los Demandantes, del mismo modo que hizo el tribunal en Yukos*”<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> **RL-0027**, *Encana Corporation c. República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3481, Laudo, 3 de febrero de 2006.

<sup>360</sup> Cl. Reply ¶¶ 152-160; alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/292-296.

<sup>361</sup> Cl. Reply ¶¶ 147 y 167.

<sup>362</sup> Cl. Reply ¶ 171.



380. Las Demandantes arguyen que la prueba más evidente de que el IVPEE y el Canon Hidráulico no fueron medidas *bona fide* es que el dinero recaudado de estos tributos se destinaba desde los productores de electricidad al presupuesto del Estado con el mero fin de devolver el mismo monto al sistema eléctrico. Este paso intermedio se realizaba a través de los presupuestos del Estado para que las medidas pudieran calificarse como un tributo y no como un recorte tarifario<sup>363</sup>.
381. Asimismo, las Demandantes exponen que su posición se sustenta en diversos factores, a saber: (i) el Ministro de Energía declaró que el Demandado aplicó los impuestos para poder bajar las primas a las instalaciones de energías renovables<sup>364</sup>; (ii) los impuestos son discriminatorios y contrarios a su fin de protección ambiental dado que (a) el IVPEE discrimina a las instalaciones de energías renovables respecto de los generadores de energía convencional, que podían trasladar parte del coste adicional impuesto por el IVPEE a los consumidores finales, y (b) el Canon Hidráulico estaba dirigido a la forma más limpia de electricidad limpia con el supuesto fin de proteger el medio ambiente cuando los fondos recaudados apuntaban a cubrir el Déficit Tarifario del Demandado<sup>365</sup>; y (iii) los impuestos fueron dos de entre otras medidas implementadas por el Demandado como parte de un esquema para privar a las Demandantes de los derechos que les corresponden en virtud del Régimen Especial<sup>366</sup>. En este último aspecto, de forma congruente con *Quasar de Valors c. Rusia*, el Tribunal debe efectuar una evaluación integral de los hechos y, del mismo modo respecto de *RosInvest c. Rusia*, considerar las medidas del Demandado en su totalidad, inclusive respecto de su efecto acumulativo sobre las Demandantes<sup>367</sup>.
382. Respecto de su naturaleza discriminatoria, las Demandantes afirman que las dos medidas no se relacionan con su supuesto fundamento de beneficiar el medio ambiente. Por el contrario, si bien se introdujo la Ley 15/2012 con un preámbulo que hace remisión al

---

<sup>363</sup> Cl. Reply ¶ 173; **C-0019**, Ley 15/2012 de 27 de diciembre de 2012, disposición adicional segunda.

<sup>364</sup> Cl. Skeleton ¶ 9; **C-0108**, Patricia Carmona & Javier Mesones, Entrevista al Ministro de Industria, *La Gaceta*, 14 de octubre de 2012.

<sup>365</sup> Cl. Reply ¶¶ 185-186; Cl. Skeleton ¶ 10.

<sup>366</sup> Cl. Reply ¶ 209.

<sup>367</sup> **CL 0128**, *Encana Corporation c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3481, Laudo, 3 de febrero de 2006.

sustento al medio ambiente y a la política ambiental de la UE, las medidas constituyen un recorte de las FIT, que se habían diseñado específicamente para incrementar la inversión en el sector de energías renovables español. El Dossier Regulatorio<sup>368</sup> elaborado respecto de la adopción de la Ley demuestra que España no consideró estos efectos. De hecho, la Ley produce el efecto contrario, no se ocupa de ello el legislador ni contempla alternativas, lo que demuestra que el verdadero fin de España no era introducir una medida ambiental sino implementar un recorte de tarifas encubierto<sup>369</sup>.

383. Por último, las Demandantes arguyen que la caracterización que hace el Demandado del IVPEE y del Canon Hidráulico como impuestos en virtud de su derecho interno no es determinante en cuanto a si aplica la exención del Artículo 21 del TCE<sup>370</sup>. El IVPEE y el Canon Hidráulico fueron enmarcados intencionalmente como impuestos en virtud de la ley española para incumplir los compromisos del Demandado para con las Demandantes sin incurrir en responsabilidad con arreglo al TCE. Incluso si dichos tributos se enmarcasen dentro de la definición de impuestos en el derecho internacional o en el derecho de la UE, ello no significa que las medidas sean *bona fide* porque fueron usadas como una reducción de aranceles subrepticia dirigida a las instalaciones de energías renovables<sup>371</sup>.

## (2) El Análisis del Tribunal

384. En virtud de las partes pertinentes del Artículo 21(1) y (7) del TCE:

“(1) 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 a las medidas impositivas de las Partes Contratantes. En caso de que hubiese incompatibilidad entre el presente artículo y cualquier otra disposición del Tratado, prevalecerá lo dispuesto en el presente artículo en la medida en que haya incompatibilidad.

...

---

<sup>368</sup> C-0226, Dossier Regulatorio, Ley 5/2012, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, Memoria p. 13.

<sup>369</sup> Cl. Reply ¶¶ 192-206.

<sup>370</sup> Cl. Reply ¶¶ 221 y 228.

<sup>371</sup> Cl. Reply ¶¶ 222-227.

(7) A efectos del presente artículo:

(a) El término "medida impositiva" incluye:

(i) las disposiciones sobre impuestos de la legislación nacional de la Parte Contratante, o de una subdivisión política de la misma o de una autoridad local dentro de ésta; y

(ii) las disposiciones sobre impuestos de cualquier convenio para evitar la doble imposición y de cualquier acuerdo o arreglo internacional al que esté vinculada la Parte Contratante.

(b) Se considerará impuesto sobre la renta o el capital cualquier impuesto sobre la totalidad de la renta, la totalidad del capital o partes de la renta o del capital, incluidos los impuestos sobre ganancias derivadas de la enajenación de bienes, los impuestos sobre la propiedad inmobiliaria, las herencias o donaciones u otros impuestos semejantes, los impuestos sobre el total de las remuneraciones o salarios pagados por las empresas, y los impuestos sobre las plusvalías del capital”.

385. Pareciera desprenderse de la simple lectura de los Artículos 4-11 y 29 de la Ley 15/2012 que el IVPEE y el Canon Hidráulico se enmarcan dentro de la definición amplia de Medidas Impositivas del Artículo 21(7), siendo, en cada caso, una “*disposici[ón] sobre impuestos de la legislación nacional de la Parte Contratante*”. El Tribunal Constitucional español, mediante Sentencia de fecha 6 de noviembre de 2014, desestimó la inconstitucionalidad del IVPEE<sup>372</sup>, por lo que este Tribunal no tiene fundamentos para considerarlo distinto a un tributo válido en el derecho español. La misma conclusión se aplica en lo que atañe al Canon Hidráulico. De hecho, esto parece contar con la amplia aceptación de las Demandantes, las cuales, según se destaca *supra*, alegan que la caracterización que hiciera el Demandado de una medida determinada como tributo dentro de su derecho interno no puede ser determinante a los fines del Artículo 21.

386. El Tribunal también acepta la posición del Demandado de que el IVPEE y el Canon Hidráulico se enmarcarían dentro de las descripciones de medidas impositivas o cuestiones tributarias conforme otros casos, como ser *EnCana c. Ecuador y Burlington*

---

<sup>372</sup> Resp. C-Mem.. ¶¶ 179-181, que hacen referencia a **R-0043**, Sentencia 183/2014, de 6 de noviembre de 2014, del Pleno del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad número 1780-2013 en relación con los artículos 4, 5 y 8 de la Ley 15/2012 (y otras normas).

*c. Ecuador*, es decir, son medidas establecidas mediante ley, que imponen una obligación sobre una clase de personas de pagar dinero al Estado para fines públicos. Una vez más, esto no fue objetado con seriedad por las Demandantes (sujetas a su punto de que el dinero se paga directamente desde el presupuesto del Estado al sistema eléctrico español), y caracterizaron de irrelevantes estos argumentos del Demandado<sup>373</sup>.

387. En cambio, las Demandantes han caracterizado que la cuestión principal para el Tribunal es determinar si el IVPEE y el Canon Hidráulico son tributos *bona fide* o, por el contrario, se trata de medidas implementadas bajo un manto impositivo: en el último caso, no pueden tratarse de Medidas Impositivas a los fines de la exención del Artículo 21<sup>374</sup>.

388. El Tribunal destaca que la posición de las Demandantes sobre la correcta interpretación de las Medidas Impositivas en virtud del Artículo 21 no es tan clara como parece a primera vista. Mediante los Artículos 21(3) y (5), las Partes del TCE incluyeron adaptaciones o excepciones específicas a la exclusión efectuada por el Artículo 21(1) respecto de los Artículos 10(2) y (7) y del Artículo 13 (expropiación), y aun así, no hay equivalente respecto del Artículo 10(1). Podría fácilmente sostenerse que el Artículo 21(1) establece una exclusión de carácter general para las Medidas Impositivas definidas, sujeta únicamente a determinadas excepciones especificadas relativas a (*inter alia*) conductas arbitrarias o discriminatorias en escenarios limitados como la expropiación, y que si las Partes del TCE hubiesen deseado hacer una excepción para el Artículo 10(1) respecto de las Medidas Impositivas que supuestamente no eran *bona fide* (que podría tener el efecto de permitir múltiples reclamaciones toda vez que los inversores no estuvieran satisfechos con las Medidas Impositivas), efectivamente la habrían hecho<sup>375</sup>.

389. Sin embargo, como también fue la conclusión a la que arribó el tribunal que entendió en la causa *Eiser* respecto del IVPEE<sup>376</sup>, el Tribunal no considera que precise decidir la

---

<sup>373</sup> Cl. Reply ¶¶ 223-225.

<sup>374</sup> Cl. Reply ¶¶ 147, 221 y 228.

<sup>375</sup> Cf. Cl. Reply ¶¶ 159 y 215, que hace referencia a **CL-0124**, *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. La Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Final de 18 de julio de 2014, ¶¶ 1407 y 1433. Se subraya que los supuestos hechos que consideró el tribunal en *Yukos* no son en modo alguno análogos a aquellos que se presentan en este procedimiento.

<sup>376</sup> **CL-0170**, *Eiser* ¶ 269.

cuestión de si el Artículo 21(1) excluye únicamente a las Medidas Impositivas *bona fide*. Considera que las Demandantes no han demostrado, ni *prima facie* ni de otro modo<sup>377</sup>, que el IVPEE y el Canon Hidráulico fueron efectuados de mala fe y formaron “*parte de un plan para privar a los Demandantes de los derechos que el Real Decreto 661/2007 les otorga*”<sup>378</sup>.

390. La posición de las Demandantes es que el IVPEE y el Canon Hidráulico constituyen recortes tarifarios camuflados. Con todo, ello no bastaría para plantear sus argumentos, dado que las medidas han sido formuladas en la legislación interna como “tributos”, designación que las Demandantes no han logrado objetar remitiéndose al derecho interno ni a los criterios sugeridos en otros casos relativos a tratados en materia de inversiones, de modo que los intentos de las Demandantes que se limitan a establecer una recharacterización bien pueden no derivarse en que el IVPEE y el Canon Hidráulico escapen de la amplia definición de “*disposiciones sobre impuestos de la legislación nacional de la Parte Contratante*”. Por ende, el caso que plantean las Demandantes va más allá, y se dice que España buscaba “*sortear la disposición de estabilización del Real Decreto 661/2007*” en circunstancias en las que “*era plenamente consciente de que los cambios adversos a las inversiones existentes realizados conforme al Real Decreto 661/2007 habían provocado reclamaciones de inversores extranjeros, que hacían valer sus derechos en virtud del TCE*”, que España había contratado asesoría legal y debía estar familiarizado con la exención del Artículo 21, de modo que: “*la intervención debía ser que el Impuesto del 7% y el Impuesto sobre el Agua se presentasen como impuestos con el fin de evitar responsabilidades por incumplir los derechos de los inversores en virtud del TCE*”<sup>379</sup>.

391. En circunstancias donde, apenas siete meses después, España efectivamente reemplazó el régimen de retribución del RD 661/2007 mediante la adopción del RDL 9/2013 (en incumplimiento del Artículo 10(1) en el caso planteado por las Demandantes), esta serie de afirmaciones dista de ser convincente, incluso porque, siguiendo el enfoque de las

---

<sup>377</sup> Cf. Cl. Reply ¶ 171.

<sup>378</sup> Cl. Reply ¶¶ 169 y 184.

<sup>379</sup> Cl. Reply ¶¶ 181-183.

Demandantes, el Demandado, al elaborar la Ley 15/2012, presumiblemente también habría sido informado sobre los requisitos de cumplimiento de buena fe de sus obligaciones en virtud del TCE y el riesgo de reclamaciones al amparo de dicho tratado si no actuaba de buena fe. Asimismo, aunque parece que se esperaba que el IVPEE tuviera un mayor impacto en el sector de energías renovables, no obstante, también fue un tributo impuesto al Régimen Ordinario, y las pruebas de las Demandantes no demuestran que el IVPEE fue diseñado específicamente para las instalaciones de energías renovables en lugar de tratarse de una medida de la que se esperaba que tuviera un mayor impacto en dichas instalaciones<sup>380</sup>. Respecto del Canon Hidráulico, las Demandantes consideran que “*no tiene sentido que una ley concebida ostensiblemente para la mejora del medio ambiente introdujese un impuesto exclusivamente sobre el uso del agua para producir electricidad y nada más*”<sup>381</sup>, pero ello ni se acerca a señalar, y mucho menos a demostrar, la mala fe.

392. No hay prueba testimonial o documental que sustente una conclusión en el sentido de que el IVPEE y/o el Canon Hidráulico se hayan encubierto como tributos con miras a vencer posibles reclamaciones en virtud del TCE. Además, las decisiones del Tribunal Supremo español sobre las modificaciones al Régimen Especial habrían instado al Demandado a considerar que no hubo una “*disposición de estabilización*” en el RD 661/2007 (véase la Sección IV.D *supra*) y no se ha demostrado que el Demandado haya considerado que un recorte tarifario hubiera configurado una violación del TCE (mientras que se encuentra implícito en las afirmaciones de las Demandantes que el Demandado debe haberlo creído). Las Demandantes se fían de una declaración del ex Ministro de Energía de octubre de 2012: “*podríamos haber optado por una reducción de las primas y optamos en cambio por las medidas fiscales. Había distintas alternativas sobre la mesa...*”<sup>382</sup>. Pero ello ni se acerca a probar la mala fe: no hay sugerencia alguna aquí de que el Ministro considerara que una reducción en los pagos no hubiera sido permisible

---

<sup>380</sup> Cf. Cl. Reply ¶¶ 197-200.

<sup>381</sup> Cf. Cl. Reply ¶ 205.

<sup>382</sup> Cl. Reply ¶ 180; **C-0108**, Patricia Carmona & Javier Mesones, Entrevista al Ministro de Industria, *La Gaceta*, 14 de octubre de 2012.

en virtud del TCE, mientras que la referencia abierta a la reducción de las primas es incoherente con la existencia de un motivo para disimular.

393. La conclusión del Tribunal es que no se ha demostrado el caso de que el IVPEE y/o el Canon Hidráulico no fueron Medidas Impositivas *bona fide*, y que procede la aplicación del Artículo 21(1) del TCE. De allí se infiere que el Artículo 10(1) no impone obligación alguna respecto del IVPEE y/o el Canon Hidráulico y que, por consiguiente, no hay fundamento que sustente ninguna reclamación del Artículo 10(1) en relación a ello.

## VI. RESPONSABILIDAD

394. Las Demandantes argumentan que el Demandado, mediante los actos y omisiones de sus órganos, así como de sus agencias y entidades bajo su dirección y control, ha tomado varias medidas ilícitas que han vulnerado el Artículo 10(1) del TCE que han provocado pérdidas sustanciales en las inversiones de las Demandantes en España. Dichas acciones supuestamente ilícitas incluyen, entre otras, el RDL 2/2013, RDL 9/2013, la Ley 24/2013, el RD 413/2014 y la orden de junio de 2014 (las **Medidas en Disputa**)<sup>383</sup>.
395. El caso que plantean las Demandantes es que el Demandado ha incumplido el Artículo 10(1) del TCE, a saber:
- 1) por no haber creado ni mantenido condiciones de inversión que sean “estables, equitativas, favorables y transparentes”;
  - 2.) por no haberle concedido a las Demandantes un “trato justo y equitativo” (a) frustrando las expectativas legítimas de RWE, (b) actuando de manera no transparente, y/o (c) empleando medidas exorbitantes, arbitrarias y desproporcionadas;
  - 3.) por haber perjudicado a las inversiones mediante “medidas exorbitantes o discriminatorias”; y

---

<sup>383</sup> Cl. Mem. ¶ 425. Conforme se las define en el Memorial de las Demandantes, las Medidas en Disputa incluyen la Ley 15/2012. Dado que el Tribunal ha concluido que carece de competencia para entender las reclamaciones relativas a la Ley 15/2002, la ha excluido de la definición.

- 4) por no haber observado las obligaciones asumidas para con RWE o sus inversiones (violación de la Cláusula Paraguas)<sup>384</sup>.

## A. DERECHO APLICABLE

396. El Artículo 42(1) del Convenio del CIADI dispone:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

397. El Artículo 26(6) del TCE establece lo siguiente:

“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”<sup>385</sup>.

398. Según se desprende de lo antedicho, el Tribunal decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al Tratado sobre la Carta de la Energía y a las normas y principios del Derecho Internacional aplicables. En la medida que el TCE o cualesquiera otras normas y principios de derecho internacional aplicables exijan la remisión a alguna otra fuente del derecho, el Tribunal efectuará dicha remisión.

## B. ATRIBUCIÓN Y AUTORIZACIÓN

399. Las Demandantes alegan que los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos del año 2001 de la Comisión de Derecho Internacional (los “**Artículos de la CDI de 2001**”) resultan aplicables al presente caso porque el TCE no contiene ninguna disposición específica sobre cuestiones relativas a atribución<sup>386</sup>. El Tribunal acepta que en la medida en que los Artículos de la CDI de 2001

---

<sup>384</sup> Cl. Mem. ¶ 428; Cl. Skeleton ¶ 48.

<sup>385</sup> **C-0001**, Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante “**TCE**”), Art. 26(6).

<sup>386</sup> Cl. Mem. ¶ 410; **CL-0018**, Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional, Anexo a la Resolución 56/83 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 2001, corregido por el documento A/56/49 (Vol. I) Corr. 4 (2002) (en adelante “**Artículos de la CDI de 2001**”); véase también **CL-0019**, *Siemens A.G. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo de 6 de febrero de 2007, ¶ 350 (que indica que “[e]l Proyecto de Artículos se consideran en la actualidad para reflejar de forma más precisa el derecho internacional consuetudinario sobre responsabilidad del Estado”). [Traducción del Tribunal]



reflejen el derecho internacional consuetudinario pueden considerarse aplicables con arreglo al Artículo 26(6) del TCE.

400. En virtud de los Artículos 4-5 y 8 de los Artículos de la CDI de 2001, España es responsable por los actos u omisiones de: sus órganos, entidades o personas que ejerzan atribuciones de la autoridad gubernamental, y entidades o personas a las cuales España dirige o controla. A saber:

a) El Artículo 4 de los Artículos de la CDI de 2001 dispone lo siguiente:

“1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”<sup>387</sup>.

b) El Artículo 5 de los Artículos de la CDI de 2001 dispone lo siguiente:

“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”<sup>388</sup>.

c) El Artículo 8 de los Artículos de la CDI de 2001 dispone lo siguiente:

“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”<sup>389</sup>.

401. Según las Demandantes, en el presente caso los órganos españoles son los siguientes: “(i) *el ejecutivo; o el Gobierno de España (incluido el Ministerio, la Secretaría de Estado de Energía y, de manera más general, todos los Ministros y Viceministros del Gobierno de*

---

<sup>387</sup> CL-0018, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 4.

<sup>388</sup> CL-0018, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 5.

<sup>389</sup> CL-0018, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 8.

*España) incluyendo, inter alia, aquellos que aprobaron el Acuerdo de julio de 2010 y que aprobaron la Ley 15/2012, los RDL 2/2013, RDL 9/2013, RD 413/2014 y la Orden de junio de 2014; y (ii) el legislativo ("las Cortes"), que comprende el Congreso de los Diputados y el Senado, que aprobaron la Ley 15/2012 y la Ley 24/2013"*<sup>390</sup>. Es correcto, lisa y llanamente. que los poderes ejecutivo y legislativo españoles constituyen órganos del Estado. Además, se alega que el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (el IDAE)<sup>391</sup> e InvestinSpain<sup>392</sup> califican también como órganos del Estado, o que el Demandado es responsable por la conducta de dichos órganos conforme al Artículo 8 de los Artículos de la CDI de 2001<sup>393</sup>. El Demandado no impugna estas alegaciones, y el Tribunal acepta que, en términos generales, los actos de IDAE e InvestinSpain en el presente caso son atribuibles al Demandado.

402. Asimismo, las Demandantes alegan que, de conformidad con el Artículo 5 de los Artículos de la CDI, el Demandado es responsable por los actos u omisiones de la CNE - porque la CNE está controlada por el Ministerio y tiene la facultad de ejercer atribuciones de la autoridad de gobierno, lo cual conlleva a que su conducta sea atribuible a España<sup>394</sup>. El Demandado no ha impugnado lo precedente de forma expresa, si bien se deben tener presente las funciones específicas de la CNE cuando se considera cualquier cuestión en materia de atribución. La CNE es un organismo regulador y sus facultades eran, en todo momento y en tanto relevantes, generalmente de asesoramiento<sup>395</sup>.

---

<sup>390</sup> Cl. Mem., ¶ 416.

<sup>391</sup> IDAE es una entidad pública con personería jurídica propia pero depende directamente del Ministerio.

<sup>392</sup> InvestinSpain es una empresa privada controlada directamente por el gobierno español. Fue establecida por el Ministerio de Economía y Competitividad por intermedio de la Secretaría de Estado de Comercio. Las Demandantes observan que, si bien InvestinSpain tiene formalmente una personería jurídica propia con arreglo al derecho español, ello no resulta concluyente en materia de derecho internacional ya que una entidad que tiene una personería jurídica independiente puede ser, aun así, un órgano del Estado conforme al derecho internacional. Véase **C-0059**, "Quiénes somos", sitio web de InvestinSpain.

<sup>393</sup> Cl. Mem. ¶¶ 417-420. **CL-0018**, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 8.

<sup>394</sup> Cl. Mem. ¶¶ 421-422. **CL-0018**, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 5. La CNE está controlada por el Ministerio y tiene la facultad de emitir normas de carácter obligatorio: puede emitir instrucciones para el desarrollo y formalización de reales decretos y órdenes ministeriales que se publican en el Boletín Oficial. Ofrece recomendaciones al Ministerio sobre reglamentaciones y medidas de fijación de precios. Además, emitió las liquidaciones mensuales por medio de las cuales los distribuidores españoles de energía eléctrica debían retribuir a los participantes del mercado.; **C-0159**, "Presentación", sitio web de la CNE, disponible en <[www.cne.es/cne/contenido.jsp?id\\_nodo=3&&&keyword=&auditoria=F](http://www.cne.es/cne/contenido.jsp?id_nodo=3&&&keyword=&auditoria=F)>.

<sup>395</sup> Tal como se señalara en **C-0103**, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica), p. 30: "La CNE (Comisión Nacional de

## C. ARTÍCULO 10(1) DEL TCE: CUESTIONES DE INTERPRETACIÓN RESPECTO DE CONDICIONES ESTABLES Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

403. Si bien hay varios elementos diferentes respecto del caso de las Demandantes sobre el incumplimiento del Artículo 10(1), la mayor preponderancia está dada en las reclamaciones fundadas en las supuestas expectativas legítimas y la supuesta falta de provisión de condiciones estables para la inversión. El Tribunal considera en primer lugar estos elementos del caso de las Demandantes, y observa que hay cierta superposición en la forma en la cual las Partes han formulado y planteado estos dos elementos, así como en la forma en la cual se han analizado los conceptos de expectativas legítimas y estabilidad en varios casos anteriores. Respecto de las cuestiones jurisdiccionales y las cuestiones sobre responsabilidad adicionales, el Tribunal ha considerado no sólo las posiciones de las Partes, conforme se sintetizan *infra*, sino también los numerosos argumentos detallados en sus escritos y Autoridades Legales presentados. En la medida en que no se hace referencia a estos argumentos de forma expresa, se han subsumido en el análisis del Tribunal.

### (1) Las Posiciones de las Partes

#### a. *La Posición de las Demandantes*

404. El punto de partida de las Demandantes radica en que el TCE debe interpretarse por referencia a los Artículos 31 y 32 de la CVDT<sup>396</sup>. En particular, el TCE “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”<sup>397</sup>.

405. Las Demandantes describen al TCE como el primer tratado multilateral de inversión que contiene disposiciones vinculantes sobre la promoción y protección de las inversiones, específicamente respecto del sector energético<sup>398</sup>, y alegan que el TCE dispone un

---

Energía) fue creada por la Ley de Hidrocarburos (Ley 34/1998) y actúa como ente regulador del sector energético. Actualmente, las facultades de la CNE se limitan a la consulta, participación, inspección, arbitraje y entrega de informes”. [Traducción del Tribunal]

<sup>396</sup> Cl. Mem., ¶ 390.

<sup>397</sup> Cl. Mem., ¶ 392.

<sup>398</sup> Cl. Mem., ¶ 393; CL-0005, A. Konoplyanik & T. W. Wälde, “Energy Charter Treaty and its Role in International Energy” (2006) 24 *Journal of Energy & Natural Resources Law* 523, que indica en la p. 528 que el TCE “puede

estándar de protección que excede los correspondientes en tratados de inversión típicos<sup>399</sup>. Hacen hincapié en que las inversiones en materia de energía son diferentes a muchos otros tipos de inversión porque son inversiones de capital intensivo, entre otros factores. Las Demandantes señalan, invocando el sustento del Artículo 2 del TCE y la Carta Europea de la Energía de 1991, que ello hace que un marco jurídico y regulatorio estable, predecible y transparente sea un *sine qua non* para las inversiones en materia de energía<sup>400</sup>.

406. Por referencia a los trabajos del Profesor Wälde y otras fuentes, las Demandantes señalan que, al amparo del TCE, el Estado receptor goza de menos libertad regulatoria respecto de regímenes contemplados en otros tratados de inversión, y que la redacción del TCE impone varios controles sobre el Estado. Por lo tanto, si bien el TCE reconoce la autoridad legislativa y regulatoria de las Partes Contratantes respecto de cuestiones inherentes a los intereses nacionales fundamentales, también circunscribe dicha autoridad de forma minuciosa en favor de las obligaciones relativas a inversiones asumidas por dichos Estados al amparo del TCE respecto del trato que se debe proporcionar a los inversores extranjeros y a las inversiones del sector energético<sup>401</sup>.
407. La posición de las Demandantes, tal como fuera confirmada por el tribunal en *Blusun*<sup>402</sup>, radica en el que Artículo 10(1) del TCE establece en su primera oración un compromiso independiente que garantiza la estabilidad regulatoria, mientras que cualquier interpretación en contrario frustraría el propósito del Artículo 10(1)<sup>403</sup>.

---

considerarse como el tratado multilateral de inversión de mayor alcance; es distinto a cualquier otro tratado bilateral por el hecho de que solamente es aplicable en materia energética - definida de forma amplia”. [Traducción del Tribunal]

<sup>399</sup> Cl. Mem., Sección 12; Cl. Skeleton ¶ 50.

<sup>400</sup> Cl. Mem., ¶¶ 395-399. También Cl. Mem., ¶ 408, que hace referencia a **CL-0007**, Secretariado de la Carta de la Energía, “Decision of the Energy Charter Conference, Subject: Road Map for the Modernization of the Energy Process”, Secretariado de la Carta de la Energía, 24 de noviembre de 2010, Sección D, p. 6.

<sup>401</sup> Cl. Mem. ¶ 407; alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/205-214.

<sup>402</sup> Cl. PHB ¶¶ 18-19; **CL-0187**, *Blusun* ¶ 319(1).

<sup>403</sup> Alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/205-209; Cl. PHB ¶ 17.

408. Asimismo, alegan que la obligación de ofrecer un marco regulatorio estable constituye un elemento esencial del estándar de Trato Justo y Equitativo (“**TJE**”)<sup>404</sup>, en especial en el contexto de la primera oración del Artículo 10(1) del TCE<sup>405</sup>. Según las Demandantes, incluso si se concluyera que la primera oración del Artículo 10(1) del TCE no contiene una obligación independiente de garantizar la estabilidad regulatoria, el estándar de TJE exige a las Partes Contratantes del TCE mantener un marco regulatorio estable<sup>406</sup>.
409. Las Demandantes señalan que los tribunales constituidos en virtud de tratados de inversión han considerado, en términos generales, una cierta cantidad de factores no acumulativos para identificar si se ha vulnerado el estándar de TJE, incluyendo (i) el incumplimiento de las expectativas razonables y legítimas del inversor al momento de realizar la inversión, (ii) si el Estado no ofreció estabilidad regulatoria, (iii) la transparencia, la conducta arbitraria o no razonable, y (v) si los actos del Estado fueron desproporcionados<sup>407</sup>. Hacen hincapié en que el estándar de TJE (Artículo 10(1) del TCE), y el estándar de trato nacional (Artículo 10(7)) son estándares diferentes de protección al inversor al amparo del TCE, y que la Convención de Viena no permite interpretar el TCE como si dichas protecciones independientes fueran iguales<sup>408</sup>.
410. En particular, las Demandantes expresan que “[u]n elemento crucial en la obligación del Estado de garantizar el TJE para las inversiones es el principio general de que el Estado no debe frustrar las expectativas razonables y legítimas de un inversor extranjero en las

---

<sup>404</sup> **CL-0053**, *Metalclad Corporation c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/1, Laudo de 30 de agosto de 2000, ¶ 99: “México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad”. Véase también **CL-0038**, *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo de 12 de mayo de 2005 (en adelante “**CMS, Laudo**”), ¶ 274: “No puede caber en consecuencia duda alguna de que la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo”. Véase también, **CL-0025**, *Enron Creditors Recovery Corporation (ex Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo de 22 de mayo de 2007 (en adelante “**Enron**”), ¶ 260: el tribunal de arbitraje consideró que el elemento esencial del estándar de TJE es un marco estable para la inversión. Véase también **CL-0039**, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad de 3 de octubre de 2006 (en adelante “**LG&E**”), ¶¶ 124-125 y 131. Véase también **CL-0037**, *Occidental Exploration y Production Company c. La República de Ecuador*, CNUDMI, Laudo Final de 1 de julio de 2004 (en adelante “**Occidental**”), ¶ 183.

<sup>405</sup> Cl. Mem., ¶ 474; Cl. Reply ¶ 561.

<sup>406</sup> Cl. PHB ¶¶ 20-21.

<sup>407</sup> Cl. Mem., ¶ 441.

<sup>408</sup> Cl. Reply ¶ 496.

que dicho inversor se basó en el momento en que realizó su inversión”<sup>409</sup>. Ello no significa que “el Estado receptor deba congelar completamente su régimen regulatorio”, si bien señalan que cuando se formalizó el TCE “España aceptó limitaciones de su poder para alterar el marco normativo aplicable a las inversiones de los Demandantes”<sup>410</sup>.

411. Se señala que un elemento particularmente importante de las expectativas legítimas “es la protección frente a las medidas del Estado que amenacen la estabilidad del marco jurídico y comercial en razón del cual un inversor realizó su inversión”<sup>411</sup>, y se hace referencia al respecto en *CMS c. Argentina, Occidental c. Ecuador, LG&E c. Argentina, y PSEG c. Turquía*<sup>412</sup>. Además, su caso radica en que el marco jurídico del Estado relativo a la inversión puede contribuir a la creación de una expectativa legítima por parte del inversor. Dicho marco jurídico “consiste normalmente en la legislación y tratados, y en las garantías incluidas en decretos, licencias y garantías o compromisos ejecutivos similares”<sup>413</sup>.
412. Las Demandantes hacen hincapié en que los tribunales que decidieron casos con arreglo al TCE han sostenido que el Artículo 10.1 del TCE incluye la protección de las expectativas legítimas, incluyendo los laudos en *Charanne y Eiser*<sup>414</sup>.

---

<sup>409</sup> Cl. Mem. ¶ 456; Véase, por ejemplo, **CL-0034**, *Saluka Investments B. V. c. La República Checa*, CNUDMI Laudo Parcial sobre Jurisdicción y el Fondo de 17 de marzo de 2006 (en adelante “*Saluka*”), ¶ 302; **CL-0032**, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo de 29 de mayo de 2003 (en adelante “*Tecmed*”), ¶ 154; y **CL-0045**, *CME Czech Republic B. V. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial de 13 de septiembre de 2001, ¶ 611, que concluye incumplimiento del estándar de TJE debido a que el Estado receptor “desmanteló los compromisos sobre los cuales el inversor extranjero fue inducido a invertir.” [Traducción del Tribunal]

<sup>410</sup> Cl. Mem., ¶ 457. Véase también alegato de clausura de las Demandantes, Día 5/105-106.

<sup>411</sup> Cl. Mem., ¶ 458.

<sup>412</sup> Cl. Mem. ¶¶ 458-460; **CL-0038**, *CMS*, ¶ 274; **CL-0037**, , ¶ 183; **CL-0039**, *LG&E*, ¶ 131; **CL-0050**, *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. La República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo de 19 de enero de 2007, (en adelante “*PSEG*”) ¶ 250.

<sup>413</sup> Cl. Mem. ¶ 462; **CL-0031**, R. Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: Today's Contours” (2014) 12 Santa Clara Journal of International Law 7, p. 22; **CL-0025**, *Enron*, ¶¶ 264-266; **CL-0039**, *LG&E*, ¶¶ 130 y 133.

<sup>414</sup> Cl. PHB ¶ 26; **CL-0051**, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo de 27 de agosto de 2008 (en adelante “*Plama*”) ¶ 178; **CL-0073**, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A. y Terra Raf Trans Trading Ltd c. República de Kazajstán*, Arbitraje CCE No. 116/2010, Laudo de 19 de diciembre de 2013 (en adelante “*Anatolie Stati*”) ¶ 1087; **CL-0182**, *AES Corporation y Tau Power B.V. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/10/16, Laudo de 1 de noviembre de 2013, ¶ 291; **CL-0173**, *Limited Liability Company Amto c. Ucrania*, Arbitraje No. 080/2005, Laudo Final de 26 de marzo de 2008, ¶ 99; **CL-0094**, *Charanne* ¶ 514; **CL-0170**, *Eiser*, ¶ 382.

413. Las Demandantes alegan que la prueba adecuada para evaluar la existencia de expectativas legítimas fue establecida en el caso *Micula*, y señalan que versaba sobre una matriz fáctica similar con un esquema de incentivos a la inversión de largo plazo implementado por medio de la legislación con el propósito de inducir la inversión<sup>415</sup>. Sobre la base de *Micula*, expresan que para establecer expectativas legítimas al amparo del Artículo 10.1 del TCE debe demostrarse lo siguiente: “(a) que España hizo una promesa o garantía; (b) que RWE confió en dicha promesa o garantía como cuestión de hecho; y (c) que dicha confianza (y expectativa) era razonable” [Traducción del Tribunal]. Se estima que la prueba del caso *Micula* es consistente con la posición de España<sup>416</sup>.
414. Asimismo, las Demandantes expresan que el TCE no contiene excepciones relevantes respecto de las obligaciones de España en materia de TJE. La excepción receptada en el Artículo 10(8) resulta aplicable solamente a “*investigación y desarrollo de tecnologías energéticas*”, lo cual no es materia de controversia en el presente caso. Del mismo modo, la excepción del Artículo 9(4) no resulta aplicable porque solamente se relaciona con obligaciones de las Partes Contratantes relativas a la promoción de las condiciones que permitan el acceso al mercado de capitales de una Parte Contratante<sup>417</sup>. Las Demandantes observan que la excepción que establece el Artículo 24(2) respecto de las medidas “necesarias para proteger la vida o la salud humanas, animales o vegetales” no resulta aplicable al Artículo 10(1) y a otras disposiciones de la Parte III del TCE, y señalan que la protección al inversor se priorizaba por lo tanto por sobre dichas cuestiones<sup>418</sup>.

**b. *La Posición del Demandado***

415. El Demandado alega que los objetivos fundamentales del TCE son: (i) la no discriminación y (ii) el fomento de la determinación de los precios en función del mercado<sup>419</sup>, y no la protección incondicional de los inversores extranjeros por medio del

---

<sup>415</sup> Cl. PHB ¶ 32; CL-0052, *Micula*, ¶ 668.

<sup>416</sup> Cl. PHB ¶¶ 34-35.

<sup>417</sup> Cl. Reply ¶¶ 500-502.

<sup>418</sup> Cl. PHB ¶¶ 97-99; Transcripción de la Audiencia Día 1, 220-229

<sup>419</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 848-850; Rej. ¶¶ 932 y 936.

estándar de TJE o el Trato Nacional<sup>420</sup>. Señala que la protección a las inversiones debe ser entendida en el contexto del TCE, y que las Demandantes no reconocen los objetivos y principios verdaderos consagrados en la Carta de la Energía Europea<sup>421</sup>. A saber:

“fomentar el desarrollo de un mercado eficaz de la energía en toda Europa, y un mejor funcionamiento del mercado mundial, basándose en ambos casos en el *principio de la no discriminación* y en una *determinación de los precios en función del mercado*, teniendo en cuenta las preocupaciones manifestadas en relación con el medio ambiente”<sup>422</sup>.

416. En opinión del Demandado, estos objetivos son inconsistentes con el mantenimiento de la sobre-retribución que distorsiona el libre mercado<sup>423</sup>. Hace referencia también a una diversidad de casos en sustento de su proposición de que el estándar de TJE al amparo del TCE exige un ejercicio equilibrado entre los intereses del inversor y el interés público que guía las acciones del Estado<sup>424</sup>.
417. El Demandado describe la primera oración del Artículo 10(1) como “*soft law*”<sup>425</sup>, si bien no cuestiona la existencia de cierta forma de obligación de estabilidad derivada del Artículo 10(1) como parte del compromiso de proporcionar TJE<sup>426</sup>. Al respecto, el Demandado hace referencia a la declaración en *Plama Consortium c. Bulgaria* respecto de que “*las condiciones estables y equitativas son evidentemente parte del estándar de trato justo y equitativo al amparo del TCE*” [Traducción del Tribunal], pero hace hincapié en que ello no significa que las Demandantes gocen del beneficio de la cláusula de estabilización<sup>427</sup>.

---

<sup>420</sup> Resp. Rej. ¶ 953.

<sup>421</sup> Resp. Rej. ¶ 935.

<sup>422</sup> **RL-0006**, Carta Europea de la Energía, Título I “Objetivos.” Énfasis agregado por el Demandado.

<sup>423</sup> Resp. Skeleton ¶ 42, que hace referencia a **RL-0048**, *Electrabel S.A. c. Hungría*, Laudo de 25 de noviembre de 2015, ¶ 165 (en adelante “*Electrabel, Laudo*”), y otros casos.

<sup>424</sup> Resp. Rej. ¶ 935.

<sup>425</sup> Resp. C-Mem. ¶ 852.

<sup>426</sup> Por ejemplo, Resp. C-Mem. ¶¶ 924-934.

<sup>427</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 926-928, que hace referencia a **RL-0034**, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo de 27 de agosto de 2008 (en adelante “*Plama*”) ¶ 173 y también **RL-0039**, *AES Summit*, Laudo, ¶¶ 9.3.29-30.



418. Según el Demandado, en ausencia de un compromiso específico de estabilidad, el inversor no puede tener la expectativa de que el marco regulatorio no sufrirá modificaciones<sup>428</sup>. En virtud de esta proposición, invoca, *inter alia*, a *Plama*<sup>429</sup> y *AES Summit c. Hungría*<sup>430</sup>. Según el Demandado, si bien los inversores pueden esperar de forma razonable y legítima que el País receptor ofrecerá condiciones estables para su inversión, la doctrina y los casos relativos a condiciones estables a los que se hace referencia en el TCE permiten la adopción de medidas de control macroeconómico razonables y proporcionadas por parte del Estado receptor, siempre que sean motivadas por una causa razonable<sup>431</sup>. El Demandado sostiene que esta interpretación fue establecida en los mismos dos casos (*Plama*<sup>432</sup> y *AES*<sup>433</sup>) y también en *Mamidoil c. Albania*,<sup>434</sup> y *Charanne c. España*<sup>435</sup>.
419. Asimismo, el Demandado alega que, de conformidad con la redacción literal del Artículo 10(1) y los casos que han aplicado el TCE, es erróneo señalar que el estándar del TCE relativo al ofrecimiento de condiciones estables incluye la obligación de establecer y mantener un marco regulatorio “predecible”<sup>436</sup>.
420. El Demandado, al momento de aplicar el TCE a las circunstancias del presente caso, invoca el razonamiento del tribunal en *Charanne* que reza lo siguiente:

“Convertir una norma reglamentaria, por el carácter limitado de las personas que puedan estar sujetas a la misma, en un compromiso específico tomado por el Estado hacia cada uno de dichos sujetos, *constituiría una limitación excesiva a la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general*”.

---

<sup>428</sup> Resp. C-Mem. ¶ 862; Rej. ¶ 945.

<sup>429</sup> **RL-0034**, *Plama*, ¶ 219.

<sup>430</sup> **RL-0039** y - *AES Summit*, Laudo; confirmado por **RL-0042**, la Decisión del Comité *Ad hoc* en *AES Summit* sobre Anulación de 29 de junio de 2012 (en adelante “*AES Summit, Decisión Sobre Anulación*”) ¶ 95. Véanse también los Comentarios del Demandado de 22 de marzo de 2018 sobre **RL-0089**, *Wirtgen*.

<sup>431</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 926-929.

<sup>432</sup> **RL-0034**, *Plama*, ¶ 219.

<sup>433</sup> **RL-0039**, *AES Summit*, Laudo, ¶¶ 9.3.29 y 9.3.30.

<sup>434</sup> **RL-0046**, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. c. La República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo de 30 de marzo de 2015 (en adelante “*Mamidoil*”) ¶¶ 617-618.

<sup>435</sup> **RL-0049**, *Charanne*, p. 499.

<sup>436</sup> Resp. Rej. ¶ 995.

[...] “en ausencia de un compromiso específico de estabilidad, *un inversor no puede tener la expectativa legítima de que un marco regulatorio como el que se discute en este arbitraje, no sea en ningún momento modificado para adaptarlo a las necesidades del mercado y el interés público*”<sup>437</sup> .

421. El Demandado arguye que el TCE no impide la adopción de medidas de control macroeconómico justificadas<sup>438</sup>, y caracteriza a las Demandantes como que procuran utilizar el TCE en calidad de póliza de seguro para situaciones de crisis, con el propósito de que las Demandantes estén incluso más protegidas que los inversores nacionales españoles<sup>439</sup>. Además, señala que *Micula c. Rumania* carece de relevancia ya que no es un caso en virtud del TCE<sup>440</sup>.
422. Asimismo, el Demandado hace hincapié en la importancia de la diligencia debida en el contexto de expectativas legítimas, y expresa que, si se incumplió el estándar de TJE, el Tribunal de Arbitraje debe analizar el conocimiento del inversor sobre el marco regulatorio general al momento de la inversión, o, más bien, los aspectos que su conocimiento debería haber contemplado<sup>441</sup>. Señala que los casos han establecido que, al momento de la inversión, el inversor debe conocer y comprender el marco regulatorio, la forma en la que se aplica y la manera en que afecta la inversión<sup>442</sup>.

## (2) El Análisis del Tribunal

423. En virtud del Artículo 10(1) del TCE:

“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,

---

<sup>437</sup> Resp. Rej. ¶ 947; **RL-0049**- *Charanne*, ¶¶ 493 y 510. Énfasis agregado por el Demandado.

<sup>438</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 863-878.

<sup>439</sup> Resp. Rej. ¶ 954.

<sup>440</sup> Resp. Rej. ¶ 965.

<sup>441</sup> Resp. C-Mem. ¶ 890. Véase, también, Resp. PHB ¶¶ 31-33.

<sup>442</sup> Resp. C-Mem. ¶ 891; **RL-0048**, *Electrabel*, Laudo, ¶ 7.78.; **RL-0049**, *Charanne*, ¶¶ 495 y 505.

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 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”.

424. Resulta evidente que esta disposición queda comprendida en el marco de la interpretación de las normas establecidas en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

a. ***La primera oración del Artículo 10(1)***

425. La primera oración del Artículo 10(1), por medio del uso del Futuro Simple (i.e., “*shall*”), establece ciertas obligaciones sobre las Partes Contratantes relativas a las condiciones para que los Inversores realicen sus Inversiones. El Artículo 1(8) del TCE define la expresión “realizar Inversiones” como “*efectuar nuevas inversiones, adquirir, en todo o en parte, inversiones ya existentes, o bien dedicarse a distintos campos de inversión*”.

426. Se deduce que si bien la primera oración del Artículo 10(1) se formula en términos obligatorios, cuando se lee de forma separada, se relaciona solamente con las condiciones en las cuales se realiza la Inversión, en contraposición a la determinación de cualquier obligación de estabilidad vigente<sup>443</sup>. Si bien las Demandantes invocan el caso *Blusun* para sustentar la proposición (correcta) de que la primera oración del Artículo 10(1) no es de naturaleza perentoria<sup>444</sup>, la conclusión del tribunal en *Blusun* respecto de esta disposición fue simplemente la siguiente:

“El requisito de ‘fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su Territorio’ no se limita a la realización inicial de la inversión sino que incluye la prolongación subsiguiente de la inversión así como modificaciones de forma”<sup>445</sup>. [Traducción del Tribunal]

427. El Tribunal concuerda e indica que esta conclusión no sugiere que la primera oración del Artículo 10(1) se vincule con la protección en curso una vez realizada la Inversión, salvo

---

<sup>443</sup> Cf. Cl. PHB ¶ 17.

<sup>444</sup> Cl. PHB ¶¶ 18-19; CL-0187, *Blusun*, ¶ 319(1).

<sup>445</sup> CL-0187, *Blusun*, ¶ 319(2).

en sentido restringido cuando se incorpora o se considera una modificación de forma a la Inversión<sup>446</sup>.

428. No obstante, la segunda oración del Artículo 10(1) dispone lo siguiente: “[e]ntre dichas condiciones [es decir, “condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio”] se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo”. Esta segunda oración es la que se relaciona con la protección en curso de la Inversión una vez realizada (como es el caso de las oraciones restantes del Artículo 10(1)), lo cual es aún más evidente por el uso de la expresión “en todo momento” en la segunda oración.

429. El Tribunal considera, al leer las dos oraciones de forma conjunta, que hay una obligación por parte del Estado receptor de garantizar la estabilidad regulatoria en curso, pero sólo en la medida en que ello sea parte integrante del compromiso de otorgar el TJE establecido en la segunda de estas dos oraciones y, por intermedio de esta segunda oración, queda comprendido en la primera. El Tribunal observa que la primera oración del Artículo 10(1) establece una obligación respecto del Inversor, mientras que la segunda oración versa sobre el trato de la Inversión. Sin embargo, ello no desmerece su conclusión de que, en virtud de los hechos del presente caso, la primera oración del Artículo 10(1) no incorpora ningún elemento sustancial a la protección conferida por el estándar de TJE: si es que la primera oración resulta relevante para el trato en curso de la Inversión, es sólo en la medida en que el compromiso en curso respecto de TJE quede comprendido en la primera oración por intermedio de la segunda oración del 10.1.

430. Esta interpretación es consistente con el objeto y propósito del TCE considerado *infra*.

---

<sup>446</sup> La Árbítro Joubin-Bret aclara sus opiniones relativas a que la primera oración del Artículo 10(1) analiza las condiciones en las se realiza la Inversión, o está en proceso de realización, generalmente contemplando el período de pre-establecimiento durante el cual el Estado puede considerar varios tipos de obligaciones, desde la cuestión objeto de controversia en el presente caso hasta el compromiso de proporcionar trato nacional y trato de nación más favorecida, incluso durante esta etapa de la inversión.

b. *La segunda oración del Artículo 10(1): TJE*

431. Si bien hay cierta concordancia entre las Partes respecto de los elementos fundamentales que pueden estar involucrados por el compromiso de otorgar TJE al amparo de la segunda oración del Artículo 10(1)<sup>447</sup>, hay discrepancia respecto de la naturaleza y alcance precisos de los elementos identificados por las Demandantes, incluyendo respecto de (i) la protección de las expectativas razonables y legítimas del Inversor, y (ii) la estabilidad regulatoria<sup>448</sup>.

432. Ambas Partes, en sus respectivas interpretaciones del estándar de TJE al amparo del Artículo 10(1), han tomado como punto de partida y han hecho hincapié en gran medida en el objeto y propósito del TCE<sup>449</sup>. En virtud del Artículo 2 del TCE, intitulado “*Objetivo del Tratado*”:

“El presente Tratado establece un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta”.

433. Para obtener un mayor grado de detalle acerca del amplio objetivo relativo al fomento de la cooperación a largo plazo en el campo energético, se debe hacer referencia, por ende, a la Carta Europea de la Energía. Asimismo, se hace referencia a la Carta en el Preámbulo del TCE que incluye la siguiente expresión de deseo: “*dispuestos a dotar a los compromisos incluidos en esa Carta de un fundamento jurídico internacional firme y vinculante*” y el deseo “*de crear el marco estructural necesario para aplicar los principios enunciados en la Carta Europea de la Energía*”.

434. Los “*Objetivos*” de la Carta Europea de la Energía están establecidos en su Título I. A saber:

“Dentro del respeto de la soberanía de los Estados y de los Derechos soberanos sobre los recursos energéticos y con un espíritu de cooperación política y económica, se proponen fomentar el desarrollo de un mercado eficaz de la energía

---

<sup>447</sup> El Demandado invoca fragmentos de casos que versan sobre la protección de las expectativas legítimas y el concepto de estabilidad como elementos del estándar de TJE. Por ejemplo, Resp. PHB ¶¶ 15 y 31.

<sup>448</sup> Cl. Mem., ¶ 441.

<sup>449</sup> Cl. Mem. ¶¶ 393-409, Resp. CM, ¶¶ 844-878.

en toda Europa, y un mejor funcionamiento del mercado mundial, basándose en ambos casos en el principio de la no discriminación y en una determinación de los precios en función del mercado, teniendo en cuenta las preocupaciones manifestadas en relación con el medio ambiente. Están decididos a crear un clima favorable al funcionamiento de las empresas y al flujo de inversiones y tecnologías, mediante la aplicación de los principios de la economía de mercado en el terreno de la energía”.

435. Respecto de la acción a adoptar conforme a dichos principios, el párrafo 2 del Título I hace referencia a la “*Cooperación en el ámbito de la energía*”, la cual debe contemplar, entre otras cuestiones, “*la elaboración de marcos jurídicos estables y transparentes que creen las condiciones para el desarrollo de los recursos energéticos*”.
436. El Título II de la Carta, “*Puesta en Práctica*”, enumera las acciones coordinadas a adoptar para alcanzar los objetivos propuestos en el Título I. El párrafo 4 titulado “*Fomento y protección de las inversiones*” reza lo siguiente:

“Con el fin de fomentar el flujo internacional de inversiones, los signatarios preverán, a nivel nacional, un marco jurídico estable y transparente para las inversiones extranjeras, dentro del respeto de las legislaciones y las normas internacionales pertinentes sobre inversión y comercio.

Afirman que es importante que los Estados signatarios celebren y ratifiquen acuerdos jurídicamente vinculantes sobre la promoción y protección de las inversiones que aseguren un nivel elevado de seguridad jurídica y faciliten la aplicación de planes de garantía de riesgo de las inversiones.

Además, los signatarios garantizarán el derecho a repatriar los beneficios y demás pagos relacionados con las inversiones, y a obtener o utilizar la divisa convertible necesaria.

Los signatarios reconocen también que es importante evitar la doble imposición fiscal a fin de fomentar las inversiones privadas”.

437. Las Demandantes han hecho hincapié en las referencias *supra* respecto de los conceptos de estabilidad y transparencia, mientras que el Demandado ha puesto de manifiesto las referencias a los principios de no discriminación y determinación de los precios en función del mercado.
438. A la luz del Artículo 2 del TCE, ambos conjuntos de referencias son importantes a los efectos de la interpretación actual, pero distan de ser decisivos. Las referencias en el

Título I a la no discriminación y la determinación de los precios en función del mercado no se relacionan de forma exclusiva con la inversión, y resulta evidente - conforme al TCE - que sus disposiciones en materia de inversión, incluso el Artículo 10(1), en ninguna circunstancia están restringidas al establecimiento de la protección en contra de la discriminación ni orientadas a la protección de la determinación de los precios en función del mercado. En cuanto a las referencias en los Títulos I y II al marco jurídico estable y transparente, éstas hacen hincapié en el establecimiento a nivel nacional, a diferencia de la aceptación de obligaciones jurídicas internacionales para con los Inversores; mientras que la referencia en el Título II al marco jurídico que debe establecerse a nivel nacional, debe enmarcarse “*dentro del respeto de las legislaciones y las normas internacionales pertinentes sobre inversión y comercio*”. Ello plantea la cuestión de cuáles son dichas legislaciones y normas internacionales, fundando la referencia de la interpretación, evidentemente, en el derecho internacional consuetudinario.

439. En opinión del Tribunal, los objetivos y propósitos del TCE son, por lo tanto, más equilibrados de lo que plantean las Partes, y encara la interpretación del Artículo 10(1) sobre dicho sustento. El Tribunal observa que, para fundar sus alegaciones generales respecto del TCE, ambas Partes también han hecho referencia a la Guía del TCE publicada por el Secretariado de la Carta de la Energía. Esta Guía no pretende ofrecer ninguna interpretación definitiva de las disposiciones del Tratado. Es, a simple vista, una guía y nada más, y el Tribunal considera que contribuye poco al ejercicio de interpretación actual.
440. Respecto del sentido corriente del compromiso de otorgar TJE al amparo del Artículo 10(1), el Tribunal considera que la referencia a las definiciones de los diccionarios contribuye escasamente a la interpretación de la expresión “*justo y equitativo*”. Los términos “*justo*” y “*equitativo*” no son, en cualquier caso, particularmente difíciles de comprender en virtud de su sentido corriente: la dificultad, como es bien sabido, radica en cómo y dónde establecer la línea divisoria entre lo justo / injusto, y lo equitativo / inequitativo, en particular en el contexto de la adopción de regulaciones de aplicación general por parte del Estado. Ambas Partes han hecho referencia a diversos casos con el propósito de asistir al Tribunal al respecto, y el Tribunal ha puesto especial atención en

aquellos casos relativos específicamente al Artículo 10(1) del TCE. Resulta evidente que es el caso en el cual la interpretación correcta de cualquier estándar de TJE determinado será el resultado de la consideración de la redacción específica, en el contexto y a la luz del objeto y propósito del tratado en particular; y, por lo tanto, puede que sea, efectivamente, de menor valor persuasivo el razonamiento en los laudos relativos a las disposiciones en materia de TJE en otros tratados.

441. Ambas Partes han referido al Tribunal al laudo en el caso *Blusun*<sup>450</sup>, en el cual las conclusiones del tribunal respecto del compromiso de TJE contemplado en el Artículo 10(1) y su aplicación en el contexto de actos regulatorios del Estado se expresaron de la siguiente manera:

“...el compromiso fundamental está manifestado en la segunda oración, incluido de forma expresa en la primera: ‘conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo’ (énfasis agregado). Esto incorpora el estándar de trato justo y equitativo conforme al derecho internacional consuetudinario y según la aplicación de los tribunales.

Dicho estándar preserva la autoridad regulatoria del estado receptor de crear y modificar sus leyes y regulaciones para adaptarse a las necesidades de cambio, incluso necesidades fiscales, sujeto al respeto de los compromisos específicos asumidos.

En ausencia de un compromiso específico, el estado no tiene la obligación de otorgar subsidios tales como tarifas reguladas, ni de mantenerlos inalterados una vez concedidos. Sin embargo, si dichos subsidios se otorgan legalmente, y si resulta necesaria su modificación, ello debería hacerse de forma que no sea desproporcionada respecto del propósito de la modificación legislativa, y deberían considerarse específicamente los intereses razonables en los que se fundaron los receptores quienes probablemente hayan comprometido recursos sustanciales en función del régimen anterior”<sup>451</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>450</sup> Por ejemplo, Cl. PHB, ¶¶ 45-51; Solicitud del Demandado de 9 de marzo de 2018, por medio de la cual pretendía la autorización para incorporar el caso al expediente (la Solicitud fue desestimada porque el caso ya se encontraba en el expediente).

<sup>451</sup> **CL-0187**, *Blusun*, ¶ 319(3)-(5), nota al pie omitida.



442. El Tribunal considera que lo precedente constituye una referencia útil para su propia consideración del estándar del TJE al amparo del Artículo 10(1), y observa que las Demandantes invocan de forma expresa este párrafo del Laudo en *Blusun*<sup>452</sup>.
443. La conclusión del tribunal en *Blusun* radica en que la segunda oración del Artículo 10(1) introduce el estándar de trato justo y equitativo con arreglo al derecho internacional consuetudinario. No hay ninguna referencia al derecho internacional en esta segunda oración, si bien la conclusión de que se procuró vincular el estándar de TJE al derecho internacional consuetudinario resulta consistente con la referencia que se hace en el Título II, párrafo 4, de la Carta Europea de la Energía a la formulación “*dentro del respeto de las legislaciones y las normas internacionales pertinentes sobre inversión*”<sup>453</sup>.
444. Hay una referencia al “*derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados*” en la cuarta oración del Artículo 10(1), es decir, una parte importante del contexto relevante; y esto plantea la cuestión de si la inclusión del estándar de TJE serviría a cualquier propósito si todo lo que se procuraba era el trato conforme al derecho internacional consuetudinario: pareciera que dicho propósito se logra por la cuarta oración, lo cual exige un trato no menos favorable que el correspondiente al derecho internacional (incluso el derecho convencional). Sin embargo, y al mismo tiempo, el Artículo 10(1) contiene una diversidad de conceptos diferentes que simplemente se superponen; por lo tanto, sólo se puede otorgar una ponderación limitada a esta línea de análisis.
445. Asimismo, y como parte del contexto relevante, el Tribunal considera de importancia al Artículo 24(2). El impacto de esta disposición compleja radica en que, si bien, y como regla general, las disposiciones del Tratado no impiden la adopción o ejecución de medidas “*necesarias para proteger la vida o la salud humanas, animales o vegetales*”,

---

<sup>452</sup> Cl. PHB, ¶ 49.

<sup>453</sup> En **CL-0187**, *Blusun*, ¶ 319(3), se hace referencia a *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, ¶¶ 161-173, que se indica que tiene un efecto similar. No está claro para el Tribunal que el laudo en *Plama* sustente la referencia al derecho internacional consuetudinario.

las disposiciones de la Parte III del TCE - que incluye el Artículo 10(1) - no están incluidas en el marco de dicha regla general.

446. Si bien las Demandantes han señalado que ello puede parecer una decisión política poco usual<sup>454</sup>, no explicaron ni demostraron su posición que, al amparo de la protección del inversor contenida en el TCE, se priorizaba por sobre la protección de la vida humana, entre otros factores<sup>455</sup>. El Tribunal observa que pareciera que los redactores el Artículo 24(2) adoptaron el Artículo XX del GATT como su punto de partida, y la doctrina y los casos respecto del Artículo XX pueden esclarecer la intención detrás del Artículo 24(2). No obstante, no se refirió al Tribunal a dichos materiales. Considera que la limitación de la excepción general contenida en el Artículo 24(2) respecto de la vida humana, entre otros factores, resulta más fácilmente comprensible si las propias Partes Contratantes del TCE entendieran que adoptan una serie de protecciones a la inversión limitadas en virtud de la Parte III, tales como, por ejemplo, una regulación adoptada para proteger la vida humana no sería considerada injusta e inequitativa a menos que sea arbitraria o discriminatoria o, de cualquier otro modo, contraria al derecho internacional consuetudinario.
447. Esta línea de análisis solamente puede llevar las cuestiones a otro nivel, dado que ciertos aspectos de la Parte III efectivamente exceden los requisitos del derecho internacional consuetudinario, pero, conforme la opinión del Tribunal, el Artículo 24(2) del TCE es contrario a cualquier concepto extenso del estándar de TJE al amparo del Artículo 10(1) y respalda el enfoque interpretativo de que, toda vez que un término del Artículo 10(1) puede considerarse como que hace referencia al derecho internacional consuetudinario, es más probable que ello refleje la intención de las Partes Contratantes. La expresión “*trato justo y equitativo*” no fue acordada por las Partes Contratantes del TCE en un vacío legal, sino en un contexto en el que la expresión se había empleado durante varias décadas como un estándar de protección a la inversión íntimamente vinculado al derecho internacional consuetudinario y, de forma consistente con el objeto y propósito del TCE tal como refleja el Título II, párrafo 4, de la Carta Europea de la Energía, el Tribunal

---

<sup>454</sup> Alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/221; Cl. PHB ¶ 99.

<sup>455</sup> Cl. PHB ¶¶ 97-99; véase también alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/220-229.

considera que el estándar de TJE contenido en el Artículo 10(1) debería analizarse sobre dicho fundamento.

448. Respecto de la autoridad regulatoria del Estado receptor, sujeta al respeto por los compromisos específicos asumidos, el Tribunal considera que en el curso ordinario no sería ni injusto ni inequitativo en los términos del Artículo 10(1) que las regulaciones se modificaran en el transcurso de una determinada Inversión ya que ello constituye, simplemente, una de las facetas esperadas de la actividad de inversión. Varios tribunales han arribado a conclusiones similares, incluso aquellos que versan sobre la aplicación del Artículo 10(1) del TCE en el marco de casos de energías renovables en contra del Demandado. Tal como indicara el tribunal en el caso *Eiser* (caso que invocan ambas Partes):

“En ausencia de compromisos explícitos directamente extendidos a los inversores y que garanticen que los Estados no modificarán sus leyes y reglamentos, los tratados en materia de inversiones no eliminan el derecho de los Estados a modificar sus regímenes regulatorios para adaptarse a circunstancias y necesidades públicas cambiantes. Tal como advirtieran otros tribunales, ‘[a] fin de adaptarse a las circunstancias económicas, políticas y legales cambiantes, las facultades regulatorias del Estado se mantienen en su lugar’. ‘[E]l estándar de trato justo y equitativo no otorga un derecho de estabilidad regulatoria *per se*. El estado tiene un derecho a regular, y los inversores deben esperar que la legislación cambiará, si no existe una cláusula de estabilización u otra garantía específica que genere una expectativa legítima de estabilidad”<sup>456</sup>.

449. No obstante, el tribunal en *Eiser* concluyó que el estándar de TJE contemplado en el Artículo 10(1) efectivamente ofrecía protección respecto de ciertas de formas de modificaciones regulatorias fundamentales. Declaró lo siguiente:

“... la obligación del Demandado en virtud del TCE de otorgar a los inversores un trato justo y equitativo sí protege a los inversores frente a un cambio fundamental del régimen regulatorio de una forma que no tome en cuenta las circunstancias de las inversiones existentes realizadas sobre la base del régimen anterior. El TCE no le prohibía a España realizar cambios apropiados en el régimen regulatorio del RD 661/2007. Por ende, el Tribunal no acepta la alegación de las

---

<sup>456</sup> **CL-0170**, *Eiser*, ¶ 362, que hace referencia, a su vez, a *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo de 11 de septiembre de 2007, ¶ 332; **RL-0035**, *EDF (Services) Ltd. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo de 8 de octubre de 2009 (en adelante “*EDF c. Rumania*”), ¶¶ 217-218; **CL-0049**, *BG Group Plc. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo de 24 de diciembre de 2007, ¶ 298; **CL-0052**, *Micula*, ¶ 666.

Demandantes de que el RD 661/2007 les otorgó derechos económicos inmutables que no podían alterarse mediante cambios del régimen regulatorio. Sin embargo, el TCE sí protegía a las Demandantes frente al cambio total e irrazonable que experimentaron aquí”<sup>457</sup>.

450. El tribunal en el caso *Blusun* arribó a una conclusión similar. A saber:

“... el estándar de trato justo y equitativo el cual, en virtud de la segunda oración, constituye la esencia de la obligación de estabilidad al amparo de la primera oración tiene un umbral relativamente elevado. El tribunal en *El Paso* se manifestó sobre ‘una absoluta alteración del entramado jurídico para las inversiones extranjeras, y que todos los elementos y garantías mencionados anteriormente se pueden analizar como compromiso especial de la Argentina en el sentido de que no se produciría ninguna modificación de este tipo’. El tribunal en *LG&E* se manifestó sobre ‘desmonta[r] totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas’. El énfasis recae sobre la subversión del régimen jurídico”<sup>458</sup>. [Traducción del Tribunal]

451. El Tribunal concuerda con el enfoque *supra*, independientemente de la cuestión de si la segunda oración del Artículo 10(1) se considera de forma correcta como que incorpora el estándar del TJE al amparo del derecho internacional consuetudinario o como que establece un estándar autónomo. Para adaptar la expresión en *Eiser*, en ausencia de compromisos explícitos planteados directamente a los inversores y garantizando que las Partes Contratantes del TCE no modificarán sus leyes o regulaciones, la segunda oración del Artículo 10(1) no elimina el derecho de las Partes Contratantes de modificar sus regímenes regulatorios para satisfacer circunstancias cambiantes y necesidades públicas. Sin embargo, incluso en ausencia de la demostración de compromisos específicos de que el régimen regulatorio permanecería inalterado, se puede determinar el incumplimiento del Artículo 10(1) si se ha presentado cierta forma de modificación total e irrazonable, o subversión, del régimen jurídico.

---

<sup>457</sup> **CL-0170**, *Eiser*, ¶ 363, al que se hace referencia en el alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/231. Según las Demandantes, en su alegato de apertura del Día 1/234, la esencia del razonamiento del tribunal en *Eiser* fue el cambio regulatorio a gran escala y su aplicación retroactiva, a diferencia del impacto sobre la inversión de *Eiser*. El Tribunal no coincide con esta interpretación del Laudo de *Eiser*. Véase, por ejemplo, el Laudo ¶¶ 365 y 382, en los cuales se hace un fuerte hincapié en los impactos de los cambios sobre *Eiser*, es decir, el hecho de que se despojaba a la inversión de *Eiser* de prácticamente todo su valor.

<sup>458</sup> **CL-0187**, *Blusun*, ¶ 363, que hace referencia a **CL-0091**, *El Paso Energy International Co c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo de 31 de octubre de 2011 (en adelante “*El Paso, Laudo*”), ¶ 517; **CL-0039**, *LG&E*, ¶ 139.

452. Esto plantea la cuestión de qué constituiría, a dichos efectos, un compromiso específico y, más concretamente, si dicho compromiso podría enmarcarse en una regulación de aplicación general - a diferencia de un compromiso asumido específicamente a un determinado Inversor como ocurre con la celebración de un contrato.
453. Si bien se ha reconocido ampliamente que al momento de evaluar si se ha incumplido el estándar de TJE en virtud del Artículo 10(1) resulta importante considerar si se han frustrado las expectativas legítimas del Inversor, no hay consenso alguno respecto de la clase de compromisos que pueden dar origen a expectativas legítimas. En particular, y como se identificara en el caso *Masdar*, hay diversas escuelas de pensamiento respecto de si un compromiso asumido en el marco de regulaciones generales puede dar origen a expectativas legítimas (en el caso *Masdar*, los ejemplos planteados para dos escuelas diferentes fueron: *Suez c. Argentina*, el análisis de la CNUCYD<sup>459</sup>, las disidencias del Profesor Tawil en *Charanne e Isolux, Electrabel c. Hungría* (en respaldo de la posición de que las leyes y las regulaciones pueden ser suficientes); *El Paso c. Argentina*, *Continental Casualty c. Argentina, Charanne* (en respaldo de la posición de que las leyes y las regulaciones no serían suficientes)<sup>460</sup>.
454. Respecto de las diversas escuelas, hay mucho que decir sobre el enfoque del tribunal en el caso *Electrabel*, en el que se sostuvo lo siguiente:
- “Si bien las garantías específicas ofrecidas por el Estado receptor pueden reforzar las expectativas del inversor, dichas garantías no siempre son indispensables: *MTD c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo de 25 de mayo de 2004; *GAMI Investments c. México*. CNUDMI, Laudo Definitivo de 15 de noviembre de 2004; y *SD Myers c. Canadá*, CNUDMI, Segundo Laudo Parcial de 21 de octubre de 2002. Las garantías específicas simplemente harán la diferencia en la evaluación del conocimiento del inversor y de la razonabilidad y legitimidad de sus expectativas”<sup>461</sup>. [Traducción del Tribunal]
455. La atracción de este enfoque radica en que la tarea del tribunal que considera la segunda oración del Artículo 10(1) implica solamente determinar si el Estado no ha ofrecido un

---

<sup>459</sup> Tal como invocaran las Demandantes en, por ejemplo, el alegato de apertura, Día 1/226.

<sup>460</sup> **CL-0191**, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/1, Laudo de 16 de mayo de 2018, ¶¶ 490-510.

<sup>461</sup> **CL-0042**, *Electrabel*, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, ¶ 7.78.

trato justo y equitativo y, por lo tanto, se plantea la cuestión de la utilidad de extremar la proscripción del concepto y de la creación de expectativas legítimas; concepto que, en definitiva, no se menciona en ninguna parte de la redacción del Tratado. Tal como fuera expresado correctamente en el conocido párrafo de la Decisión del Comité de Anulación en *MTD c. Chile*; “[l]as obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar”<sup>462</sup>.

456. El Tribunal observa que en el caso *Isolux*, que invoca el análisis de la CNUCYD, se consideró que las expectativas legítimas podrían generarse cuando (i) se hubiera manifestado un compromiso específico al inversor de forma personal, o (ii) se hubieran establecido normas que no estaban dirigidas a un inversor en particular pero que tenían el propósito específico de inducir la inversión extranjera y sobre las cuales se sustentara la concreción de la inversión<sup>463</sup>. Asimismo, el tribunal en el caso *Novenergia* concluyó que no había ningún requisito relativo al compromiso específico asumido con el inversor, y consideró que la cuestión relevante “*es si la declaración o la conducta es objetivamente suficiente para crear expectativas legítimas en el receptor. Dicha conducta o declaración puede tomar la forma de leyes o regulaciones*”<sup>464</sup>. [Traducción del Tribunal]

457. En contraste, el tribunal en *Charanne* determinó que el RD 661/2007 (y el RD 1578/2008), si bien estuvieron dirigidos a un grupo limitado de inversores, no se constituyeron, por lo tanto, en un compromiso específico, perdiendo su naturaleza general. Consideró que: “[c]onvertir una norma reglamentaria, por el carácter limitado de las personas que puedan estar sujetas a la misma, en un compromiso específico tomado por el Estado hacia cada uno de dichos sujetos, constituiría una limitación excesiva a la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general”<sup>465</sup>. El Tribunal concuerda, al menos, en la medida en que fuera necesaria la

---

<sup>462</sup> **RL-0030**, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión Sobre Anulación de 21 de marzo de 2007 (en adelante “**MTD, Decisión Sobre Anulación**”) ¶ 67.

<sup>463</sup> **RL-0088**, *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. España*, Arbitraje CCE No. V2013/153, Laudo de 17 de julio de 2016, ¶ 775 (en adelante “**Isolux**”), que hace referencia a CNUCYD, *Fair and Equitable Treatment*, 2012, p. 69.

<sup>464</sup> **CL-0190**, *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR c. España*, Arbitraje CCE No. 2015/063, Laudo Final de 15 de febrero de 2018, ¶ 547 (nota al pie omitida).

<sup>465</sup> **CL-0094/RL-0049**, *Charanne*, ¶ 493.

prudencia respecto de cualquier análisis que considere actos jurídicos locales que sean esencialmente muy diferentes - es decir, (i) compromisos específicos asumidos por el Estado receptor y dirigidos a un inversor individual y (ii) regulaciones de naturaleza general - como si generaran las mismas consecuencias como cuestiones de derecho internacional. Además, el tribunal en *Charanne* consideró, no obstante, si las regulaciones en cuestión podrían generar la expectativa legítima de que el régimen permanecería inalterado durante la vida útil de las plantas de las demandantes, pero rechazó lo precedente sobre el siguiente argumento:

“Admitir la existencia de semejante expectativa sería, en efecto, equivalente a congelar el marco regulatorio aplicable a las planta elegibles, aunque las circunstancias puedan cambiar. Cualquier cambio en el monto de la tarifa o cualquier limitación de la cantidad de horas elegibles vendría a constituir entonces una violación del derecho internacional. En la práctica la situación sería equivalente a la resultante de la firma por el Estado de un acuerdo de estabilización, o de la adopción de un compromiso de no modificar el marco regulatorio. El Tribunal Arbitral no puede admitir semejante conclusión. Las mismas Demandantes han planteado muy claramente que no sostienen haber tenido la expectativa legítima de que el marco regulatorio iba a permanecer inmutado”<sup>466</sup>.

458. Este Tribunal comparte la dificultad de enfocar una disposición de derecho local y aplicación general como si tuviera, en esencia, el mismo efecto que una cláusula de estabilización contractual o algún compromiso específico de efectos similares. Puede decirse con facilidad que el Estado podría haber asumido un compromiso individual de algún tipo, pero no fue el caso, y que en materia de expectativas el inversor naturalmente otorgaría a dicho compromiso un valor mayor que el que otorgaría a cualquier otro elemento contenido en una regulación general.

459. Al momento de considerar la cuestión de si el derecho local podría generar expectativas legítimas a los efectos del Artículo 10(1), el tribunal en el caso *Blusun* hizo referencia a *Charanne*, *El Paso c. Argentina* y *Philip Morris c. Uruguay* en sustento de su opinión de que los tribunales constituidos en virtud de tratados de inversión habían declinado la santificación de las leyes en calidad de promesas, y luego razonaron lo siguiente:

---

<sup>466</sup> CL-0094/RL-0049, *Charanne*, ¶ 503 y ¶ 510.

“Es cierto que las declaraciones informales pueden presentar dificultades, y este es el motivo por el cual los tribunales han insistido cada vez más en la claridad y la autoridad pertinente para asumir compromisos que sean vinculantes para el estado. Es cierto también que la declaración en materia de conducta futura del estado podría adoptar la forma de legislación, expresada de forma suficientemente clara. Sin embargo, todavía hay una clara distinción entre una ley, es decir, una norma de mayor o menor generalidad que crea derechos y obligaciones mientras permanece en vigor, y una promesa o compromiso contractual. Hay, además, otra distinción entre los compromisos contractuales y las expectativas que subyacen una relación en particular: independientemente de su legitimidad, estas últimas son cuestiones a considerar cuando se aplican otras normas, más que normas por derecho propio. El derecho internacional no torna vinculante aquello que no fuera vinculante en primer lugar, ni perpetuo aquello que fuera solamente temporario. ...

En ausencia de un compromiso específico, el estado no tiene la obligación de otorgar subsidios tales como tarifas reguladas, ni de mantenerlos inalterados una vez concedidos. Sin embargo, si dichos subsidios se otorgan legalmente, y si resulta necesaria su modificación, ello debería hacerse de forma que no sea desproporcionada respecto del propósito de la modificación legislativa, y deberían considerarse específicamente los intereses razonables en los que se fundaron los receptores quienes probablemente hayan comprometido recursos sustanciales en función del régimen anterior. Estas consideraciones resultan aplicables incluso con mayor firmeza cuando el contexto versa sobre subsidios o el pago de beneficios especiales para ciertos sectores económicos”<sup>467</sup>. [Traducción del Tribunal]

460. El Tribunal concluye que este enfoque es convincente respecto de sus dos aspectos fundamentales.
461. En primer lugar, cuando considera si las expectativas legítimas que fueron generadas requieren protección al amparo del Artículo 10(1), no se puede ignorar, efectivamente, aquella declaración que adopta la forma de derecho local respecto de una promesa específica o un compromiso contractual: la legislación permanece como norma de aplicación general (en mayor o menor medida), y solamente resulta aplicable mientras permanece en vigor. Además, si la aplicación del estándar de TJE conforme al Artículo 10(1) devenga en la cuestión de si se frustraron las expectativas legítimas, y si se aceptara que dichas expectativas podrían ser generadas con facilidad por el derecho local, el estándar de TJE se comenzaría a aproximar, prácticamente, a una cláusula de estabilización dominante, convirtiendo cada modificación del régimen jurídico local en

---

<sup>467</sup> CL-0187, *Blusun*, ¶¶ 367-372, que hace referencia a CL-0091, *El Paso*, Laudo, ¶ 517; CL-0039, *LG&E*, ¶ 139.



una fuente de eventual incumplimiento del derecho internacional. El Tribunal no considera que esta sea la intención de las Partes Contratantes del TCE, en particular, teniendo en cuenta que el Artículo 10(1) contiene una cláusula paraguas, pero aquella que se limita a “obligaciones” que haya “contraído” a diferencia de “expectativas” que se hayan “generado”.

462. En segundo lugar, y sin embargo, la ausencia de un compromiso específico no significa que el hecho de que el inversor haya invertido fundado en un determinado régimen tarifario deja de ser un factor relevante al momento de aplicar el estándar de TJE al amparo del Artículo 10(1). La tarea del Tribunal radica en evaluar si el Estado Demandado ha procedido de forma justa y equitativa, y al momento de considerar esta cuestión, una herramienta de importancia es la evaluación de si la modificación de un régimen tarifario en particular resulta desproporcionada, respecto de lo cual el Tribunal estima - en el contexto actual - que amerita consideraciones respecto de aquello que es necesario y de la carga financiera que se desplaza hacia aquellos inversores que han comprometido recursos significativos fundados en el régimen anterior. A la vez, resulta importante evaluar si el Estado Demandado consideró las consecuencias para dichos inversores en su proceso de toma de decisión. El Tribunal señala que estas consideraciones son de particular importancia en el contexto actual, el cual involucra modificaciones a los beneficios específicos de un régimen económico determinado respecto del cual se invitó y fomentó a los inversores (incluso a los inversores extranjeros) a invertir por medio de diversos factores, con inclusión de un régimen retributivo muy atractivo.

**D. EL ARGUMENTO DE RWE SOBRE VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10(1) POR REFERENCIA A LAS SUPUESTAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS**

463. En el marco de las conclusiones *supra* en materia de interpretación de los aspectos relevantes del estándar de TJE conforme al Artículo 10(1), el Tribunal procederá en esta Sección a abordar los detalles de la postura de las Demandantes acerca de la existencia de expectativas legítimas en referencia a las supuestas garantías de parte del Demandado. Finalmente, el Tribunal concluye (en la Sección D(2)(e) *infra*) que no hubo compromiso específico alguno hacia las Demandantes que baste para justificar las expectativas

legítimas en este caso. En línea con esta postura sobre la interpretación del Artículo 10(1) enunciada *supra*, en la Sección D se analiza la cuestión de si, a pesar de todo, hubo violación del estándar de TJE en circunstancias en que los Inversores invirtieron sobre la base de un cierto régimen tarifario, si la modificación de ese régimen tarifario fue desproporcionada y/o si el proceso de toma de decisiones no contempló los efectos sobre esos inversores (véase la Sección D(2)(f)).

(1) **Las Posiciones de las Partes**

a. *La Posición de las Demandantes*

464. Las Demandantes aseveran que el Demandado incumplió sus obligaciones de TJE en virtud del Artículo 10(1) del TCE porque la adopción por parte del Demandado de las Medidas en Disputa frustró las expectativas legítimas de las Demandantes “*con respecto a las garantías ofrecidas a los inversores con arreglo al Régimen Especial que estuvieron en vigor precisamente para atraer la inversión*”<sup>468</sup>.
465. Las Demandantes señalan que el “momento de inversión” a los fines de sus expectativas legítimas incluye el momento de su decisión inicial para invertir en España, los momentos posteriores que las Demandantes incrementaron sus inversiones en España y las decisiones de inversión tomadas conforme a la Disposición Transitoria Primera del RD 661/2007. Aseguran que fue una decisión importante que afectaba a todas las inversiones de las Demandantes realizadas hasta ese momento. Además, señalan que la oferta del RD 661/2007 estaba sujeta a la actualización de las plantas más antiguas. El interés de RWE en la aplicabilidad del RD 661/2007 hizo que RWE decidiera invertir en la mejora de las plantas<sup>469</sup>. Las Demandantes también alegan que “*el momento correspondiente para considerar las expectativas legítimas puede ser diferente del momento en que se realiza una inversión es compartida por algunos expertos y los*

---

<sup>468</sup> Cl. Mem., ¶ 444; Cl. Reply ¶ 523.

<sup>469</sup> Cl. Mem. ¶¶ 453 y 454.

*correspondientes precedentes*<sup>470</sup>, tales como el Profesor Schreuer y el Profesor Kribaum, y los casos *Franck Charles Arif c. Moldavia* y *Mamidoil c. Albania*<sup>471</sup>.

466. Las Demandantes sostienen que las expectativas eran dobles: “(i) *relativas a la naturaleza, el importe y la duración de la Tarifa Regulada ofertada en virtud del RD 2918/1998, luego el RD 436/2004 y finalmente el RD 661/2007 y el RD 1614/2010*; y (ii) *relativas a la estabilidad del régimen económico*”<sup>472</sup>.

467. En cuanto a (i), alegan que:

“RWE esperaba que, porque sus instalaciones de energías renovables cumplían todos los requisitos legales en cada caso, continuarían estando sujetas al régimen de la Tarifa Regulada. Por lo tanto:

- i. las plantas podrían optar entre la venta de electricidad a una Tarifa Fija o a la Prima;
- ii. la Tarifa Regulada se aplicaría a toda la electricidad producida sin limitaciones sobre la producción;
- iii. la Tarifa Regulada se aplicaría a la totalidad de la vida operativa de las instalaciones de las energías renovables;
- iv. las plantas tendrían prioridad de evacuar con arreglo al RD 661/2007; y
- v. la Tarifa Regulada estaría sujeta a ajustes a la inflación, de conformidad con el IPC, conforme al RD 661/2007<sup>473</sup>.

468. Con respecto a (ii), las Demandantes “*esperaba[n] que cualquier cambio futuro al régimen aplicable en detrimento de las instalaciones se aplicaría únicamente de forma prospectiva, es decir, a las nuevas instalaciones, sin que las instalaciones existentes se vieran afectadas por dichas modificaciones*”. Según las Demandantes, el Demandado “*había prometido explícitamente que el régimen económico para las instalaciones del Régimen Especial que cumplían los requisitos se mantendría estable con arreglo al RD*

---

<sup>470</sup> Cl. Mem., ¶ 450.

<sup>471</sup> Cl. Mem. ¶¶ 450-452; **CL-0041**, C. Schreuer and U. Kribaum, “At What Time must Legitimate Expectations Exist?” En “*Liber Amicorum: Thomas Wälde*”, en 9 TDM 1, 2012, p. 269; **CL-0026**, Sr. *Franck Charles Arif c. La República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo de 8 de abril de 2013, ¶ 543; **CL-0093**, *Mamidoil*, ¶ 707.

<sup>472</sup> Cl. Mem., ¶ 464.

<sup>473</sup> Cl. Mem., ¶ 465.

436/2004 y RD 661/2007... [y] reiteró posteriormente este compromiso en su Acuerdo de julio de 2010 con el sector eólico, que estaba entonces confirmado en el RD 1614/2010”<sup>474</sup>. Estos compromisos fueron esenciales en las decisiones de las Demandantes para invertir en España<sup>475</sup>, que los consideraron una garantía por parte de España<sup>476</sup>.

469. En respuesta a la postura del Demandado de que ni el RD 436/2004, ni el RD 661/2007, ni el RDL 6/2009 ni el RD 1614/2010 contenían un compromiso de ‘grandfathering’, las Demandantes aseveran que<sup>477</sup>:

“(a) El PER 2005-2010 confirmaba que el “Real Decreto 436/2004, sobre el Régimen Especial, explica la ley y establece un régimen económico garantizado durante toda la vida útil de la instalación”<sup>478</sup>. [Traducción del Tribunal]

(b) La CNE confirmó que el RD 661/2007 ‘eximi[ó] a las instalaciones existentes de revisión cuatrianual, ya que los nuevos incentivos que se van fijando únicamente afectan a las nuevas instalaciones’. El Ministerio también explicó que ‘las revisiones posteriores de las tarifas no afectarán a las instalaciones que ya hubieran sido comisionadas. Esta garantía brinda seguridad jurídica al productor, lo que garantiza la seguridad y el desarrollo del sector’<sup>479</sup>. [Traducción del Tribunal]

(c) España confirmó en el preámbulo del RDL 6/2009 que éste ‘garanti[zaba] la necesaria seguridad jurídica a aquellos que han realizado inversiones’<sup>480</sup>.

(d) España declaró que el RD 1614/2010 constituía un pacto ‘asegurando a [las plantas en funcionamiento] el régimen económico previsto en el Real

---

<sup>474</sup> Cl. Mem. ¶¶ 466 y 467; **C-0016**, RD 436/2004, Artículo 40(2); **C-0017**, RD 661/2007, Artículo 44(3).

<sup>475</sup> Declaración Testimonial de Bünting, ¶¶ 49-52; y Declaración Testimonial de Schäfer, ¶ 31.

<sup>476</sup> Cl. Skel ¶ 25, que hace referencia a **C-0238**, Anuncio sobre RD 661/2007; **C-0202**, Alfonso Olivas La Llana, “Energía eólica en España, Objetivos 2020 y acciones”, presentación PowerPoint del Departamento de Energía Eólica del IDAE y del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 7 de octubre de 2010, y **C-0296**, Segundo borrador del RD 661/2007 del Ministerio, 10 de marzo de 2007.

<sup>477</sup> Cl. Reply ¶ 524.

<sup>478</sup> En referencia a **C-0034**, Plan de Energías Renovables 2005-2010, p. 166.

<sup>479</sup> En referencia a **C-0239**, CNE, “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”, 29 de julio de 2008, p. 20; **C-0248**, presentación de PowerPoint de InvestinSpain, “Marco Jurídico de Energías Renovables en España” [Traducción del Tribunal], sin fecha, p. 4.

<sup>480</sup> En referencia a **C-0061**, RD 6/2009, Preámbulo.

Decreto 661/2007'. El Gobierno afirmó que ello 'asegura[ba] la invariabilidad de la prima de las instalaciones eólicas y solares termoeléctricas''<sup>481</sup>.

470. Las Demandantes afirman que los fundamentos del caso *Micula c. Rumania*<sup>482</sup>, en el que el tribunal "vio [...] un compromiso implícito basándose en el hecho de que Rumanía trató específicamente de fomentar la inversión ofreciendo incentivos", se aplican al presente caso<sup>483</sup>. Y agregan que, desde 2012, el Demandado frustró las expectativas legítimas de las Demandantes y, finalmente, desmantelaron por completo el marco legal y comercial conforme al cual se realizaron las inversiones.

"i) En primer lugar, la introducción por parte de España del gravamen del 7 % (Ley 15/2012) sobre producción constituye un recorte encubierto e injustificado de la Tarifa Regulada;

ii) En segundo lugar, la eliminación por parte del Gobierno de la Prima (con arreglo al RDL 2/2013) frustra las expectativas que RWE había puesto con el Régimen Especial;

En tercer lugar, la sustitución por parte del Gobierno, en virtud del RDL 2/2013, del mecanismo de actualización vinculado a la Tarifa Regulada por un índice inferior al IPC se desvía de las expectativas que tenía RWE de que la Tarifa Regulada sería actualizada durante la vida útil de las plantas a fin de reflejar las variaciones del IPC general; y

iv) Finalmente, en julio de 2013, con el RDL 9/2013 eliminando por completo el Régimen Especial y en particular el régimen económico del RD 661/2007 que para entonces se aplicaba a todas las instalaciones de RWE, y al introducir un régimen sustancialmente menos favorable que eliminaba la Tarifa Regulada, España violó los fundamentos básicos que RWE hizo de todas y cada una de sus inversiones"<sup>484</sup>.

471. Las Demandantes afirman que, en el caso *Micula*, la "resolución del sistema de retribución de la Tarifa Regulada derivó en una violación del estándar de TJE". Las Demandantes aseveran que, de modo similar a lo que ocurrió en *Micula*, en este caso: "solo unos pocos años después de que España promulgara el RD 661/2007, animó a los

---

<sup>481</sup> En referencia a C-0064, Proyecto de Real Decreto de 2010; C-0268, Memoria Económica del RD 1614/2010, p. 11.

<sup>482</sup> CL-0052, *Micula*.

<sup>483</sup> Cl. Rej.Reply ¶¶ 527-528.

<sup>484</sup> Cl. Mem., ¶ 471.

*Demandantes a mejorar las instalaciones existentes y confirmó la estabilidad del régimen mediante el Acuerdo de julio de 2010 y el RD 1614/2010, España anuló todas sus características clave. España renegó de sus promesas, lo que conllevó la frustración de las expectativas legítimas de los Demandantes, y la alteración del marco jurídico que había garantizado previamente. Este es un claro incumplimiento de su obligación de tratamiento justo y equitativo [...]*<sup>485</sup>.

472. En cuanto a la posición del Demandado de que las expectativas eran irrazonables, las Demandantes señalan que:

- a) Las Demandantes realizaron un análisis exhaustivo del marco regulatorio con anterioridad a su Inversión original y lo actualizaron<sup>486</sup>, mientras las expectativas de las Demandantes coincidían con la propia interpretación del Demandado<sup>487</sup>.
- b) Además, *“Iberdrola y las asociaciones de ER compartían la interpretación de RWE del Régimen Especial... AEE dijo al Gobierno español que el Nuevo Régimen violaba los compromisos de España en el Artículo 44.3 del RD 661 y el Artículo 5.3 del RD 1614 mediante la aplicación de una revisión tarifaria para las instalaciones existentes. Lo mismo cabe decir para Pöyry, quien informó a RWE que el “RD 661/2007 garantizaba (primas ambientales) durante la vida útil de la planta”*<sup>488</sup>. Con respecto a la declaración de Osborne Clark que invoca el Demandado y los fallos del Tribunal Supremo español, las Demandantes manifiestan que *“es un resumen del fallo del Tribunal Supremo de 2012 dictado después de que RWE realizara sus inversiones. Lo mismo se aplica a la mayoría de los fallos del Tribunal Supremo que cita España; son posteriores a las inversiones de RWE. El resto no indicó que pudieran recortarse las Tarifas Reguladas*

---

<sup>485</sup> Cl. Mem. ¶¶ 472-473.

<sup>486</sup> Cl. Rej.Reply ¶¶ 514-522; Cl. Skeleton ¶ 66; Navarro, ¶¶ 38-62; Henderson ¶¶ 23-27 y 38-34.

<sup>487</sup> Cl. Rej.Reply ¶¶ 531 y 532; Cl. Skeleton ¶ 66.

<sup>488</sup> Cl. Skeleton ¶ 67; **R-0273**, Presentaciones de la AEE sobre el proyecto de Orden IET/1045/2014 ante la CNMC de 26 de febrero de 2014, p. 2; **C-0103**, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica), , p. 2.

*garantizadas por el Régimen Especial (y no precisamente la Tarifa Fija)”*<sup>489</sup>.  
[Traducción del Tribunal]

- c) Las “*inversiones [de las Demandantes] con anterioridad al RD 661 se realizaron en función de compromisos previos incluidos en el Régimen Especial*”; y, conforme al principio de ‘*grandfathering*’ del Régimen Especial, esas instalaciones pasaron a gozar de la “*protección de las Tarifas Reguladas del RD 661*”<sup>490</sup>. [Traducción del Tribunal]

473. En subsidio, las Demandantes alegan que incluso si sus expectativas legítimas hubiesen estado limitadas por el concepto de España de ‘rentabilidad razonable’, el Demandado también habría violado el TCE<sup>491</sup>. En tal caso, la rentabilidad razonable se debería calcular al momento en que las Demandantes realizaron sus Inversiones con la rentabilidad, en referencia al Informe de la CNE de 2007, entre 8,2% y 11,2% después de impuestos<sup>492</sup>.

#### b. *La Posición del Demandado*

474. Según el Demandado, las Demandantes no demostraron ni la existencia del supuesto compromiso de ‘*grandfathering*’ ni el hecho de que sus expectativas hayan dependido de ese ‘*grandfathering*’. Su argumento es que las Demandantes no solicitaron ningún informe jurídico que confirmara el supuesto ‘*grandfathering*’, y que no produjeron una diligencia debida jurídica que justificara las supuestas “*expectativas sobre un ‘compromiso’ del Reino de España de petrificar el régimen derivado del RD 661/2007 o de mantenerlo o mejorarlo en reformas posteriores. Ello es relevante porque la*

---

<sup>489</sup> Cl. Skeleton ¶ 68; **R-0302**, Osborne Clarke Publications “*Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el marco de los recursos contra el Real Decreto 1565/2010*”, 12 de abril de 2012.

<sup>490</sup> Cl. Skeleton ¶ 69.

<sup>491</sup> Cl. Rej.Reply ¶ 535.

<sup>492</sup> Cl. Rej.Reply ¶ 537; Segundo Informe de Compass LexeconSegundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 107. Véase, también, **CLEX-0036**, Informe 3/2007 de la CNE de febrero de 2007 “*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 y de Determinadas Instalaciones de Tecnologías Asimilables del Régimen Ordinario.*”, p. 54-55.

*institución o el concepto de ‘grandfathering’ no existe en la legislación española, ni, por tanto, en el marco regulatorio del SEE*<sup>493</sup>.

475. En el marco de la diligencia debida, el Demandado hace hincapié en una supuesta e inexcusable falta de contemplación y configuración por parte de las Demandantes de sus expectativas en relación con la jurisprudencia nacional de España, que es la máxima intérprete de las disposiciones que establecen el marco regulatorio y la cual, desde 2005, ha sostenido que las normas no garantizan la continuidad indefinida de las fórmulas utilizadas para fijar las primas<sup>494</sup>.
476. Además, y sin perjuicio de la cuestión de la diligencia debida, el Demandado alega que las Medidas en Disputa no vulneran las expectativas legítimas de las Demandantes porque España no asumió ningún compromiso específico a favor de las Demandantes si bien, con respecto a los cambios en la legislación del Estado receptor, habría que demostrar que las expectativas fueron razonables y justificadas, algo que las Demandantes no pueden acreditar<sup>495</sup>.
477. El Demandado argumenta que no ofreció ninguna promesa o garantía de petrificar su régimen a favor de las Demandantes o de sus inversiones, ni prometió ‘grandfathering’ alguno<sup>496</sup>. Según el Demandado, la ausencia de tales compromisos se corroboró en el caso *Charanne*, en el cual se analizó el marco regulatorio del sector eléctrico español de 2007 y 2008<sup>497</sup>.
478. El Demandado alega, asimismo, que las expectativas de las Demandantes no fueron razonables sobre la base del marco regulatorio vigente durante los 11 años en que las Demandantes invirtieron en España<sup>498</sup>. Se funda en las expectativas supuestamente opuestas de las principales Asociaciones de ER, de inversores de ER como Iberdrola y

---

<sup>493</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 896-898.

<sup>494</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 902 y 903; Resp. Skeleton ¶¶ 22-28.

<sup>495</sup> Resp. C-Mem. ¶ 905.

<sup>496</sup> Resp. C-Mem. ¶ 907.

<sup>497</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 908 y 909; **RL-0049**, *Charanne*, ¶¶ 504 a 508.

<sup>498</sup> Resp. C-Mem. ¶ 912. El mismo argumento se plantea con respecto al caso alternativo de las Demandantes basado en una rentabilidad razonable de 8,2% a 11,2% antes de impuestos. Resp. Skeleton ¶ 53.



de asesores como Pöyry<sup>499</sup>. El Demandado explica que cualquier inversor sabía, o debería haber sabido, que el marco regulatorio se basaba en los siguientes principios:

“(1) ...el principio de jerarquía normativa y fruto de procedimientos de elaboración normativa legalmente estipulados.

(2) El marco regulatorio no se limita al RD 661/2007 y al RD 1614/2010 como pretende la Demandante. Se configura a partir de la Ley 54/1997 y de las normas reglamentarias que la han desarrollado, interpretadas por la Jurisprudencia.

(3) El principio fundamental de que los subsidios al RE son un coste del SEE, subordinados al principio de sostenibilidad económica del mismo.

(4) Derecho a la prioridad de acceso y despacho de la producción eléctrica.

(5) Que la retribución del RE consiste en un subsidio que, sumado al precio de mercado, proporcione a las Plantas de ER una rentabilidad razonable, en el marco de su vida útil, conforme al mercado de capitales, que tiene un carácter dinámico y equilibrado dentro del SEE. Esta rentabilidad se vinculaba exclusivamente al coste efectuado en la construcción y operación de las plantas.

(6) Que la determinación de los subsidios se fijaba en función de la evolución de la demanda y demás datos económicos de base, plasmados en los Planes de Energías Renovables sobre los costes de inversión y operación de instalaciones-tipo con el objetivo de que dichas instalaciones, durante su vida útil, puedan alcanzar una rentabilidad razonable.

(7) Que los cambios normativos en el régimen retributivo de las ER desde 2004 han venido motivados (i) para corregir situaciones de sobre-retribución, o (ii) por la fuerte alteración de los datos económicos que sirvieron de base para la estimación de los subsidios”<sup>500</sup>,

479. Asimismo, el Demandado manifiesta que las Demandantes no tuvieron ni podrían haber tenido expectativas sobre la base de documentos como las presentaciones de InvestinSpain<sup>501</sup>.

480. En cuanto a la redacción del Artículo 44.3 del RD 661/2007, el Demandado señala que nada dice sobre actualizaciones, horas primadas, vida operativa de las plantas, prioridad

---

<sup>499</sup> Resp. Skeleton ¶¶ 48 y 49.

<sup>500</sup> Resp. C-Mem. ¶ 913.

<sup>501</sup> Resp. Rej. ¶ 674.

de despacho o cualquier otro aspecto del Régimen Especial. El Demandado considera que esta disposición se refiere únicamente a revisiones periódicas específicas, no cualquier revisión del sistema tarifario. Señala que la disposición no menciona el ‘*grandfathering*’ ni garantiza que se mantendrían las tarifas<sup>502</sup>. Además, con respecto al principio de jerarquía, el RD 661/2007 y el RD 1614/2011, que desarrollaron el mandato establecido en la Ley 54/1997, no pudieron haber contradicho o anulado las disposiciones de esa Ley. Por ende, cualquier inversor diligente habría sabido que el RD 661/2007 no podría haber congelado el régimen retributivo de manera indefinida, ya que ello habría sido contrario al principio de sostenibilidad económica<sup>503</sup>. El Demandado invoca el laudo del caso *Isolux*, en el cual se resolvió que la única expectativa legítima de la demandante era la de una rentabilidad razonable de su inversión<sup>504</sup>.

481. El Demandado considera que “*ningún inversor diligente podría esperar que, de existir una situación de déficit o desequilibrio económico que afectase a la sostenibilidad del SEE, el Estado español dejaría de adoptar medidas para poder solventarlo*”, mientras que, por su parte, el marco jurídico vigente “*permitía cambios regulatorios sobre instalaciones existentes, manteniendo siempre el principio de rentabilidad razonable en el marco de un SEE sostenible*”<sup>505</sup>.

## (2) El Análisis del Tribunal

### a. La importancia del momento en que se realizaron las inversiones

482. Con respecto al caso de expectativas legítimas, las Demandantes deben demostrar que: “(a) España otorgó una promesa o garantía; (b) RWE realmente se fío de esa promesa o garantía como una cuestión de hecho; y (c) esa fiabilidad (y expectativa) fue razonable”<sup>506</sup> [Traducción del Tribunal]. Por lo tanto, huelga decir que es importante

---

<sup>502</sup> Resp. C-Mem. ¶ 917. Resp. Skeleton ¶ 51.

<sup>503</sup> Resp. Rej. ¶¶ 221-223; **R-0003**, Ley 54/1997, Artículo 29.

<sup>504</sup> Resp. Skeleton ¶ 54, que hace referencia a **RL-0088**, *Isolux*, ¶ 787. Véase, también, la mención que hace el Demandado en sus Comentarios de 3 de mayo de 2019 sobre **RL-0099**, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre Responsabilidad y sobre Principios de Cuantificación de Daños, 30 de noviembre de 2018 (en adelante “**RREEF, Decision sobre Responsabilidad y sobre Principios de Cuantificación de Daños**”).

<sup>505</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 914 y 915. Resp. Skeleton ¶¶ 29-33.

<sup>506</sup> Cl. PHB ¶¶ 34 y 35, que hacen referencia a *Micula c. Romania*.

identificar con precisión en qué momento preciso invirtieron los Demandantes y de qué promesas o garantías se fiaron. Nada sugiere lo contrario en *Arif c. Moldavia* o *Mamidoil c. Albania* o incluso en los escritos de los Profesores Schreuer y Kribaum<sup>507</sup>. Además, al considerar una fiabilidad razonable, no se puede analizar el conjunto de inversiones como una unidad indivisible, y la cita de casos de expropiación por parte de las Demandantes, en los que no corresponde analizar cada uno de los derechos que integran la inversión (como los derechos de propiedad intelectual individuales), es inapropiada<sup>508</sup>. La pregunta, en ese contexto, es si hubo privación sustancial, que comprende consideraciones bastante diferentes. Lo mismo regiría cuando, en el contexto jurisdiccional, puede resultar conveniente que un tribunal considere la unidad de una cierta inversión.

483. El momento es importante porque las Inversiones se realizaron durante un período de 12 años aproximadamente, en los cuales se aplicaron normas muy diferentes, en condiciones de inversión también diferentes. En líneas muy generales, las Inversiones se llevaron a cabo en tres períodos distintos, a saber:

- a) El período anterior al RD 436/2004, cuando las Demandantes realizaron inversiones bajo el régimen establecido por el RD 2818/1998, que no contenía ninguna disposición equivalente al Artículo 40.3 del RD 436/2004 o al Artículo 44.3 del RD 661/2007 (según el cual las futuras revisiones no afectarían a las plantas cuya acta de puesta en servicio ya se hubiera otorgado);
- b) El período del régimen establecido por el RD 436/2004 y luego el RD 661/2007, pero antes de que se adoptaran otras normas, comenzando por el RDL 6/2009, mediante el cual España procuró modificar el régimen RD 661/2007 a fin de resolver el déficit tarifario;

---

<sup>507</sup> Cl. Mem. ¶¶ 450-452; **CL-0041**, C. Schreuer and U. Kribaum, “At What Time must Legitimate Expectations Exist?” En “Liber Amicorum: Thomas Wälde”, en 9 TDM 1, 2012, p. 269; **CL-0026**, Sr. Franck Charles Arif c. *La República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo de 8 de abril de 2013, ¶ 543; **CL-0093**, *Mamidoil*, ¶ 707.

<sup>508</sup> Cf. Cl. PHB ¶¶ 54-56.

- c) El período posterior al RDL 6/2009, durante el cual el régimen del RD 661/2007 se tornó cada vez más sujeto a modificaciones, pero antes de la adopción de las Medidas en Disputa.
484. En cuanto a las expectativas legítimas en relación con el primero de estos tres períodos amplios, las cuestiones son más contundentes y conviene tratarlas de antemano.
485. El argumento de las Demandantes es que (i) el RD 2818/1998 estableció una serie de incentivos para las Inversiones que reunieran ciertos requisitos, en particular, el pago de una prima o una tarifa fija, (ii) la reglamentación confirmó expresamente que estos incentivos no tendrían límite temporal, y (iii) las Demandantes se ampararon en estos incentivos al realizar sus Inversiones<sup>509</sup>.
486. Es correcto que el Preámbulo del RD 2818/98 dispuso que el incentivo que establecía para las instalaciones basadas en energías renovables “*no tiene límite temporal debido a que se hace necesario internalizar sus beneficios medioambientales y a que, por sus especiales características y nivel tecnológico, sus mayores costes no les permite la competencia en un mercado libre*”<sup>510</sup>. Esa declaración fue correcta en cuanto a las disposiciones sustantivas subsiguientes. Sin embargo, no era una declaración de que los incentivos nunca se modificarían en el futuro, y uno no podía ampararse en ella como tal. De hecho, el Artículo 32 del RD 2818/1998 dispuso expresamente que habría una revisión cada cuatro años “*atendiendo a la evolución del precio de la energía eléctrica en el mercado, la participación de estas instalaciones en la cobertura de la demanda y su incidencia sobre la gestión técnica del sistema*”<sup>511</sup>. A diferencia del RD 436/2004 y del RD 661/2007, nada en la redacción indicaba que dichas revisiones sólo afectarían a las plantas futuras<sup>512</sup>.

---

<sup>509</sup> Cl. PHB ¶¶ 15 y 16, que hacen referencia, en particular, a **C-0177**, RD 2818/1998, preámbulo.

<sup>510</sup> **C-0177/R-0098**, RD 2818/1998.

<sup>511</sup> **C-0177/R-0098**, RD 2818/1998; Cl. Mem. ¶ 136; Resp. C-Mem. ¶ 395.

<sup>512</sup> El Sr. Schäfer, que habla sobre los factores motivadores de las Demandantes con respecto a Grisel y el Proyecto Aida en su Declaración, ¶¶ 28 y 31, no sugiere lo contrario ni menciona otros factores relevantes.

487. No hay declaraciones del Demandado ni otros materiales relevantes que cambien estos hechos básicos<sup>513</sup>. De hecho, la documentación interna de las Demandantes y el informe de Ilex/Pöyry de 2002 “*Projecting Wholesale Electricity Prices in Spain*” [Proyección de los precios del mercado mayorista de la electricidad en España] demuestran que las Demandantes sabían (o, al menos, estaban informadas) que podría haber cambios desfavorables en el Régimen Especial entonces vigente<sup>514</sup>.
488. En tales circunstancias, el Tribunal no ve ningún impedimento para concluir que la única expectativa razonable era que el régimen pudiera cambiar de inmediato y quizá empeorar bastante. No importa si, conforme a las disposiciones de ‘*grandfathering*’ de las regulaciones posteriores, las plantas que operaban bajo el RD 2818/1998 podían optar y finalmente optaban por acogerse a los regímenes del RD 436/2004 y (posteriormente) del RD 661/2007. Dichas plantas pasaron a gozar de los beneficios de esos regímenes posteriores, pero cuando se realiza una Inversión en relación con un régimen anterior, las expectativas razonables—es decir, las expectativas al momento de realizarse las Inversiones—sólo podrían formarse en relación con ese régimen anterior.
489. De ello se desprender que no es posible plantear una reclamación válida sobre la base de expectativas legítimas con respecto a Inversiones realizadas antes del RD 436/2004, es decir, las siguientes adquisiciones:
- a) Abril de 2001: adquisición del parque eólico Grisel por aproximadamente EUR 3,5 millones<sup>515</sup>.
  - b) Mayo de 2002: adquisición del 100% del capital de Aersa por EUR 42 millones y, por ende, participaciones en los siguientes parques eólicos: Acampo Armijo (100%); Muel (77,67%); Puena de la Balsa (81%); Los Labrados (81%); Plana de

---

<sup>513</sup> Cf., por ejemplo, Cl. PHB ¶ 16.

<sup>514</sup> **C-0183**, Carlos Sola Martín, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, “Renewable Energies: The Spanish Case”, CNE, Presentación de PowerPoint, Cartagena de Indias, 9-13 de febrero de 2009; y **C-0088**, Informe de Ilex Energy Consulting a Harpen, “Projecting wholesale electricity prices in Spain” (*Proyección de los precios del mercado mayorista de la electricidad en España*), Resumen Ejecutivo, p. (ii); y pp. 11 y 12. Véase, también, Alegato de apertura del Demandado, Día 2/541-542.

<sup>515</sup> Cl. Mem., ¶ 215.

Zaragoza (81%); Aldehuelas (20,81%), a los cuales se suma la adquisición de otra participación de 21,97% en Aldehuelas por EUR 586.363 en diciembre de 2003<sup>516</sup>.

c) Mayo de 2002: también a través de la adquisición de Aersa, la participación de 100% en las centrales hidroeléctricas Chomba del Plagano, Cepeda y La Mora, y una participación de 60% en la central hidroeléctrica Villalgordo<sup>517</sup>.

d) Mayo de 2002: también a través de la adquisición de Aersa, el 90% de Prodenergías 2, la cual a su vez era propietaria indirecta del 46,26% de Luna, Juno y Urano (que aumentó a 50% el 1 de abril de 2004)<sup>518</sup>.

490. Sin embargo, cabe recordar, en cuanto a las plantas mencionadas *supra*, que también se realizaron otras Inversiones después de que entrara en vigencia el RD 661/2007 (a través de la adquisición de más acciones en dichas plantas y a través de mejoras que supuestamente realizaron algunas plantas para poder ampararse en el régimen del RD 661/2007)<sup>519</sup>. De ello se desprende que lo que se concluyó en el párrafo anterior no aplica con respecto a la totalidad de la Inversión de las Demandantes en estas plantas, y se hace hincapié en que la conclusión es sólo respecto de aquellas reclamaciones que dependan de supuestas expectativas legítimas.

**b. *La cuestión de si las Demandantes efectivamente se ampararon en el régimen del RD 661/2007 al invertir después de 2007***

491. La más importante de las Inversiones sobre las que versa este caso—la adquisición de Urvasco (Proyecto Ulysses), por la cual las Demandantes adquirieron los parques eólicos Bancal, Los Siglos, Lanternoso, Rio Gallego, Bosque Alto y Plana Maria por EUR 363,5

---

<sup>516</sup> Cl. Mem., ¶ 230. El 1 de abril de 2004, se adquirió otra participación de 1,77% en esta planta por unos EUR 40.000. El Tribunal considera que esta adquisición guarda relación con las ventas anteriores y, ante la ausencia de pruebas concretas de fiabilidad, no considera relevante el hecho de que esta venta haya ocurrido pocos días después de adoptarse el RD 436/2004 el 27 de marzo de 2004.

<sup>517</sup> Cl. Mem. ¶¶ 216-234.

<sup>518</sup> Cl. Mem., ¶ 219. Al igual que con la adquisición del 1,77% del capital de Aldehuelas el 1 de abril de 2004, el Tribunal considera que esta adquisición guarda relación con las ventas anteriores y, ante la ausencia de pruebas concretas de fiabilidad, no considera relevante el hecho de que esta venta haya ocurrido pocos días después de adoptarse el RD 436/2004 el 27 de marzo de 2004.

<sup>519</sup> Cl. Mem. ¶¶ 453 y 454.

millones<sup>520</sup>—tuvo lugar en junio de 2008. La adquisición ocurrió después de un cambio en la estrategia grupal de las Demandantes en 2008, por el cual su actividad principal pasó a ser la energía renovable<sup>521</sup>. Según el Director Ejecutivo de la Segunda Demandante, el Sr. Bünting:

“Como consecuencia del cambio de estrategia del Grupo, decidimos invertir en energías renovables y capacidad de generación de calor. Durante los primeros años, teníamos un presupuesto de inversión de aproximadamente 1000 millones de euros al año y lo teníamos que invertir de una manera rentable. En este sentido, mirábamos nuestra cartera e identificamos dónde éramos capaces de conseguir el mayor crecimiento.

... España había definido su marco regulatorio y lo había desarrollado primero en el RD 2818/1998, después RD 436/2004 y posteriormente en el RD 661/2007, regulaciones que no solo eran favorables para la inversión, sino que cada una de ellas tenía incluso mejores condiciones que la anterior, demostrando un claro compromiso de respaldar la tecnología renovable”<sup>522</sup>.

492. En la decisión del Consejo de Administración por la que se aprobó la Adquisición de Urvasco, se mencionó específicamente el RD 661/2007 y, en la sección “*Tariffs in Spain*” [Tarifas en España], se incluyó lo siguiente:

“Los ingresos totales de los parques eólicos españoles provienen de una porción del precio mayorista de la energía y una ‘prima’ adicional para las renovables a modo de subsidio. Actualmente, todas las plantas de Urvasco—al igual que las de AERSA—operan bajo el régimen transitorio del Real Decreto (RD) 436/2004. No obstante, el sistema retributivo bajo el nuevo RD 661/2007, que se prevé aplicar desde 2013 en adelante, adopta un sistema de límites ‘máximo y mínimo’ que brinda una banda de ingresos garantizada. Los ingresos pueden variar dentro de este mecanismo de límites ‘máximo y mínimo’”<sup>523</sup>. [Traducción del Tribunal]

493. Después de explicar el atractivo de España como lugar para invertir en energías renovables en 2008 en relación con las Inversiones anteriores de las Demandantes allí,

---

<sup>520</sup> Cl. Mem., ¶ 233.

<sup>521</sup> Declaración Testimonial de Bünting, ¶¶ 18 y 40.

<sup>522</sup> Declaración Testimonial de Bünting, ¶¶ 18 y 19.

<sup>523</sup> **C-0091**, Decisión circular del Consejo de Administración de RWE AG sobre el Proyecto Ulysses, 15 de abril de 2008, p. 6.

sus condiciones meteorológicas favorables y su membresía en la UE, el Sr. Bunting prosiguió:

“Pero todo lo anterior no habría sido importante si no se hubiera ofrecido un régimen estable y predecible. De hecho, el factor más importante para invertir en España fue la estabilidad del clima de inversión, gracias a la fuerte política del gobierno en favor de las energías renovables que se desprendía de la adopción de diversas regulaciones atractivas que garantizaban la estabilidad y previsibilidad de los beneficios.

España se había presentado a sí misma como pionera en ER y había desarrollado una importante industria de estas energías. Al invertir, fuimos conscientes de la existencia de un sistema estable de remuneración que ya se había anunciado en la Ley del Sector Eléctrico de 1997 y que se reforzó además con legislación posterior. En general, el respaldo político, legal y público hizo que para nosotros fuese extremadamente atractivo invertir en España por la estabilidad que dicho respaldo y marco legal prometían. ...

Como se ha explicado, en 2008 se produjo un cambio de estrategia dentro de la compañía de acuerdo con el que el negocio de energías renovables pasó a considerarse un negocio central. Este cambio de estrategia, junto con al tamaño subcrítico del negocio existente y, por supuesto, el clima de inversión favorable descrito anteriormente, nos llevó a aumentar el tamaño del negocio español, en primer lugar mediante el Proyecto Ulysses”<sup>524</sup>.

494. El contrainterrogatorio del Sr. Bunting, que se centró más en la cuestión de si la fiabilidad fue razonable, en lugar de si hubo realmente fiabilidad, no socavó los extractos del testimonio escrito, mencionados *supra*. El Tribunal no ha visto ninguna prueba de que las Demandantes consideraran en detalle el Artículo 44.3 del RD 661/2007 y lo tuvieran en cuenta al decidir adquirir Urvasco, si bien advierte que en el Libro de Hechos de RWE de junio de 2008 se hace referencia a los futuros cambios en la legislación y se afirma que las revisiones contempladas en el RD 661/2007 “*no afectarán a las plantas que hayan obtenido el certificado de puesta en servicio antes del 1 de enero del segundo año después*”

---

<sup>524</sup> Declaración Testimonial de Bunting, ¶¶ 36, 37 y 40. Véase, también, Declaración Testimonial de Henderson, ¶ 22: “En resumen, nuestra confianza en un régimen regulatorio estable y transparente fue el punto base mínimo y necesario sobre el que se apoyó absolutamente todo lo que hicimos en cuanto a la decisión de continuar invirtiendo en España”. Como ya se señaló, las Demandantes aceptan que pagaron un precio alto por la adquisición de Urvasco: Declaración Testimonial de Bunting, ¶ 63. El Demandado alega, en relación con el testimonio del Sr. Bunting, que las Demandantes eran inversores “*brownfield*” y que, por lo tanto, es incorrecto afirmar que España se beneficia con la Inversión: véase el Alegato de clausura del Demandado el Día 5/1589; *cf.* Alegato de apertura de las Demandantes, Día 5/1507. El Tribunal no considera que esta área de desacuerdo sea relevante. El Régimen Especial podría haber hecho una distinción entre inversión en sitios nuevos y en sitios “*brownfield*”, pero no lo hizo.



de haberse efectuado la revisión”<sup>525</sup> [Traducción del Tribunal]. En su testimonio, el Sr. Bünting hizo hincapié en la oferta de un “régimen estable y predecible”, por contraposición a una interpretación y fiabilidad específica de las disposiciones del RD 661/2007. En opinión del Tribunal, las pruebas demuestran que la adquisición de Urvasco se realizó por remisión al régimen del RD 661/2007 y que, al realizar la Inversión, las Demandantes se fiaron de la estabilidad del régimen regulatorio (y no conforme a una interpretación y fiabilidad específicas de disposiciones individuales del RD 661/2007).

495. En cuanto a la adquisición de 23 de diciembre de 2008 de una participación adicional de 23,75% en Aldehuelas por EUR 12 millones<sup>526</sup>, y con respecto a las adquisiciones subsiguientes, el Sr. Bünting explicó en su declaración testimonial:

“Desde 2008 y hasta 2011, realizamos una serie de adquisiciones en parques eólicos españoles en los cuales ya teníamos participación en la propiedad, tanto para convertirnos en accionista mayoritario como para aumentar nuestra participación minoritaria de modo substancial.

De nuevo, el siguiente paso de nuestra estrategia de inversión en energías renovables consistió en conseguir tanto control de los activos existentes como fuera posible e integrarlos completamente en nuestro sistema de gestión de activos. Es más fácil optimizar una cartera cuando se posee el 100 % de los activos y no se tienen que respetar los derechos minoritarios o tratar con terceros, algo que requiere mucho tiempo y conlleva cierta complejidad administrativa. Además, estábamos invirtiendo en parques eólicos en los que ya teníamos una participación y suficiente experiencia en su gestión. Por lo tanto, las operaciones conllevaban un riesgo menor teniendo en cuenta que estábamos comprando algo que ya conocíamos. Por si esto fuera poco, en la evaluación se tuvo en cuenta el RD 661/2007 y las decisiones de inversión se basaron de nuevo en el hecho crucial de que se trataba de un contexto de negocios estable y fiable”<sup>527</sup>.

496. Con respecto a este último punto, el Sr. Bünting se ampara en los Formularios de Solicitud de Aprobación de Transacciones de RWE de fecha 12 de diciembre de 2008, 6 de abril de 2009 y 12 de julio de 2010. El Formulario de 12 de diciembre de 2008 revela que la

---

<sup>525</sup> C-0095, p. 33; Sr. Bünting, Día 2/602; Declaración Testimonial de Henderson, ¶ 25.

<sup>526</sup> Cl. Mem., ¶ 231.

<sup>527</sup> Declaración Testimonial de Bünting, ¶¶ 44 y 45, en relación con los Formularios de Solicitud de Aprobación de Transacciones de fecha 12 de diciembre de 2008, 6 de abril de 2009 y 12 de julio de 2010; también, Navarro, ¶ 36; Henderson, ¶¶ 39-43.

valuación económica de la adquisición se realizó bajo el “*supuesto*” de un “*precio de la energía*”, es decir, la “*tarifa regulada actual del Real Decreto (RD) 436/2004 hasta 2012, respectivamente, el RD 661/2007 con sistema de límites superior e inferior desde 2013*”, y se hace referencia al “*compromiso sustentable del Gobierno español en relación con el apoyo al sector de energía renovable*”<sup>528</sup> [Traducción del Tribunal]. El Formulario de 6 de abril de 2009 contiene una referencia similar al RD 661/2007<sup>529</sup>.

497. Al igual que la adquisición de Urvasco, el Tribunal considera que las adquisiciones de 2008-2009 también se hicieron por remisión al régimen del RD 661/2007 y que las Demandantes se fiaron de la estabilidad del régimen regulatorio. La misma conclusión se aplica a las mejoras de ciertas plantas realizadas en 2009, que costaron EUR 6,8 millones<sup>530</sup>.

498. En cuanto a las transacciones durante los meses de octubre-diciembre de 2010 y febrero de 2011, es decir, las demás participaciones adquiridas en Plana de la Balsa, Los Labrados, Plana de Zaragoza y Muel<sup>531</sup>, el Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones de RWE de 12 de julio de 2010 contiene el siguiente supuesto:

“Datos EEO de abril de 2010. La cifra de 2010 se corrigió ya que este año estuvo totalmente cubierto (según la Política de Cobertura de RWE Innogy). En cuanto al Proyecto REA (consumación prevista en 2014), sólo se ajustó el precio mayorista más la prima reactiva estimada (no se calcularon primas correspondientes al RD 661/2007)”<sup>532</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>528</sup> **C-0094**, Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones para el Proyecto Aldea, 1 de marzo de 2008, pp. 3-4, introducido en Alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/165.

<sup>529</sup> **C-0098**, Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones para el Proyecto Día, 6 de abril de 2009, p. 7.

<sup>530</sup> Cl. Mem. ¶¶ 235 y 236; Henderson, ¶¶ 46 y 49; **C-0082**, Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones para la actualización del voltaje, de 1 de marzo de 2008.

<sup>531</sup> Cl. Mem. ¶¶ 221 y 223-228.

<sup>532</sup> **C-0099**, Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones para la Adquisición de Accionistas Minoritarios, 12 de julio de 2010 (en adelante “**Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones, 12 de julio de 2010**”), p. 5.

499. El Formulario también contempla la posibilidad de que España redujera la cantidad de horas primadas anuales durante las cuales debía pagarse la prima, si bien se consideró que esto era poco probable<sup>533</sup>.
500. A mediados de 2010, las Demandantes también tuvieron el beneficio de reunirse con el Gobierno español. Las Demandantes confeccionaron un acta de esta reunión, celebrada el 23 de junio de 2010, la cual—ante la ausencia de testigos o pruebas del Demandado que contrarresten su validez—el Tribunal considera que constituye una constancia precisa<sup>534</sup>. El acta reza, en lo pertinente:

“RWE Innogy explicó su presencia en España haciendo hincapié en las inversiones sustanciales realizadas durante los últimos 24 meses, en especial y en nuestra opinión, para el crecimiento y desarrollo futuro en un mercado que, hasta el día de hoy, habíamos considerado atractivo y estable, y ni hablar de su apoyo continuo al sector de energías renovables.

El DG explicó que habían estado trabajando muy de cerca con todas las asociaciones del sector de energías renovables para determinar en qué medida podían aceptar cambios en el régimen tarifario a modo de aporte a los esfuerzos generales del Gobierno español para reducir el déficit presupuestario. A esta altura, consideraban que habían avanzado bastante y que probablemente llegarían a un acuerdo en un lapso de 24 horas, además de que toda nuestra conversación debía tratarse con confidencialidad dada la sensibilidad de las cuestiones y el hecho de que lo que hablamos aún no reflejaba nuestras posturas definitivas.

El DG consideraba que su fundamento jurídico para poder realizar cambios en el régimen tarifario de las renovables existentes era el artículo 44 del Real Decreto 661/2007 que, en su opinión, les permitía revisar el nivel del elemento ‘prima’ de la tarifa (y no precisamente la tarifa fija), siempre que las circunstancias justificaran este cambio. Las circunstancias de este caso fueron el trasfondo económico en general pero, en particular, la fuerte caída de la demanda de energía eléctrica durante los 12 meses anteriores, lo que generó un aumento del déficit tarifario debido a los subsidios pagaderos a las renovables, teniendo en cuenta que la capacidad renovable instalada era proporcionalmente mayor dentro del reparto

---

<sup>533</sup> C-0099, Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones, 12 de julio de 2010, p. 6 en “risks” [riesgos].

<sup>534</sup> Cf. Alegato de clausura del Demandado, Día 5/1622. El Tribunal advierte que las Demandantes realizaron una presentación general acerca de la ausencia de testigos de parte del Demandado pertenecientes al Ministerio y la CNE, y pretendieron que se concluyera que las personas responsables del Ministerio y la CNE de España no estaban dispuestas a respaldar los alegatos del Demandado: Día 1/48-50. Esa conclusión carece de fundamento. Sin embargo, cuando las Demandantes presentan, como ocurre en este caso, el acta de una reunión junto con su Memorial, en la cual estuvieron presentes miembros del Gobierno, y no hay fundamentos probatorios para descartarla por imprecisa, el Tribunal naturalmente considera que se la debe aceptar como precisa.

sectorial general. Explicaron que el sector eólico no se consideraba de manera negativa en el sentido de obtener rentabilidades aceptables...

En su opinión, ese cambio no se consideraría retroactivo y, como tal, estaría comprendido dentro de sus facultades de implementación. Nuestra opinión fue que el sector de las renovables, incluso nosotros, no estaba de acuerdo con esto y que cualquier cambio de este tipo se consideraría retroactivo y como tal jurídicamente impugnabile.

Luego, el DG explicó que la postura correcta era que los activos eólicos que se encontraban en la fase transitoria entre el RD 436 y el RD 661, que representan toda la cartera operacional de Aersa, conservarían la estructura tarifaria vigente y que respetarían la fecha de 2013 para el traspaso de un régimen a otro, contrariamente a la reciente especulación de la prensa. Se sintieron agraviados con el hecho de que esta parte del sector no contribuyera a reducir el déficit, pero esa era la realidad y el resultado previsto. ...

Aquellos activos actualmente amparados en el régimen tarifario del RD 661, o preasignados a este régimen para el futuro, estarían sujetos a una reducción de la prima durante 2011 y 2012 a un nivel que se acordaría y, a cambio de este “esfuerzo”, el Gobierno se comprometería a garantizarles la rentabilidad de acuerdo con la estructura tarifaria actual y los niveles de primas en enero de 2013 y, además, a modificar el Artículo 44 del RD 661 para estos activos, de modo tal que el Gobierno no pudiera interferir con la estructura tarifaria en ninguna etapa futura. Consideraban que el sector estaría de acuerdo con esto... El DG también habló sobre el concepto de poner un límite a las horas operativas por encima del cual la energía generada por tales activos eólicos sólo recibiría el precio mayorista, pero creía que esto quizá no tendría sentido y no se implementaría. ...

En cuanto al futuro, el DG llevó una copia del recientemente publicado Plan a largo plazo para 2020, que deben presentar en Bruselas como su postura antes de fin de mes; sin embargo, con respecto a los regímenes tarifarios relacionados, consideraban que esto recién se analizaría una vez concluido el debate sobre lo ‘retroactivo’ y, por ende, no habría una postura clara antes de fin de año. (La semana próxima, remitiremos un informe sobre los objetivos españoles para 2020). No obstante, el DG comentó que, en su opinión, el resultado probable para el futuro del sector eólico sería garantizar un nivel mínimo, por encima del cual recibirían el precio mayorista”<sup>535</sup>. [Traducción del Tribunal]

501. Según el Sr. Henderson, la “*esa reunión nos confirmó varios principios que nos hacían sentirnos cómodos*”, y explicó:

---

<sup>535</sup> C-0191, Acta de la reunión del 23 de enero de 2010.

“porque claramente el gobierno pensaba que la industria eólica era una industria clave para el gobierno. Se aclaró que no había sobrerremuneración de los activos a juicio del gobierno y confirmaron más o menos los principios que iban a ser aplicados. Y una semana después esto llegó al acuerdo del mes de julio, que también nos daba toda certeza de que aquí no había riesgos futuros para nuestros activos y que se garantizaría el componente primado del 661 en el que se pensaba que había cierta flexibilidad de ajuste posible. Y, por lo tanto, la garantía que solicitábamos nosotros y que queríamos obtener es que no habría una modificación de eso en el futuro”<sup>536</sup>.

502. Por lo tanto, las Demandantes depositaron una cierta confianza en la reunión y en el “acuerdo” de julio de 2010<sup>537</sup>.

503. En los Formularios de Solicitud de Aprobación de Transacciones de RWE de 12 de julio de 2010 y 28 de septiembre de 2010, que se relacionan con el siguiente conjunto de adquisiciones de las Demandantes, las aprobaciones otorgadas se encuentran expresamente sujetas a la publicación de un acuerdo definitivo sobre tarifas por parte del Demandado. Así, el Formulario de Solicitud de 12 de julio de 2010 establece que la aprobación se encuentra “**sujeta a** la publicación de un acuerdo de tarifas por parte del Gobierno español” y que el “**Acuerdo definitivo está sujeto a la aprobación oficial del marco regulatorio**”<sup>538</sup>. Sin embargo, no se hace referencia a la reunión de 23 de junio de 2010<sup>539</sup>. El Formulario de Solicitud de 28 de septiembre de 2010 también hace referencia a “*un acuerdo de tarifas modificado por parte del Gobierno español*” y establece que “*supuestamente no contemplaría ninguna modificación sustancial de la valuación actual*” de los activos, es decir, las acciones que se estaban adquiriendo. Sin embargo, ese

---

<sup>536</sup> Sr. Henderson (segundo interrogatorio), Día 3/740-741. Véase, también, el pasaje citado en la Sección IV.A *supra* del Día 3/741. Además, el Día 3/736, declaró: “...nos reunimos con el gobierno y sacamos la impresión de que ellos tenían el derecho de cambiar la prima. Esa es una duda que sí teníamos nosotros, pero sin dudas este acuerdo de julio 2010 le puso coto completamente a cualquier duda que hubiésemos podido tener. El reglamento era claro, era estable y se iba a aplicar durante toda la vida útil de nuestros activos”. Véase, también, la declaración Testimonial de Navarro, ¶ 69. “En una conversación con RWE, España dejó claro que este era un curso de acción temporal y que todo volvería a la normalidad”.

<sup>537</sup> **C-0063**, Comunicado de Prensa del 2 de julio de 2010.

<sup>538</sup> **C-0099**, Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones, 12 de julio de 2010, énfasis en el original. La adquisición se refiere a una participación de 19% en Zaragoza, 12.32% en Muel y 10% en Prodeenergias 2.

<sup>539</sup> **C-0099**, Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones, 12 de julio de 2010, p. 4, se indica: “Según un acuerdo recientemente celebrado entre el Ministerio de Industria y la Asociación Eólica, ciertos parques eólicos sufrirán una reducción de la prima durante 2011 y 2012. Los parques eólicos en este TARF no se encuentran bajo un régimen en el que se aplicaría esta reducción. Este acuerdo se ha publicado en el sitio web del Gobierno y ha tenido una amplia cobertura en la prensa pero, para evitar riesgos, la aprobación definitiva de estas inversiones está sujeta a la publicación oficial del acuerdo, prevista para fines de julio”. [Traducción del Tribunal]

cambio se contemplaba como una posibilidad<sup>540</sup>, y el precio y la estructura de las adquisiciones se establecían en función de ello. De nuevo, no se hace mención alguna de la reunión de 23 de junio de 2010<sup>541</sup>. En la sección “*Evaluación estratégica*”, se afirma que “*España es el único de los mercados principales de RWEI debido a sus altos niveles de velocidad del viento y el compromiso continuo del Gobierno con respecto al sustento de las energías renovables*”<sup>542</sup>. [Traducción del Tribunal]

504. En vista de lo anterior, el Tribunal considera que las Demandantes se ampararon en el RD 661/2007 al realizar las Inversiones de 2010 y principios de 2011, aunque teniendo en cuenta que había habido cambios en el régimen y podría haber más. Los Formularios de Solicitud de 12 de julio y 28 de septiembre de 2010 no sugieren un grado de confianza importante en la reunión de 23 de junio de 2010, y demuestran que el “acuerdo” de julio de 2010 no se consideró fijo antes de su conclusión, que fue en forma de reglamentación, es decir, el RD 1614/2010. Sin embargo, se confió en el “acuerdo” y su materialización como reglamentación, con respecto a las adquisiciones y la fijación del precio de estas.
505. En cuanto a la adquisición de 2 de diciembre de 2011 de un 47,50% adicional del capital de Aldehuelas por EUR 25.540.000<sup>543</sup>, no se menciona el RD 661/2007 o el RD 1614/2010 en el Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones de RWE de 22 de noviembre de 2011 o el compromiso de España con el sector de energías renovables<sup>544</sup>. Salvo las declaraciones testimoniales, que no abordan esta transacción en detalle, no hay pruebas de fiabilidad real en el RD 661/2007 (o el RD 1614/2010) o en la

---

<sup>540</sup> **C-0115**, Formulario de solicitud de aprobación de operación, segundo tramo de los socios minoritarios, 28 de septiembre de 2010. Nótese, en particular, la p. 5: “Si el Acuerdo de Tarifas resultase diferente del actual régimen tarifario del RD 436/2004, se deberá ajustar el precio acordado con CLEAR. Si bien es necesario definir el término ‘sustancial’, aún hay un riesgo residual de discrepancia acerca de la interpretación. Si CLEAR no estuviese de acuerdo con este nuevo precio y no tuviese fondos para pagar, AERSA conservará el 100% de las acciones sin ningún otro pago adicional. Es muy poco probable que se modifique el decreto que redujo el EV actual por más del 50%”. [Traducción del Tribunal] También, **C-0189**, Formulario de Solicitud de Aprobación de Operación del Proyecto RWE Innogy, 28 de septiembre de 2010.

<sup>541</sup> **C-0115**, Formulario de solicitud de aprobación de operación, segundo tramo de los socios minoritarios, 28 de septiembre de 2010, p. 3. La adquisición se refiere a una participación de 19% en La Balsa, 10% en Muel y 19% Los Labrados.

<sup>542</sup> **C-0115**, Formulario de solicitud de aprobación de operación, segundo tramo de los socios minoritarios, 28 de septiembre de 2010, p. 4.

<sup>543</sup> Cl. Mem., ¶ 232.

<sup>544</sup> **C-0102**, Formulario de Solicitud de Aprobación de Operación para el Proyecto Aldea II, 22 de noviembre de 2011.

estabilidad del Régimen Especial, si bien los cálculos económicos en el Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones se basan en el pago continuo de una prima. Está claro, en cambio, que las Demandantes quisieron convertirse en propietarias del parque eólico Aldehuelas (con la adquisición, su participación ascendió a 95%). A la luz de las tantas incertidumbres de la situación regulatoria para noviembre de 2011, y ante la falta de pruebas más contundentes de fiabilidad, el Tribunal no puede concluir que las Demandantes hayan realizado esta Inversión basándose en el hecho de que el Régimen Especial no atravesaría importantes cambios. La misma conclusión se aplica a la adquisición de las Demandantes de una ‘participación dorada’ con respecto a la planta Muel (por EUR 50.000) en diciembre de 2012<sup>545</sup>.

506. Por último, en cuanto al grado de fiabilidad en el RD 661/2007 al realizar las Inversiones, el Tribunal advierte que el argumento de las Demandantes no es que esperaban que no hubiera ningún cambio en absoluto en el régimen del RD 661/2007, es decir, petrificación<sup>546</sup>. En palabras del Sr. Bunting: “Desde luego que la revisión puede cambiar ciertas cosas, pero no tiene que cambiar el valor para el inversor”<sup>547</sup>.

**c. Diligencia debida**

507. Tal como se expresara claramente en el caso *Electrabel*, al cual hizo referencia el Demandado en el contexto de diligencia debida: “La equidad y la coherencia deben evaluarse en el contexto de la información que el inversor conocía o debería haber conocido al momento de la inversión y la conducta del estado receptor”<sup>548</sup>. [Traducción del Tribunal]
508. Las declaraciones testimoniales de las Demandantes son bastante confusas en cuanto a la diligencia debida que se llevó a cabo. Si bien está claro que hubo diligencia debida con respecto a los aspectos económicos de las principales adquisiciones y demás cuestiones, como el hecho de si se había obtenido título perfecto, la postura fue diferente para el

---

<sup>545</sup> Cl. Mem., ¶ 223.

<sup>546</sup> Por ejemplo, Alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/59; Sr. Navarro, Día 2/667.

<sup>547</sup> Sr. Bunting, Día 2/610. Véase, también, Alegato de apertura de las Demandantes, Día 5/1500-1501.

<sup>548</sup> Resp. PHB ¶ 32, que hace referencia a **CL-0042**, *Electrabel*, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, ¶ 7.78.

régimen regulatorio y el riesgo de que este sufriera modificaciones. Según el Director Financiero de la Segunda Demandante, el Sr. Navarro:

“Nosotros, que yo recuerde, no solicitamos nunca un informe a ningún asesor legal sobre un riesgo de cambio en el marco regulatorio. Lo que sí hicimos fue realizar *due diligence* en las adquisiciones más importantes que hicimos y dentro de estas *due diligences* había un apartado legal en el cual hubiera sido razonable esperar que el correspondiente bufete de abogados, si existiera un riesgo sensible de un cambio radical en el marco regulatorio nos hubiera avisado, y esto no se produjo”<sup>549</sup>.

509. El Sr. Henderson, quien compartió la tarea de examinar los cambios políticos y regulatorios con el Sr. Navarro, afirmó:

“En relación con la *due diligence* regulatoria, solo contratamos asesores externos para que nos proporcionasen un análisis jurídico del régimen regulatorio cuando éste no era lo suficientemente claro a nuestros efectos. Sin embargo, cuando ya habíamos llevado a cabo inversiones bajo un determinado conjunto de normativas y sabíamos cómo funcionaban, no encargábamos a ningún asesor externo la tarea de realizar una *due diligence* regulatoria. Desde el momento en el que me incorporé a la empresa en 2008 y, de hecho, desde mucho tiempo atrás, y hasta finales de 2012, el régimen regulatorio estaba muy claro y se consideraba estable...”<sup>550</sup>.

510. En opinión del Tribunal, había razones suficientes para que un inversor diligente llevara a cabo la diligencia debida regulatoria al momento de la adquisición de Urvasco en junio de 2008, además de mantener esto actualizado con respecto a los desarrollos regulatorios que iban ocurriendo<sup>551</sup>, y el Tribunal rechaza la opinión de que se podía confiar en el asesoramiento de los abogados de las Demandantes sin encomendarles un ejercicio específico de diligencia debida<sup>552</sup>. La adquisición de Urvasco fue una Inversión realmente muy importante. Además, fue la primera Inversión de las Demandantes bajo el nuevo régimen creado por el RD 661/2007, que se había formulado en el contexto de una importante controversia industrial y demanda acerca de la inestabilidad del

---

<sup>549</sup> Sr. Navarro, Día 2/690:13-691:1 y 636:21-637:4. Véase, también, Declaración Testimonial de Bünting, ¶ 25, y Día 2/595:7-11; Sr. Navarro, Día 2/636:12-637:9.

<sup>550</sup> Declaración Testimonial de Henderson, ¶ 39; y Día 3/701:17-22, con respecto a la responsabilidad conjunta de los Sres. Navarro y Henderson. Véase, también, el testimonio del Sr. Bünting, Día 2/601, y la postura de las Demandantes en su alegato de apertura el Día 1/184 de que confiaban en que Osborne Clarke se encargaría de “*dar o [...] presentar alertas regulatorias*” pero que “*no había ninguna alerta que dar*”.

<sup>551</sup> Cf. Alegato de clausura de las Demandantes, Día 5/1520.

<sup>552</sup> Cf. Sr. Navarro, Día 2/690; Alegato de clausura de las Demandantes, Día 5/1519-1522.



régimen<sup>553</sup>. Aun así, no se solicitó asesoramiento jurídico externo sobre el régimen regulatorio (*cf.* el nivel de diligencia debida en relación con el régimen regulatorio, según el tribunal *del caso Antin*)<sup>554</sup>.

511. A partir de las pruebas orales y escritas, se puede concluir que hubo cierta diligencia debida interna acerca de la posición regulatoria, que fue responsabilidad del equipo de desarrollo del país. Sin embargo, no se brindaron detalles o documentos concretos y el individuo que identificaron los testigos de las Demandantes fue la “*gerente de desarrollo de negocios*”, que no estaba capacitado en cuestiones jurídicas<sup>555</sup>. Por lo tanto, el Tribunal no puede dar relevancia a dicha diligencia debida interna.
512. Si bien, a la fecha de la adquisición de Urvasco, las Demandantes contaban con el beneficio del informe de Pöyry de julio 2007<sup>556</sup>, este no se presentó ni se ha presentado como ejercicio de diligencia debida legal. Además, los testigos de las Demandantes no leyeron este informe y no queda claro en qué medida las Demandantes se ampararon en él al adquirir Urvasco<sup>557</sup>. Por otra parte, a pesar de los diversos cambios normativos posteriores al RD 661/2007, RWE no encomendó otros informes a Pöyry. En este sentido, el Demandado presentó un informe de Pöyry de marzo de 2011, intitulado “*Current State and Future Trends of Solar Power in Spain*” [Estado Actual y Tendencias Futuras de la Energía Solar en España], encomendado por otra parte no identificada<sup>558</sup>. El Demandado se ampara en este informe en el que Pöyry manifestó que podría haber

---

<sup>553</sup> Véanse, por ejemplo, **R-0016**, Revista Info APPA n° 23, Agosto –Diciembre 2006; **R-0281**, Alegaciones de APPA frente al Proyecto de RD 661/2007, 3 de abril de 2007; **R-0296**, Nota de Prensa de AEE sobre el RD 661/2007, de 9 de mayo de 2007.

<sup>554</sup> **CL-0192**, *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l y Antin Energia Termosolar B.V. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/31, Laudo, 15 de junio de 2018 (en adelante “*Antin*”), ¶¶ 376-381 y 384.

<sup>555</sup> Véase el testimonio del Sr. Henderson, Día 3/739-740.

<sup>556</sup> Cl. Mem., **C-0103**, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica).

<sup>557</sup> El Sr. Navarro, testigo de las Demandantes, sabía sobre la existencia del informe pero no lo leyó, mientras que el Sr. Henderson, también testigo de las Demandantes, ni siquiera sabía que existía. Véanse Día 2/633-634 y Día 3/732.

<sup>558</sup> **R-0277**, Pöyry, “*Current State and Future Trends of Solar Power in Spain*” (*Estado Actual y Tendencias Futuras de la Energía Solar en España*), marzo de 2011.

más reducciones en la retribución de las renovables (no sólo las solares), y el Tribunal considera esto una representación objetiva<sup>559</sup>.

513. De las consideraciones *supra* se desprende que, dada la escala de las adquisiciones realizadas y la evidente inestabilidad normativa a raíz del RDL 7/2006 y, luego, la derogación controvertida del RD 436/2004 y su sustitución por el RD 661/2007, se considera que las Demandantes han tenido la obligación—en el contexto de la aplicación del estándar de TJE en virtud del Artículo 10(1)—de realizar un ejercicio discreto de diligencia debida de las leyes y reglamentaciones aplicables, y no lo hicieron<sup>560</sup>.

514. Esto no quiere decir que las Demandantes no pudieran fundar sus Inversiones en el RDL 661/2007 y/o el RD 1614/2010 o fiarse de la estabilidad del Régimen Especial. No obstante, el Tribunal debe contemplar todas las declaraciones, informes o decisiones judiciales que se habrían considerado en un ejercicio de diligencia debida, en particular, las decisiones del Tribunal Supremo español a las que el Demandado ha dado mucha relevancia, si bien la falta de diligencia debida coincide con las pruebas de la subsección (b) *supra*, que demuestran que las principales Inversiones de las Demandantes no se realizaron en función de una interpretación y fiabilidad específicas de disposiciones individuales del RD 661/2007.

#### d. *Las decisiones del Tribunal Supremo español*

515. El principal aspecto del argumento del Demandado relativo a la diligencia debida consiste en que las Demandantes deberían haber realizado sus inversiones teniendo en cuenta las decisiones del Tribunal Supremo español, incluyendo la conclusión del fallo de 15 de diciembre de 2005 acerca de que: “[n]ingún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con

---

<sup>559</sup> Alegato de apertura del Demandado, Día 2/512; **R-0277**, Pöyry, “Current State and Future Trends of Solar Power in Spain” (*Estado Actual y Tendencias Futuras de la Energía Solar en España*), marzo de 2011, ¶ 5.6.7.2: “Teniendo en cuenta la conducta del Gobierno, es probable que se implementen cambios en el futuro, de ser necesario. El RDL 14/2010 tiene por objeto afrontar la falta de fondos del sistema eléctrico mediante una reducción de los ingresos de los productores de energías renovables y la introducción de fuentes de ingresos adicionales (es decir, peajes en la red). Creemos que el Gobierno se encuentra en condiciones de continuar con la misma política energética, si lo estima necesario, incluida la implementación de más reducciones en la retribución de tecnologías renovables y no renovables”. [Traducción del Tribunal]

<sup>560</sup> Cf. Cl. PHB ¶¶ 88-90.

*que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución [...]”<sup>561</sup>.*

516. En lo que respecta a decisiones similares previas a la adquisición de Urvasco en junio de 2008, en otra decisión invocada por el Demandado, el Tribunal Supremo español aceptó en una decisión de 2006 la proposición relativa a que *“los titulares de las instalaciones de producción 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 asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro”<sup>562</sup>*. Se le preguntó al Sr. Navarro, testigo de las Demandantes, si tenía conocimiento sobre la existencia de decisiones del año 2006 del Tribunal Supremo que establecían que el límite para modificar el marco remuneratorio de las ER era la rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales, y confirmó que sí tenía conocimiento<sup>563</sup>.
517. El Demandado, además, ha hecho referencia a dos decisiones del Tribunal Supremo de 2007, de fecha 20 de marzo y 9 de octubre de 2007, respectivamente, que, según él, confirman que no existía un derecho adquirido a la percepción en el futuro de un subsidio determinado<sup>564</sup>. En la primera de estas decisiones, relativa a la aplicación de disposiciones transitorias en virtud del RD 436/2004, el Tribunal Supremo indicó que:

*“No se garantiza a los titulares de instalaciones en Régimen Especial la intangibilidad de un determinado beneficio o régimen de ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas”. Las modificaciones deben realizarse dentro de los límites legales”<sup>565</sup>.*

---

<sup>561</sup> Por ejemplo, Resp. Skeleton ¶ 23; **R-0137**, Fallo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005. Véase, también, Alegato de apertura del Demandado, Día 1/339-340.

<sup>562</sup> **R-0138**, Sentencia del Tribunal Supremo, apelación 12/2005, referencia El Derecho EDJ 2006/282164, 25 de octubre de 2006.

<sup>563</sup> Sr. Navarro, Día 2/651. El Sr. Navarro no recordaba cuándo tomó conocimiento de dichas decisiones, pero asumió que fue antes de las reuniones que tuvo en 2010 con APPA.

<sup>564</sup> Resp. CM, ¶ 364, que hace referencia a **R-0139**, Sentencia del Tribunal Supremo, Apelación 11-2005 EDJ 2007-18059, 20 de marzo de 2007 y **R-0140**, Sentencia del Tribunal Supremo, Apelación 13-2006 EDJ 2007-175313, 9 de octubre de 2007 .

<sup>565</sup> **R-0139**, Sentencia del Tribunal Supremo, Apelación 11-2005 EDJ 2007-18059, 20 de marzo de 2007.

518. El Tribunal está de acuerdo en que una revisión de estas decisiones debería haber formado parte de un ejercicio de diligencia debida previo a la adquisición de Urvasco y considera que un Inversor diligente debía haber tenido conocimiento del contenido de dichas decisiones<sup>566</sup>. Además, señala que la CNE pareciera haber tenido en mente estos casos al hacer referencia a la jurisprudencia en su informe de febrero de 2007<sup>567</sup>. Sin embargo, el Tribunal coincide con la alegación de las Demandantes respecto de que las conclusiones del Tribunal Supremo no se realizaron en un contexto lo suficientemente análogo<sup>568</sup>. Dichas decisiones versaban sobre los regímenes previos y las disposiciones transitorias en virtud del RD 436/2004, no sobre una reclamación realizada por un operador en materia de la tarifa o de la prima fijadas en virtud del régimen del RD 436/2004 y, por ende, realizada con el beneficio del Artículo 40.3 de dicho Decreto.
519. En un contexto en el que se carecía de fundamento para que la demandante/operador en cuestión hiciera referencia al Artículo 40.3 del RD 436/2004 o al Artículo 44.3 del RD 661/2007, el significado de las decisiones es limitado. El Tribunal no considera que, a partir de junio de 2008, un Inversor diligente las habría interpretado como que establecían la manera en la que estos dos Decretos serían aplicados dada la redacción específica del Artículo 40.3 y del Artículo 44.3 (respectivamente). Por lo tanto, el Tribunal no considera que estas decisiones puedan por sí solas negar el argumento de las Demandantes sobre la fiabilidad razonable en lo que respecta a la adquisición de Urvasco en 2008 y a las Inversiones realizadas posteriormente ese año. Al arribar a esta conclusión, el Tribunal reconoce que diverge de la conclusión formulada por el tribunal de *Charanne* con respecto a las decisiones del Tribunal Supremo de 2005 y 2006<sup>569</sup>. Sin embargo, considera que la falta de ponderación de una disposición como el Artículo 40.3 del RD 436/2004 o del Artículo 44.3 del RD 661/2007 en las decisiones del Tribunal Supremo

---

<sup>566</sup> Resp. PHB ¶ 74.

<sup>567</sup> Resp. Rej. ¶ 250; **R-0128**, Informe CNE 3/2007, relativo a la propuesta de Real Decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial y de determinadas instalaciones de tecnologías asimilables del régimen ordinario, 14 febrero de 2007.

<sup>568</sup> Cl. Reply, ¶¶ 371-374; Cl. PHB ¶ 151.

<sup>569</sup> **RL-0049**, *Charanne*, ¶ 507; véase también **RL-0088**, *Isolux*, ¶ 790.

podría haber sido considerada, razonablemente, como material por un Inversor diligente que realizara una inversión en 2008.

520. Hubo varias decisiones ulteriores del Tribunal Supremo en líneas similares, dado que se estableció una línea de jurisprudencia consistente sobre este punto. El Tribunal Supremo dictó tres fallos en diciembre de 2009, uno de los cuales –la Apelación 151/2007– sí se relacionaba con un operador que pretendía invocar el Artículo 40.3 del RD 436/2004 en aras de garantizar la irretroactividad<sup>570</sup>. Esa posición fue desestimada:

"[...] El argumento de que la Disposición transitoria recurrida supone un menoscabo del principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución, porque produce, según se aduce, una situación de incertidumbre del ordenamiento jurídico respecto de la regulación de la actividad de los productores de energía eléctrica en régimen especial, debe rechazarse, pues no se deduce que la dicha norma no responda las exigencias del principio de seguridad jurídica, que no incluye derecho alguno a la congelación del ordenamiento jurídico existente"<sup>571</sup>.

521. Asimismo, el fallo de la Apelación 151/2007 se abordaba en un comunicado de prensa de APPA en abril de 2010<sup>572</sup>, una asociación industrial de la cual la Segunda Demandante era miembro activo y participativo, así como también lo era de AEE<sup>573</sup>. Se hacía referencia al comunicado en un informe de otro ente del sector, Suelosolar, en el que el autor consideraba los casos del Tribunal Supremo y señalaba *“que las sentencias examinadas no se ocupan de manera específica y directa del tema que a nosotros nos preocupa, a saber, la legalidad de una eventual regulación retroactiva que modificara a la baja la tarifa regulada o las primas que perciben las instalaciones de renovables ya en operación”*, pero luego afirmaba: *“[d]estaco lo anterior por el hecho de que da una pequeña esperanza que las sentencias anteriores no hayan mencionado en sus*

---

<sup>570</sup> Resp. CM, ¶¶ 367-372, que hace referencia a **R-0002**, Fallo del Tribunal Supremo, rec. 152/2007, EDJ 2009/307357, de 9 de diciembre de 2009; y **R-0141**, Fallo del Tribunal Supremo, apelación 151/2007 EDJ 2009/307349, de 3 de diciembre de 2009; cf. Cl. Reply, ¶¶ 377-379 donde se impugna la relevancia de estos fallos; y la posición de España en respuesta en Resp. Rej., ¶¶ 244 y ss.

<sup>571</sup> **R-0141**, Fallo del Tribunal Supremo, apelación 151/2007 EDJ 2009/307349, de 3 de diciembre de 2009, p. 6.

<sup>572</sup> Como se refleja en un informe de Suelosolar **R-0266**, Suelo Solar, *¿Qué opinan los Jueces de la Retroactividad de las primas de las renovables?*, 29 de abril de 2010 .

<sup>573</sup> Véase por ejemplo el testimonio del Sr. Bünting, Día 2/598, 602; Sr. Navarro, Día 2/657-658. Véase también Cl. Skeleton ¶ 25 que invoca la interpretación compartida por RWE y APPA (en un contexto diferente).

*razonamientos el párrafo segundo del artículo 44.3 del R.D. 661/2007 [...]”*. Por ende, el autor de este informe de abril de 2010 consideraba que había solo “*una pequeña esperanza*” de que la línea de razonamiento del Tribunal Supremo no se aplicaría en un contexto en el que el operador pudiera invocar el Artículo 44.3 del RD 661/2007.

522. A pesar de que no resulta claro para el Tribunal si las Demandantes habrían visto el informe de Suelosolar, las pruebas resultan suficientes para comprobar que la decisión de 2009 sobre la Apelación 151/227 era una cuestión que preocupaba a APPA<sup>574</sup>. El Tribunal, además, señala que se hace referencia a los casos de diciembre de 2009 y a la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo en un escrito que presentó la AEE a la CNE en agosto de 2010 en el contexto del nuevo Real Decreto que se anticipaba en ese entonces<sup>575</sup>. Dicho escrito reconocía la jurisprudencia del Tribunal Supremo a efectos de que no existía un derecho a un régimen inalterado, conforme al requisito de una rentabilidad razonable<sup>576</sup>. Asimismo, la prensa en general retomó y sintetizó el fallo de diciembre de 2009<sup>577</sup>. Los representantes de las Demandantes estuvieron presentes en las reuniones de APPA y de AEE, compartieron opiniones con dichas Asociaciones<sup>578</sup>, y o bien tenían conocimiento o bien deberían haberlo tenido sobre los casos<sup>579</sup> y la atención que prestaban estos entes del sector a la línea de jurisprudencia que se estaba desarrollando (así como a las inquietudes de APPA y de AEE de forma más general).
523. En vista de lo anterior, para considerar las Inversiones realizadas posteriormente a las decisiones de diciembre de 2009 del Tribunal Supremo, un factor a considerar por el Tribunal respecto de cualquier expectativa legítima es la aplicación de una línea de

---

<sup>574</sup> Cf. Alegato de Clausura de las Demandantes, Día 5/1536, en el que minimizan la preocupación de APPA.

<sup>575</sup> **R-0287**, Alegaciones presentadas por la Asociación mayoritaria eólica AEE ante la CNE contra el borrador de RD 1614/2010. ; **R-0166**, Alegaciones de la AEE ante la CNE durante el trámite de audiencia al Consejo Consultivo de Electricidad sobre la Propuesta de Real Decreto por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos al régimen especial, 30 de agosto de 2009 (en adelante “**Alegaciones de la AEE ante la CNE de 30 de agosto de 2009**”), tal como se hace referencia en el Alegato de Apertura del Demandado Día 2/487-489 y en el de Clausura, Día 5/1612-1613.

<sup>576</sup> **R-0166**, Alegaciones de la AEE ante la CNE de 30 de agosto de 2009, p. 6; Alegato de Clausura del Demandado, Día 5/1612-1613.

<sup>577</sup> **R-0312**, Cinco Días, *El Supremo admite el cambio de las primas de forma retroactiva*, 23 de abril de 2010.

<sup>578</sup> Véase por ejemplo Sr. Bünting, Día 2/598, 602; Sr. Navarro, Día 2/657-658.

<sup>579</sup> Sr. Navarro, Día 2/650-653.

jurisprudencia consistente en la decisión de diciembre de 2009 relativa a la Apelación 151/2007 en un contexto en el que la demandante/operador invocaba –sin éxito– lo que se caracterizaba como “*la garantía de no retroactividad establecida por el artículo 40.3 del Real Decreto 436/2004*”<sup>580</sup>.

524. Existen, también, varios casos del Tribunal Supremo que son posteriores a la realización de las Inversiones de las Demandantes. Si bien dichos casos no podrían considerarse en la cuestión de la fiabilidad razonable de la misma manera, el Tribunal no acepta la alegación realizada por las Demandantes acerca de que son claramente irrelevantes<sup>581</sup>. En casos en los que, en fallos posteriores, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el sentido del RD 661/2007 incluso en consideración de su Artículo 44.3, el Tribunal considera que debe prestarse especial atención a lo que se decidió y sobre qué fundamentos: después de todo, el Tribunal Supremo cumple su función de máximo árbitro del derecho local respecto de la correcta interpretación de las disposiciones del derecho español ante él y, en el curso habitual, podría argumentarse fácilmente que las disposiciones que se interpretan en fallos del período comprendido entre los años 2014-2016 siempre deben haber significado lo que el Tribunal Supremo decidió en ese entonces. No existen fundamentos que respalden el argumento de las Demandantes acerca de que los fallos del Tribunal Supremo están viciados por cierta denegación de justicia.<sup>582</sup>

525. El Tribunal, en sentido estricto, no queda obligado por las decisiones del tribunal local respecto del sentido y efecto del derecho local y, sin duda, es correcto que la cuestión de si un acto se ajusta al derecho local es distinta a la cuestión de si se ajusta al derecho internacional<sup>583</sup>. Sin embargo, el asunto en cuestión es diferente. Las Demandantes pretenden establecer la existencia de expectativas legítimas, en gran parte, por referencia a ciertas disposiciones específicas del derecho local. En el curso habitual, son los tribunales supremos de la jurisdicción específica los que se encuentran más calificados

---

<sup>580</sup> **R-0141**, Fallo del Tribunal Supremo, apelación 151/2007 EDJ 2009/307349, de 3 de diciembre de 2009, p. 6.

<sup>581</sup> Cf. Cl. Reply, ¶ 381; Cl. PHB ¶ 159.

<sup>582</sup> Cf., por ejemplo, **CL-0129**, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, ¶ 139

<sup>583</sup> Cl. PHB ¶¶ 164-168.

para decidir sobre cuál es el sentido y efecto de una disposición del derecho local. En el presente caso, la cuestión consiste en si una supuesta expectativa legítima formulada, en gran medida, por referencia al derecho local se frustraba en circunstancias en las que se produce una vulneración del Artículo 10(1) del TCE, es decir, una cuestión de derecho internacional separada. El derecho local solo entra en juego como resultado de la manera en la que las Demandantes han formulado su caso, es decir las expectativas legítimas específicas que alegan<sup>584</sup>.

526. Las Demandantes han hecho referencia al laudo de *Perenco*, que de manera útil sintetiza la adjudicación de competencias entre los tribunales locales e internacionales, pero de una forma que identifica que las cuestiones de derecho local, en el presente contexto y en contextos similares, en primera instancia corresponden, en efecto, al tribunal local:

“Considerando la decisión del Tribunal Constitucional, el hecho de que el Tribunal Constitucional haya hablado de la constitucionalidad de la Ley 42 por supuesto que no limita la potestad de este Tribunal de ejercer su jurisdicción en virtud del Tratado para considerar la legalidad de la Ley 42. Pero al aplicar el derecho internacional, el Tribunal no actúa como un tribunal de apelación respecto de asuntos de derecho ecuatoriano. El límite de jurisdicción está bien establecido en la doctrina. El Tribunal debe reconocer la distribución de competencias entre los órganos adjudicatarios en los niveles nacional e internacional. Un tribunal internacional no puede cuestionar la interpretación de un tribunal local o la aplicación del derecho local. Al mismo tiempo, en virtud de principios establecidos del derecho internacional, tal como están codificados en el Artículo 3 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI, el hecho de que una ley haya sido declarada constitucional por tribunales locales, incluso si fueran los más altos tribunales del territorio en cuestión, no es dispositivo de si se conforma con el derecho internacional”<sup>585</sup>.

527. Las Demandantes, además, sostienen que cuando el inversor y el Estado receptor entienden de la misma forma el derecho al momento de realizar la inversión, las

---

<sup>584</sup> El Tribunal señala que las Demandantes hacen referencia a la práctica de otros Estados y mencionan que esto es pertinente como una cuestión probatoria, que forma parte de la matriz fáctica que informa las expectativas del inversor y confirma que sean razonables: Cl. PHB ¶ 78. Al menos en lo que respecta a los hechos del presente caso, el Tribunal considera que este argumento carece de sustento.

<sup>585</sup> **CL-0183**, *Perenco Ecuador Ltd. c. La República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, 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, ¶ 583.



decisiones posteriores de tribunales relativas a ese derecho no son relevantes<sup>586</sup>. Eso es exagerar la cuestión, pero el punto tiene cierta lógica. El Tribunal pretende (*inter alia*) identificar si la invocación del RD 661/2007 por parte de las Demandantes y la estabilidad del régimen para realizar sus inversiones fue razonable y naturalmente se deduce que debería prestarse especial atención a lo que manifestaba el Gobierno español en ese entonces.

528. Ante este contexto, resulta necesario analizar las conclusiones del Tribunal Supremo español respecto del sentido y del efecto del RD 661/2007 y, también, lo que el Gobierno manifestaba durante el período en el que se estaban realizando las Inversiones.

529. En un fallo de 1 de junio de 2016, el Tribunal Supremo consideró una impugnación del RD 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014. Al desestimar los argumentos expuestos ante sí sobre expectativas legítimas y seguridad jurídica, el Tribunal Supremo expresó que “ninguna disposición del Real Decreto 661/2007... garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable”<sup>587</sup>.

530. En un fallo de 12 de julio de 2016, el Tribunal Supremo consideró una impugnación del RD 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014 presentada por la AEE. Nuevamente, desestimó los argumentos expuestos ante sí sobre expectativas legítimas y seguridad jurídica. El Tribunal sostuvo (en un pasaje repetido del fallo de 1 de junio de 2016):

“Tampoco estimamos que el ordenamiento vigente en aquel momento pudiera considerarse -por sí mismo-un signo externo concluyente bastante para generar en la parte recurrente la confianza legítima, esto es, la creencia racional y fundada, de que el régimen retributivo de la energía eléctrica que producía no podía resultar alterado en el futuro, pues ninguna disposición del Real Decreto 661/2007, al que estaban acogidas sus instalaciones, garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante a lo largo de los años al señalar, en la interpretación y aplicación de las normas ordenadoras del régimen jurídico y económico de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, que las mismas garantizan a los titulares de estas instalaciones el derecho a una rentabilidad razonable de sus inversiones, pero no les reconocen

---

<sup>586</sup> Cl. PHB ¶161.

<sup>587</sup> **R-0264**, Fallo del Tribunal Supremo, 1264/2016, 1 de junio de 2016, p. 8.

un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado por el titular de la potestad reglamentaria.

Así, hace ya más de diez años, esta Sala señalaba, en la sentencia de 15 de diciembre de 2005 (recurso 73/2004), recaída en un procedimiento sobre la legalidad del Real Decreto 436/2004, de metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, 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 eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE’* y en el mismo sentido, la STS de 25 de octubre de 2006 (recurso 12/2005), recaída en un recurso en el que se impugnaba el Real Decreto 2351/2004, de modificación del procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico, señalaba que el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico permitía a las empresas correspondientes aspirar a *‘unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales’ o, a ‘una retribución razonable para sus inversiones’, sin que el régimen retributivo analizado garantice, por el contrario, a los titulares de instalaciones en régimen especial ‘a intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas’.*

Esta línea jurisprudencial ha continuado hasta nuestros días, en sentencias de este Tribunal de 20 de marzo de 2007 (recurso 11 /2005), 9 de diciembre de 2009 (recursos 149/2007 y 152/2007), 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011), 13 de septiembre de 2012 (recurso 48/2011), 15 de octubre de 2012 (recurso 64/2011), 10 de diciembre de 2012 (recurso 138/2011), 29 de enero de 2013 (recurso 232/2012), 29 de mayo de 2013 (recurso 193/2010) y de 16 de marzo de 2015 (recurso 118/2013), entre otras, en las que este Tribunal ha venido insistiendo, ante sucesivas modificaciones normativas, en que no era posible reconocer pro futuro a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, 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”<sup>588</sup>.

531. Por lo tanto, el Tribunal Supremo español ha sostenido, claramente, que *“ninguna disposición del Real Decreto 661/2007 [...] garantizaba que la tarifa regulada fuera inmodificable”*. Según entiende el Tribunal, se arriba a esta conclusión mediante el análisis del RD 661/2007 en su contexto más amplio, es decir, como un Real Decreto

---

<sup>588</sup> **R-0336**, Fallo del Tribunal Supremo, 1730/2016.rca 456.2014 AEE , 12 de julio de 2016, p. 10. Véase, también, Alegato de clausura del Demandado, Día 5/1635-1634.

cuya jerarquía es inferior a la de la Ley 54/1997 de modo tal que, independientemente de la existencia de una disposición tal como el Artículo 44.3, podría producirse una modificación al régimen tarifario siempre y cuando se cumpla el principio dominante de rentabilidad razonable de la Ley 54/1997.

532. Con respecto, no obstante, a lo que manifestaba el Gobierno español al momento en que las Demandantes realizaban sus Inversiones, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio español afirmaba el 25 de mayo de 2007 que:

“La nueva normativa garantiza una rentabilidad del 7% a las instalaciones eólicas e hidráulicas que opten por ceder su producción a las distribuidoras, y entre el 5% y el 9% si participan en el mercado de producción de energía eléctrica. [...] Cada 4 años se realizarán revisiones de las tarifas teniendo en cuenta el cumplimiento de los objetivos fijados. [...] Las revisiones que se realicen en el futuro de las tarifas no afectarán a las instalaciones ya puestas en marcha. Esta garantía aporta seguridad jurídica para el productor, proporcionando estabilidad al sector y fomentando su desarrollo”<sup>589</sup>.

533. Además, aunque el Tribunal les otorga menor importancia, las presentaciones de InvestinSpain y de la CNE también respaldan la alegación acerca de que España interpretaba el Artículo 44.3 como que protegía a las plantas existentes de cualquier revisión de tarifas futura<sup>590</sup>. Las Demandantes también se basan en lo que expresaron los representantes de España en la reunión de junio de 2010, a pesar de que la posición adoptada allí, aparentemente, consistía en que las primas podrían modificarse, pero no las tarifas fijas<sup>591</sup>.

---

<sup>589</sup> C-0238, Anuncio sobre RD 661/2007.

<sup>590</sup> Cl. Mem., ¶¶ 181-185 y Cl. Reply ¶¶ 84-91. Véase, *inter alia*, C-0059, “Quiénes somos”, sitio web de InvestinSpain. Véase, también, C-0030, Manuela García, “Oportunidades en Energía Renovable en España” [traducción del Tribunal], presentación de Power Point de INTERES InvestinSpain, Graz (Austria), 15 de noviembre de 2007, pp. 4, 15, 18, 19, 32, 40 y 42; C-0060, Manuela García, “Oportunidades en Energía Renovable en España” [traducción del Tribunal], InvestinSpain y el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, noviembre de 2008; C-0248, presentación de PowerPoint de InvestinSpain, “Marco Jurídico de Energías Renovables en España” [traducción del Tribunal], sin fecha, p. 4; C-0133, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, “La Regulación de las Energías Renovables”, presentación de Power Point de la CNE, Barcelona, febrero de 2009; C-0183, Carlos Solé Martín, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, “Las Energías Renovables: El Caso Español”, presentación de PowerPoint de la CNE, Cartagena de Indias, 9-13 febrero de 2009.

<sup>591</sup> Cl. PHB ¶162, que hace referencia al testimonio del Sr. Henderson.

534. En estas circunstancias poco usuales, el Tribunal no considera apropiado abordar su aplicación del estándar de TJE sobre la base de que el Artículo 44.3 del RD 661/2007 solamente puede haber tenido el sentido y efecto que se desprende a partir de las decisiones recientes del Tribunal Supremo español y de que un Inversor diligente que realizara una inversión en el período comprendido entre los años 2008 y 2012 debería haber tenido conocimiento de tal sentido y efecto. Con esto no se intenta interferir con el principio de deferencia que se refleja en *Perenco* y en varios otros laudos, sino simplemente reconocer que, en ciertas situaciones, es posible que lo que manifieste con posterioridad un tribunal supremo respecto del sentido y efecto del derecho local no establezca lo que un Inversor diligente pudiera o debiera haber determinado al momento de realizar una Inversión.

e. *¿Las Demandantes tienen expectativas legítimas fundadas en compromisos específicos del Demandado?*

535. El argumento de las Demandantes consiste en que sus expectativas legítimas se fundan en compromisos específicos asumidos en el Artículo 40.3 del RD 436/2004, Artículo 44.3 del RD 661/2007 y Artículo 5.3 del RD 1614/2010, los cuales han de leerse en conjunto con las disposiciones de los Decretos incluidas particularmente aquellas que establecen el derecho a percibir la tarifa o prima reguladas (y, en lo que respecta al Artículo 5.3 del RD 1614/2010, en conjunto también con el “acuerdo” de julio de 2010)<sup>592</sup>. Resulta de particular importancia que el Artículo 44.3 del RD 661/2007 estipulaba una revisión en 2010 de “*de las tarifas, primas, complementos y límites inferior y superior definidos en este real decreto*” y, luego, señalaba:

“Las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las 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 revisión”<sup>593</sup>.

536. Con respecto a la interpretación de esta disposición, y su posición dentro del marco establecido con arreglo a la Ley 54/1997, el Tribunal considera que el RD 661/2007 (al

---

<sup>592</sup> Véase, por ejemplo, Cl. PHB, ¶ 51.

<sup>593</sup> **C-0017/R-101**, RD 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, 25 de mayo de 2007 (publicado el 26 de mayo de 2007), pp. 45 y 46.

igual que el RD 436/2004 que lo precede) establecía los mecanismos específicos de retribución en virtud del Régimen Especial en aplicación del Artículo 30.4 de la Ley 54/1997, el cual establecía que: “[e]l régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se completará con la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan...”. Por ende, mientras que el Artículo 30.4 establecía el principio básico de que los productores de ER recibirían una rentabilidad razonable<sup>594</sup>, los Reales Decretos posteriores, incluso el RD 661/2007, constituían la implementación regulatoria de dicho principio, como en efecto surge a partir del Preámbulo del RD 661/2007:

“El marco económico establecido en el presente real decreto desarrolla los principios recogidos en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, 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 [...]”<sup>595</sup>.

537. Si bien el Demandado afirma correctamente que el Artículo 44.3 del RD 661/2007 no hace referencia a “ninguna” revisión, fácilmente se interpreta como que, una vez que se califica al productor en virtud del nuevo régimen establecido con arreglo al RD 661/2007, las revisiones solo se harán de conformidad con el Artículo 44.3. El Tribunal ya ha ponderado la importancia de las decisiones del Tribunal Supremo y considera que la interpretación *supra* está respaldada, en términos generales, por la nota de prensa Ministerial que acompaña al RD 661/2007<sup>596</sup>.
538. Esto no quiere decir, sin embargo, que a efectos de las expectativas legítimas, el Artículo 44.3 deba considerarse como un compromiso específico. En primer lugar, el Tribunal tiene serias dudas respecto de si el Artículo 44.3 puede interpretarse correctamente como una forma de representación para los inversores en ER respecto de los cuales, pase lo que pase, el régimen de retribución del RD 661/2007 mantendría sustancialmente su validez

---

<sup>594</sup> **R-0003**, Ley 54/1997, pp. 50-51.

<sup>595</sup> **C-0017/R-101**, RD 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, 25 de mayo de 2007 (publicado el 26 de mayo de 2007), pp. 2.

<sup>596</sup> **C-0238**, Anuncio sobre RD 661/2007.

en lo que a ellos respecta<sup>597</sup>. Sin duda, no existen pruebas suficientes sobre que las Demandantes lo hubieran invocado como una representación, y, además, tampoco lo hicieron siguiendo un ejercicio de diligencia debida adecuada (véase Sección D(2)(b) y (c) *supra*)<sup>598</sup>. Los mismos puntos son aplicables con respecto al Artículo 22 del RD 661/2007, al cual las Demandantes le otorgaron cierta (pero menor) importancia<sup>599</sup>. En segundo lugar, y en cualquier caso, el Artículo 44.3 constituía una disposición dentro de una norma de aplicación general que, tal como había sido el caso del RD 436/2004, era susceptible de modificaciones por parte del Estado –sin perjuicio de, en el caso del RD 436/2004, la estabilidad que establecía en cierta medida el Artículo 40.3<sup>600</sup>.

539. Las Demandantes realizaron sus Inversiones posteriores a 2007 sabiendo –incluso a través del informe de Pöyry de julio de 2007<sup>601</sup>– que, a pesar del Artículo 40.3, el régimen de retribución establecido al amparo del RD 436/2004 no había durado más de casi dos años sin sufrir modificaciones cuando se implementó un cambio significativo en virtud del RDL 7/2006. Esta era una clara cuestión de preocupación para APPA y AEE<sup>602</sup>. Luego, mediante el RD 661/2007, el régimen del RD 436/2004 había sido reemplazado en su totalidad.
540. En efecto, luego de la adopción del RDL 7/2006 y de la publicación del proyecto de Decreto que (luego de las modificaciones) se convirtió en el RD 661/2007, hubo varias quejas respecto de que se estaba causando un daño a los principios de seguridad jurídica y protección de las expectativas legítimas de la Constitución española. La CNE, en su

---

<sup>597</sup> **CL-0187**, *Blusun*, ¶ 371: “[...] una representación en materia de conducta futura del estado podría adoptar la forma de legislación, expresada de forma suficientemente clara”. [Traducción del Tribunal]

<sup>598</sup> Véase, también, Alegato de apertura del Demandado, Día 2/545-546.

<sup>599</sup> Véase, por ejemplo, Alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/109-111, 114-117.

<sup>600</sup> **CL-0187**, *Blusun*, ¶ 371; **RL-0049**, *Charanne*, ¶¶ 491-494. En relación con el RD 436/2004, Artículo 40.3, véase **C-0016/R-0100**, RD/436/2004, el cual establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico para la producción de energía eléctrica en el régimen especial: “3. Las tarifas, primas, incentivos y complementos que resulten de cualquiera de las revisiones contempladas en esta sección serán de aplicación únicamente a las instalaciones que entren en funcionamiento con posterioridad a la fecha de entrada en vigor referida en el apartado anterior, sin retroactividad sobre tarifas y primas anteriores”.

<sup>601</sup> **C-0103**, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica), pp. 1-2.

<sup>602</sup> Véase **R-0015**, *Decretazo Energético*, Revista Info APPA n° 22, mayo–julio 2006; y **R-0016**, Revista Info APPA No. 23, agosto–diciembre 2006; también **R-0166**, Alegaciones de la AEE ante la CNE de 30 de agosto de 2009.

informe de febrero de 2007, consideraba que dichas quejas carecían de fundamento y manifestaba al respecto:

“Como ha puesto de manifiesto tanto la doctrina científica como jurisprudencial, en un Estado social y democrático de Derecho los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima no pueden erigirse en obstáculos insalvables a la innovación del ordenamiento jurídico, ni pueden por ello ser utilizados como instrumentos petrificadores del Derecho vigente en un momento dado. Con otras palabras: el principio de seguridad jurídica no es un principio por definición antievolutivo o conservador, no significa que el ordenamiento sea resistente o inmune a su reforma. En este sentido, dichos principios no impiden la innovación dinámica del mismo [...], sino que sólo exigen que la innovación normativa -sobre todo si resulta brusca, imprevisible o inopinada- se lleve a cabo con ciertas garantías y cautelas (períodos transitorios de adaptación a los nuevos regímenes, en su caso medidas compensatorias, etc.) que amortigüen, moderen y minimicen en lo posible la defraudación de expectativas generadas por la normativa anterior”<sup>603</sup>.

541. Si bien la CNE hablaba en su rol de consejero del Gobierno, a diferencia de como un ente que podría efectuar determinaciones sobre el derecho pertinente, en el presente contexto de si las expectativas legítimas se formaron válidamente, la opinión públicamente declarada de la CNE acerca de que podría haber innovación regulatoria, aparentemente sin perjuicio de una disposición tal como el Artículo 40.3 del RD 436/2004, goza de cierta importancia y no respalda el argumento de las Demandantes<sup>604</sup>. El informe de julio de 2007 de Pöyry, que desde luego lo encomendaron las Demandantes, también preveía que podría haber modificaciones regulatorias, a pesar de que al mismo tiempo mencionaba una garantía en virtud del RD 661/2007<sup>605</sup>.

---

<sup>603</sup> **C-0249/R-0128**, 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 y de Determinadas Instalaciones de Tecnologías Asimilables del Régimen Ordinario, de 14 de febrero de 2017, p. 18. El argumento presentado por las Demandantes ante el testigo del Demandado, el Sr. Ayuso, consistía en que el informe de la CNE constituía una fuente valiosa para un inversor. El Sr. Ayuso aceptó que era una de las fuentes que un inversor utilizaría: véase Día 3/796.

<sup>604</sup> Cf. Alegato de Apertura de las Demandantes, Día 1/187 y 188 (en respuesta a una pregunta del Tribunal). Según el Alegato de Clausura del Demandado, Día 5/1635-1638, la CNE en su informe de marzo de 2012 no habría sugerido revisiones en materia regulatoria de haber creído que las regulaciones que afectaban a las instalaciones existentes no podían alterarse. El Tribunal considera que el informe de marzo de 2012 es coherente con su conclusión *supra* respecto del informe de 2007.

<sup>605</sup> **C-0103**, Informe Pöyry Julio 2007 (eólica), p. 58, cf. pp. 2 y 81; Alegato de Clausura de las Demandantes, Día 5/1541; Alegato de Clausura del Demandado, Día 5/1604 y 1605.

542. El Tribunal considera que ni a través del Artículo 44.3 ni a través de ninguna otra disposición del RD 661/2007<sup>606</sup>, ni tampoco a través de ninguna otra fuente, se realizó un compromiso específico a las Demandantes a efectos de que la retribución del Régimen Especial como establecía el RD 661/2007 se mantendría sustancialmente inalterada. Si bien las presentaciones de InvestinSpain y de la CNE a las que ahora hacen referencia las Demandantes posiblemente hayan tenido influencia respecto de ciertas decisiones de inversión tomadas por inversores extranjeros, incluso si tales presentaciones pudieran equivaler a compromisos específicos, no hay sugerencia alguna de que las Demandantes hubieran presenciado dichas presentaciones o que se hubieran basado en ellas y el Tribunal no ve de qué manera podrían haber generado expectativas<sup>607</sup>. La existencia de una matriz fáctica de contexto en la cual otros Estados tienen sistemas de Tarifa Regulada no desmerece lo anterior<sup>608</sup>.
543. El mismo punto básico es aplicable a la nota de prensa del Ministerio de 25 de mayo de 2007, en relación a lo cual no hay pruebas de que las Demandantes la hubieran visto o se hubieran basado en ella<sup>609</sup>. Asimismo, a pesar de que las Demandantes han hecho hincapié en el hecho de que dicha nota de prensa hace referencia a una “garantía”, no han

---

<sup>606</sup> En su Alegato de Apertura, Día 1/110 y 114-115, se daba relevancia al Artículo 22 como una forma de compromiso de estabilidad. El Tribunal no está de acuerdo con esa caracterización.

<sup>607</sup> Véase, por ejemplo, **RL-0089**, *Wirtgen*, ¶ 421. Cf. Cl. Mem., ¶¶ 181-185 y Cl. Reply ¶¶ 84-91. Véase, *inter alia*, **C-0059**, “Quiénes somos”, sitio web de InvestinSpain. **C-0030**, Manuela García, “Oportunidades en Energía Renovable en España” [Traducción del Tribunal], presentación de Power Point de INTERES InvestinSpain, Graz (Austria), 15 de noviembre de 2007, pp. 4, 15, 18, 19, 32, 40 y 42; **C-0060**, Manuela García, “Oportunidades en Energía Renovable en España” [Traducción del Tribunal], InvestinSpain y el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, noviembre de 2008; **C-0248**, presentación de PowerPoint de InvestinSpain, “Marco Jurídico de Energías Renovables en España” [Traducción del Tribunal], sin fecha, p. 4; **C-0133**, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, “La Regulación de las Energías Renovables”, presentación de Power Point de la CNE, Barcelona, febrero de 2009; **C-0183**, Carlos Solé Martín, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, “Las Energías Renovables: El Caso Español”, presentación de PowerPoint de la CNE, Cartagena de Indias, 9-13 febrero de 2009. En el alegato de apertura de las Demandantes se explicó que no asistieron a los eventos de InvestinSpain, los cuales se invocaron para respaldar la naturaleza razonable de las expectativas de las Demandantes y para demostrar el entendimiento del Demandado sobre el régimen: véase Día 1/127. El Tribunal entiende que esta es la posición de las Demandantes respecto de las presentaciones de la CNE también. Véase también Alegato de Apertura del Demandado, Día 2/519-523 a efectos de que no hay pruebas de que las presentaciones de la CNE se usaron para atraer inversores y de que dichas presentaciones no eran informes oficiales de la CNE.

<sup>608</sup> Cf. Cl. PHB ¶ 78 y el énfasis otorgado por la práctica en otros Estados respecto de las Tarifas Reguladas, por ejemplo, en el alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/75-79. Si bien el Tribunal acepta que como parte de la matriz fáctica su relevancia podría considerarse limitada, lo que importa en este caso es el régimen regulatorio español y si se generaron expectativas legítimas a través de representaciones o compromisos de España.

<sup>609</sup> **C-0238**, Anuncio sobre RD 661/2007. Cf. **RL-0089**, *Wirtgen*, ¶ 421.



basado su argumento de forma expresa en función de un compromiso específico realizado en términos de la nota de prensa de 25 de mayo de 2007<sup>610</sup>. En este contexto, el Tribunal no analiza si la nota de prensa podría considerarse como separada del RD 661/2007 y de una naturaleza diferente, de manera tal que pudiera por sí mismo calificar como una forma especial de compromiso.

544. El registro en el RAIPRE de las plantas en las cuales las Demandantes están interesadas no altera las conclusiones *supra*, y la emisión de un certificado de registro a las compañías operadoras, en opinión del Tribunal, no debe considerarse como una forma de compromiso específico a efectos de la aplicación del Artículo 10(1) del estándar de TJE. En línea con las opiniones expresadas en el caso *Charanne*<sup>611</sup>, el Tribunal considera al registro en el RAIPRE como la finalización de los requisitos administrativos para la calificación en virtud del Régimen Especial dado, no como un compromiso independiente a un inversor<sup>612</sup>. El registro en el RAIPRE era obligatorio de conformidad con el Artículo 9.1 del RD 661/2007 y era “[p]ara el adecuado seguimiento del régimen especial y específicamente para la gestión y el control de la percepción de las tarifas reguladas, las primas y complementos”<sup>613</sup>, no para establecer un compromiso específico para el pago de primas o tarifas.
545. El Tribunal además señala la opinión de la AEE, como se expone en su Anuario de 2008, sobre que el Artículo 44.3 del RD 661/2007 no extendía protección retroactiva en lo que respecta a revisiones de las primas y que contenía deficiencias serias. A pesar de que la AEE no podía, ni era su intención, establecer ninguna interpretación definitiva, en el contexto de si se formaron expectativas legítimas, su opinión adquiere cierta (sino gran) relevancia, por lo siguiente:

---

<sup>610</sup> Cl. PHB ¶ 69 a efectos de que “*sería incorrecto imponer a RWE la expectativa de que recibiría las retribuciones contenidas en declaraciones del Gobierno contemporáneas al RD 661*”. [Traducción del Tribunal]

<sup>611</sup> **RL-0049**, *Charanne*, ¶ 510. Cf. *Antin*, ¶¶ 551-552, aunque el Tribunal entiende que el análisis del tribunal de *Antin* en esos párrafos se dedica más a “*la precisión y detalle exhibidos en los Reales Decretos, particularmente a la contemplación de que el tratamiento se acordaría por un período de tiempo definido*” [Traducción del Tribunal] a diferencia de los registros en el RAIPRE. El Tribunal además señala el patrón de hechos diferente del caso *Antin*.

<sup>612</sup> Cf. Cl. Reply ¶¶ 523-532; **C-0015**, Extractos de los certificados de las instalaciones emitidos por el RAIPRE.

<sup>613</sup> **C-0017/R-101**, RD 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, 25 de mayo de 2007 (publicado el 26 de mayo de 2007), p. 16.

“El nuevo decreto también prevé la asignación de la retribución de manera perdurable, para 20 años. Sin embargo, el régimen de revisiones y actualizaciones que contempla, aunque también recupera la irretroactividad para las modificaciones de la tarifa regulada y para los límites superior e inferior de la retribución, excluye las primas y complementos de esta garantía, ya que el Artículo 44.3 permite la aplicación retroactiva sobre las inversiones realizadas en el pasado y en las que se encuentran en curso de nuevos valores de primas y de complementos una vez sean modificados posteriormente.

Este efecto se ha señalado como una contradicción con la asignación de estos valores para el plazo de 20 años, perdurabilidad que resulta meramente ficticia, en la medida en que también se han programado posteriores modificaciones de dichos valores que consecuentemente se aplicarán retroactivamente”<sup>614</sup>.

546. Con respecto a la reunión de 23 de junio de 2010, dicha reunión se encuentra en otra categoría ya que involucra declaraciones realizadas directamente por los funcionarios del Demandado (el Director General de Política Energética y Jefe de Departamento, Sector Eléctrico) a las Demandantes (incluidos los Sres. Henderson y Navarro). Sin embargo, los debates se realizaron expresamente sobre la base de que “no representaban posiciones definitivas”<sup>615</sup> [Traducción del Tribunal] y el Tribunal considera que esta reunión refleja parte de los debates en el contexto del “acuerdo” de julio de 2010 que, en última instancia, se transformaría en el RD 1614/2010. Según reflejan sus documentos contemporáneos, las Demandantes no parecen haber entendido que se estuvieran asumiendo compromisos con ellas en esta reunión en los cuales pudieran ampararse (o así lo hicieron) razonablemente<sup>616</sup>. Asimismo, a pesar de que ciertas declaraciones realizadas por los representantes del Demandado eran a efectos de que el régimen del RD 661/2007 sería plenamente efectivo en 2013 en lo que respecta a las plantas de las Demandantes<sup>617</sup>, el Director General también realizó comentarios que parecen sugerir que, a largo plazo, se

---

<sup>614</sup> **R-0284**, Eólica 2007, Anuario de la Asociación Empresarial Eólica; el Sr. Navarro manifestó que no tenía conocimiento sobre esto, Día 2/667-669.

<sup>615</sup> **C-0191**, Acta de la reunión del 23 de enero de 2010.

<sup>616</sup> **C-0099**, Formulario de Solicitud de Aprobación de Transacciones, 12 de julio de 2010; y **C-0115**, Formulario de solicitud de aprobación de operación, segundo tramo de los socios minoritarios, 28 de septiembre de 2010. El Tribunal señala el testimonio del Sr. Henderson del Día 3/735-739, incluso a efectos de que la reunión proporcionó tranquilidad a las Demandantes, pero esto no cambia su evaluación.

<sup>617</sup> **C-0191**, Acta de la reunión del 23 de enero de 2010, p. 1: “Luego, el DG explicó que la postura correcta era que los activos eólicos que se encontraban en la fase transitoria entre el RD 436 y el RD 661, que representan toda la cartera operacional de Aersa, conservarían la estructura tarifaria vigente y que respetarían la fecha de 2013 para el traspaso de un régimen a otro, contrariamente a la reciente especulación de la prensa”. [Traducción del Tribunal]

realizarían modificaciones adicionales<sup>618</sup>. Por lo tanto, el Tribunal no considera que se hayan asumido compromisos específicos en la reunión de 23 de junio de 2010 que generaran expectativas legítimas a las Demandantes.

547. En relación con el “acuerdo” de julio de 2010 en sí mismo<sup>619</sup>, las Demandantes afirman, con cierta cautela, que “*RWE tenía acceso*”<sup>620</sup>, a él, aunque el Tribunal no ha visto dicho acuerdo como tal, sino simplemente la referencia que se hizo en la nota de prensa del Ministerio de 2 de julio de 2010 a que se había llegado a un acuerdo. Según parece a partir de la nota de prensa, la intención siempre fue –como sucedió– que el contenido del “acuerdo” se transformaría en regulaciones, es decir el RD 1614/2010, y el “acuerdo” no parece haber sido abordado contemporáneamente como que generara ninguna obligación independiente<sup>621</sup>. Además, a pesar de que las Demandantes han descrito el “acuerdo” como un “*quid pro quo*”, es decir un recorte temporal acordado de la prima en virtud del RD 661/2007 y en las horas de funcionamiento a cambio de la garantía de volver al régimen de 2013 del RD 661/2007, las plantas de las Demandantes no participaron del “*quo*” porque todavía estaban en transición del régimen del RD 436/2004. No es solamente que las Demandantes no eran parte de un acuerdo real, sino que en cuanto a que se pretendía acordar un paquete en relación con un recorte de las tarifas, no había una base consensual en lo que respecta a las Demandantes<sup>622</sup>. En referencia a lo que se expone

---

<sup>618</sup> **C-0191**, Acta de la reunión del 23 de enero de 2010, p. 2: “En cuanto al futuro, el DG llevó una copia del recientemente publicado Plan a largo plazo para 2020, que deben presentar en Bruselas como su postura antes de fin de mes; sin embargo, con respecto a los regímenes tarifarios relacionados, consideraban que esto recién se analizaría una vez concluido el debate sobre lo ‘retroactivo’ y, por ende, no habría una postura clara antes de fin de año. (La semana próxima, remitiremos un informe sobre los objetivos españoles para 2020). No obstante, el DG comentó que, en su opinión, el resultado probable para el futuro del sector eólico sería garantizar un nivel mínimo, por encima del cual recibirían el precio mayorista”. [Traducción del Tribunal]

<sup>619</sup> **C-0063**, Comunicado de Prensa del 2 de julio de 2010.

<sup>620</sup> Cl. Mem., ¶ 201.

<sup>621</sup> Cf. Alegato de Clausura de las Demandantes, Día 5/1513-1514. Véase, también, alegato de clausura del Demandado, Día 5/1624-1622, que hace referencia a una serie de documentos de AEE y otros documentos en los que se esperaba se haga referencia y se invoque un acuerdo (como tal), pero no hacen referencia a dicho acuerdo ni lo invocan. Véase, por ejemplo, la presentación de AEE a la CNE de octubre de 2010, **R-0166**, Alegaciones de la AEE ante la CNE de 30 de agosto de 2009. El Tribunal considera que, si un acuerdo que generara obligaciones consensuales de algún tipo se hubiera celebrado, las Demandantes deberían ser capaces de identificar en dónde se lo aborda como tal.

<sup>622</sup> Véase el acta de reunión de las Demandantes en **C-0191**, Acta de la reunión del 23 de enero de 2010, en la cual se registra a los representantes de España cuando manifiestan que “la postura correcta era que los activos eólicos que se encontraban en la fase transitoria entre el RD 436 y el RD 661, que representan toda la cartera operacional de Aersa, conservarían la estructura tarifaria vigente y que respetarían la fecha de 2013 para el traspaso de un régimen a otro,

*supra*, el Tribunal no considera que el “acuerdo” diera surgimiento a un compromiso específico que generara expectativas legítimas a las Demandantes.

548. Con respecto al RD 1614/2010, el Tribunal no considera que su Artículo 5.3 incorpore ningún elemento sustancial al Artículo 44.3 del RD 661/2007. El Tribunal observa que las Demandantes otorgan relevancia a los documentos que comentan sobre el proyecto de Decreto 1614, en particular sobre el Dictamen del Consejo de Estado de 26 de noviembre de 2010<sup>623</sup>. Aunque este Dictamen cuestiona la adecuación del proyecto de Decreto, incluso con respecto al límite que se establecía a futuras revisiones por el entonces proyecto del Artículo 5.3, el Tribunal no lo interpreta como que expresa que el proyecto de Artículo 5.3 no podría modificarse en virtud de regulaciones futuras. En referencia al fallo del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009, el Dictamen señala que “*el Tribunal Supremo se ha venido pronunciando sobre la ausencia de vulneración de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad por las normas que modifican la retribución de las instalaciones en régimen especial*” y hace referencia al “*más que cuestionable valor jurídico que un mandato de autovinculación [...] pueda tener en relación con revisiones posteriores de la norma*”. El Tribunal, por ende, no considera que el Dictamen respalde el argumento de las Demandantes y, además, señala que establece que:

“[E]n efecto, una de las necesidades más constantes que ha planteado la regulación de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial ha sido la de su constante revisión y modificación. Ello ha dado lugar a que se produzcan numerosas modificaciones normativas desde la aprobación del Real Decreto 661/2007, modificaciones que plantearon inicialmente dudas en cuanto a su conformidad con los principios del art. 9.3 de la Constitución (a estas dificultades se ha hecho ya referencia en el presente dictamen y en el dictamen núm. 2.264/2010, ya citado). A la vista de este panorama, no parece adecuado ni

---

contrariamente a la reciente especulación de la prensa. Se sintieron agraviados con el hecho de que esta parte del sector no contribuyera a reducir el déficit pero esa era la realidad y el resultado previsto”. [Traducción del Tribunal]

<sup>623</sup> Cf. Alegato de Clausura de las Demandantes, Día 1/134-136, que hace referencia al informe **C-0333**, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, “*Informe sobre el Borrador del RD 1614/2010*”, y que hace hincapié en las opiniones particulares expresadas en el posterior Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto considerando los comentarios del Ministerio y otros, **C-0269**, Informe del Consejo de Estado sobre el proyecto de RD 1614/2010, de 26 de noviembre de 2010.

coherente que se pretenda ahora excluir a estas instalaciones de revisiones futuras del régimen retributivo”<sup>624</sup>.

549. El Tribunal, a la luz de todo lo expuesto *supra*, concluye que el estándar de TJE no ha de aplicarse como si un compromiso específico, sobre el cual las Demandantes podían basarse razonablemente y efectivamente lo hicieron, se hubiera asumido respecto de que sus plantas siempre recibirían sustancialmente la misma retribución establecida en virtud del RD 661/2007. Conforme al análisis del estándar de TJE en virtud del Artículo 10(1) expuesto en la Sección C *supra*, el Tribunal considera que, incluso con respecto a aquellas Inversiones realizadas con posterioridad al RD 436/2004 y al RD 661/2007 (cf. Sección D(2)(a) *supra*), las Demandantes no tenían expectativas legítimas respecto de que el Régimen Especial permanecería, en sustancia, inalterado.<sup>625</sup> De igual manera, la reclamación alternativa de las Demandantes no prospera, dado que se funda en una supuesta rentabilidad razonable, “la rentabilidad prometida al tiempo en que RWE realizó la inversión” [Traducción del Tribunal], y se indica que: “RWE invirtió con confianza en el Régimen Especial FIT y en que todas sus instalaciones tenía derecho al FIT contemplado en el RD 661 de conformidad con los compromisos de ‘grandfathering’ de España. Cuando el RD 661 entró en vigor, la CNE determinó que una rentabilidad de entre el 8.2% y el 11.2% después del impuesto era razonable.”<sup>626</sup> Este Tribunal considera que no hubo tal “rentabilidad prometida al tiempo en que RWE realizó la inversión”, y no considera que el Reporte 3/2007 de la CNE sea capaz de generar expectativa legítima alguna de una rentabilidad de entre el 8.2% y el 11.2% después de impuesto (ni de ninguna otra rentabilidad).<sup>627</sup>

---

<sup>624</sup> C-0269, Informe del Consejo de Estado sobre el proyecto de RD 1614/2010, de 26 de noviembre de 2010.

<sup>625</sup> Por consiguiente, el Tribunal no tiene que pronunciarse sobre si las expectativas legítimas podrían haberse generado específicamente con respecto a las Inversiones realizadas posteriormente a las decisiones de diciembre de 2009 del Tribunal Supremo (cf. Sección D(2)(d) *supra*). Véase, en particular, R-0141, Fallo del Tribunal Supremo, apelación 151/2007 EDJ 2009/307349, de 3 de diciembre de 2009.

<sup>626</sup> Cl. Skeleton ¶ 71; Ver también Cl. Reply ¶¶ 535-537; Cl. PHB ¶¶ 76-77. Cf. ejemplo Resp. Skeleton ¶ 53.

<sup>627</sup> Con respecto a la conclusión del tribunal en *RREEF* con respecto a una expectativa legítima a recibir una rentabilidad razonable en términos generales, esto no fue parte del caso de las Demandantes. Ellas indicaron que había sido “una conclusión errónea el decir que el principal compromiso de España hacia los inversores era la garantía de otorgar una rentabilidad razonable. Esta decisión del tribunal en *RREEF* es no sólo equivocada sino contraria a la mayoría de los laudos TCE que han decidido que España prometió a los inversores tales como las Demandantes que no alteraría en forma retroactiva las tarifas específicas contempladas en el RD 661 y 1614/2010” [Traducción del

f. ***Conclusiones respecto del argumento planteado por las Demandantes sobre las expectativas legítimas; desproporcionalidad.***

550. Conforme surge del análisis efectuado en el subapartado (e) *supra*, el Tribunal considera que este no es un caso en el que se hayan asumido tales compromisos específicos para con un inversor que, por ejemplo, dieran fundamento a expectativas legítimas. Sin embargo, conforme se identifica en la Sección C *supra*, la ausencia de un compromiso específico no significa que el hecho de que el Inversor haya invertido por referencia a un determinado régimen tarifario deje de ser un factor relevante al aplicar el estándar de TJE con arreglo al Artículo 10(1). En el contexto actual, y en el contexto de las cuestiones analizadas en los subapartados anteriores, el Tribunal considera apropiado evaluar si las modificaciones al régimen tarifario fueron desproporcionadas y si el Demandado le dio la debida consideración a los impactos que sufrieron los Inversores —como, por ejemplo, las Demandantes— en su proceso de toma de decisiones<sup>628</sup>.

551. Como se identifica y analiza en mayor detalle *infra*, la cuestión de desproporcionalidad en el contexto actual conlleva una consideración sobre si las modificaciones fueron adecuadas y necesarias para lograr la intención legislativa y si se trasladó una carga financiera excesiva a las Demandantes, que habían comprometido recursos muy sustanciales basándose en el Régimen Especial. También está la cuestión inicial sobre qué margen de apreciación, de haberlo, se otorgará al considerar si las medidas adoptadas por España fueron necesarias/no desproporcionadas.

***(i) ¿Margen de apreciación?***

552. Las Demandantes han manifestado que, aunque sería concebible que se pudiera aplicar, en términos generales, un análisis de margen de apreciación en lo que respecta a la

---

Tribunal]. Ver comentarios de las Demandantes, 10 de mayo de 2019 sobre **RL-0009**, *RREEF*, Decisión Sobre Responsabilidad y Sobre los Principios de Cuantificación de Daños, ¶ 2.

<sup>628</sup> Las Demandantes alegaron que las Medidas en Disputa eran desproporcionadas junto con su alegación de que dichas medidas eran irrazonables. A la luz de esta opinión sobre los principios jurídicos relevantes conforme lo establecido en la Sección C *supra*, el Tribunal aquí se encarga de la cuestión de la supuesta desproporcionalidad.

razonabilidad o proporcionalidad del proceso de toma de decisiones de España<sup>629</sup>, dicho enfoque no debería adoptarse en el contexto del TCE. Basan esa aseveración en la naturaleza limitada de las excepciones que establece el Artículo 24 del TCE y alegan que el Tribunal debe aplicar un alto nivel de escrutinio y, de forma independiente y objetiva, evaluar las justificaciones de España respecto de las Medidas en Disputa<sup>630</sup>. Se dice también que el margen de apreciación es relevante únicamente cuando: “(1) las autoridades regulatorias del Estado están en una mejor posición para regular cuestiones dentro de su competencia; y (2) las medidas del Estado representan la voluntad soberana del gobierno democrático con la que no debería interferirse a la ligera. Estas cuestiones no aplican en este caso”<sup>631</sup>. [Traducción del Tribunal]

553. El Tribunal ya ha rechazado la interpretación de las Demandantes del Artículo 24 del TCE. Destaca que diversos tribunales han otorgado un margen de apreciación teniendo en cuenta si las medidas regulatorias de un Estado pueden considerarse necesarias<sup>632</sup> e igualmente en lo atinente a la razonabilidad o proporcionalidad de las medidas regulatorias de un Estado<sup>633</sup>, incluso en el contexto del TCE<sup>634</sup>. El Tribunal considera que ello debe ser apropiado en este contexto jurídico y fáctico, y no acepta que permitir algún margen de apreciación resulte adecuado únicamente en casos que impliquen la salud pública o los intereses esenciales de seguridad<sup>635</sup>. El considerar si la respuesta de un Estado ante un aspecto de una crisis económica fue desproporcionada debe, a opinión del Tribunal, permitirle algún margen de apreciación razonable a dicho Estado<sup>636</sup>, habida

---

<sup>629</sup> Cl. PHB ¶ 112. El planteo de las Demandantes en su PHB, ¶¶ 110-111, remitiéndose a *Blusun*, es que el margen de apreciación no juega ningún papel cuando un inversor tiene expectativas legítimas. Independientemente de si ello es correcto o no y, en consonancia con *Blusun*, el Tribunal no considera que las Demandantes se beneficien de las expectativas legítimas dada la ausencia de compromisos específicos.

<sup>630</sup> Cl. PHB ¶¶ 112-116.

<sup>631</sup> Cl. PHB ¶ 118.

<sup>632</sup> Por ejemplo, **CL-0084**, *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008, (en adelante “*Continental*”) ¶ 181.

<sup>633</sup> Cl. PHB ¶ 113, que hace referencia a **CL-0186**, *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016, (en adelante “*Philip Morris*”) ¶399, **CL-0178**, *Chemtura* ¶ 123 y *Continental*, ¶ 181.

<sup>634</sup> Resp. PHB ¶ 110, que hace referencia a **RL-0048**, *Electrabel*, Laudo, ¶ 8.35.

<sup>635</sup> Cf. Cl. PHB ¶ 113, que hace referencia a **CL-0186**, *Philip Morris*, ¶399; **CL-0178**, *Chemtura* ¶ 123 y **CL-0084**, *Continental*, nota al pie 266.

<sup>636</sup> Cf. Cl. PHB ¶ 118.

cuenta de que el Tribunal se encuentra en una mejor posición (cuenta con el beneficio de la retrospcción y con peritos que sugieren distintas y, sin duda, mejores maneras de abordar el Déficit Tarifario) y, a la vez, en una peor posición (su perspectiva es, inevitablemente, mucho más limitada que la de un Estado que aborda distintos aspectos de una crisis económica) para evaluar aquello que fue desproporcionado, incluso en función de equilibrar los diversos intereses públicos y privados que puedan estar en juego. El Tribunal subraya que, como lo destacó el tribunal que entendió en el caso *Saluka*, el estándar de TJE no crea un “*mandato indefinido para cuestionar el proceso de toma de decisiones de un gobierno*”<sup>637</sup>. [Traducción del Tribunal]

***(ii) ¿Las Medidas en Disputa fueron adecuadas y necesarias respecto de la finalidad legislativa?***

554. Al considerar la cuestión de proporcionalidad, es útil (y habitual) evaluar si una medida determinada fue adecuada y necesaria respecto de la finalidad legislativa declarada<sup>638</sup>. Por lo general, la adecuación es vista como un estándar relativamente laxo y, en consonancia con la afirmación citada *supra* del caso *Saluka*, el Tribunal no considera que ello requiera más que una relación de adecuación entre la medida y el objetivo perseguido. La cuestión que consiste en determinar si una medida puntual es necesaria es más exigente. Si bien, por lo general, es más apropiado permitirle cierto margen de apreciación a un Estado en este contexto, la cuestión de si una medida es necesaria normalmente implica cierto análisis sobre si el Estado tuvo a su razonable disposición medios menos restrictivos para alcanzar el objetivo dado. Si se estableciera que –incluso otorgándole al Estado un margen de apreciación– el Estado tenía a su disposición razonable medios menos restrictivos, es difícil ver cómo la medida dada puede considerarse necesaria.

---

<sup>637</sup> **CL-0034**, *Saluka*, ¶ 284, que hace referencia a *SD Myers Inc c. Canadá*, ¶ 261. Véase, también, **RL-0089**, *Wirtgen*, ¶ 444.

<sup>638</sup> En Cl. Mem. ¶ 494, las Demandantes sostienen que una medida se puede considerar proporcionada si es necesaria para alcanzar los objetivos establecidos.



555. El Tribunal considera que la amplia finalidad legislativa de las Medidas en Disputa era implementar un nuevo régimen que abordara el problema del Déficit Tarifario y la deuda insostenible del sector eléctrico. El Preámbulo del RDL 9/2013 establece lo siguiente:

“... desde hace una década, el sistema eléctrico español genera un déficit tarifario que, con el paso del tiempo, se ha convertido en estructural, debido a que los costes reales asociados a las actividades reguladas y al funcionamiento del sector eléctrico resultan superiores a la recaudación por los peajes que fija la Administración y que pagan los consumidores.

Entre los años 2004 y 2012 los ingresos del sistema eléctrico por peajes de los consumidores se han incrementado en un 122 por ciento, mientras que el aumento de los costes regulados del sistema en dicho periodo ha sido de un 197 por ciento. De entre las partidas de costes que han contribuido en mayor medida a dicho incremento destacan las primas del régimen especial y las anualidades de déficits acumulados, partidas que se han multiplicado por seis y por nueve respectivamente en dicho periodo.

Según los últimos datos disponibles de la Comisión Nacional de Energía, en un saldo de deuda acumulada de 26.062,51 millones de euros a 10 de mayo de 2013. De forma complementaria al cálculo de la deuda del sistema eléctrico, dicha Comisión señala que desde el año 2003 y hasta el 10 de mayo de 2013, el importe satisfecho para financiar el déficit del sistema eléctrico a través de las anualidades que se incorporan en los peajes de acceso de los consumidores, a precios corrientes de cada año, asciende a 11.823 millones de euros.

Estas cifras dan cuenta del carácter insostenible del déficit del sector eléctrico y de la necesidad de adoptar medidas urgentes de vigencia inmediata que permitan poner término a dicha situación”<sup>639</sup>.

556. La deuda acumulada resultante del Déficit Tarifario –que superaba los EUR 26.000 millones a mayo de 2013– se había ido elevando rápidamente, es decir, en alrededor de EUR 5.000 millones en 14 meses. Así, según el informe de la CNE de 7 de marzo de 2012, la deuda del sistema entonces ascendía a EUR 21.812 millones, por lo que dicho organismo consideraba que el déficit entre los ingresos y los costes del sistema eléctrico se había vuelto insostenible<sup>640</sup>. La CNE sostuvo lo siguiente:

"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

---

<sup>639</sup> C-0024, RDL 9/2013.

<sup>640</sup> C-0163, Reporte CNE 2012, p. 6.

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.

... se requiere la adopción urgente de soluciones regulatorias, en los sectores de electricidad y gas natural, tanto para evitar los problemas de los déficits tarifarios estructurales, como para contener los costes de las actividades reguladas, revisar su regulación y promover un funcionamiento más eficiente y competitivo de los mercados”<sup>641</sup>.

557. La CNE propuso una serie de posibles medidas “*urgentes y necesarias*” a corto y mediano plazo. Algunas de estas medidas fueron drásticas por naturaleza, como la financiación de los costes del régimen especial a través de subastas de CO<sub>2</sub> y un impuesto sobre la venta de gasolina y gas. Otras contemplaron reducciones relativamente leves en la retribución de los productores de ER (tales como reducciones en el aumento anual de acuerdo con el IPC, reducciones que afectaban a las instalaciones solares termoeléctricas preinscritas pero aún no inscritas en el RAIPRE de manera definitiva, y limitaciones en el uso de combustibles fósiles al 5% para la producción de energía renovable). Y otras preveían un aumento en los peajes de acceso<sup>642</sup>. La CNE no propuso el reemplazo de la tarifa fija/prima del Régimen Especial que había implementado el RD 661/2007<sup>643</sup>, pero el Tribunal considera que el informe es prueba contundente de que era necesario actuar de alguna forma para abordar el Déficit Tarifario.

558. Tal como se destacara en la Sección IV.C *supra*, el 25 de junio de 2012, transcurridos tres meses de dicho informe de la CNE, el gobierno español solicitó asistencia financiera externa de la UE, lo que llevó a la celebración del Memorando de Entendimiento sobre “Condiciones de Política Sectorial Financiera” de fecha 20 de julio de 2012, cuyo apartado 31 reza lo siguiente:

“31. En cuanto a las reformas estructurales, las autoridades españolas se han comprometido a llevar a efecto las recomendaciones específicas para España en el contexto del Semestre Europeo. Estas reformas tienen por objeto corregir los

---

<sup>641</sup> C-0163, Reporte CNE 2012, p. 4.

<sup>642</sup> C-0163, Reporte CNE 2012.

<sup>643</sup> Véase, por ejemplo, alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/54-55.

desequilibrios macroeconómicos detectados en la revisión en profundidad realizada conforme al Procedimiento de Desequilibrio Macroeconómico. En concreto, se recomienda que España: ...

6) ... aborde el problema del déficit tarifario en la electricidad de forma global”<sup>644</sup>.

559. Si bien se trató de una invitación y no de una exigencia, constituye evidencia de la gravedad del problema del Déficit Tarifario. Asimismo, aunque, como han expresado con certeza las Demandantes, hubiera sido irracional exigir que las instalaciones de energías renovables absorbieran el coste de rescatar a los bancos españoles<sup>645</sup>, se infiere claramente del Memorando y de otras fuentes que, en el período comprendido entre los años 2012 y 2013, España atravesaba una crisis financiera continua y que se había tornado imperativo abordar el Déficit Tarifario<sup>646</sup>. El Tribunal no acepta que el Déficit Tarifario deba considerarse como una cuantía conocida a la fecha de adopción del RD 661/2007, de modo que se considere que España incorpora y acepta todos los riesgos respecto del crecimiento del déficit. El Tribunal considera que los subsidios que establece el RD 661/2007 se apoyaron en el pronóstico de datos macroeconómicos incluido en el PER 2005<sup>647</sup>, y que la economía española había sido, de hecho, muy golpeada por la crisis económica global del año 2008 y subsiguientes, ante el alza del Déficit Tarifario frente a la baja del consumo eléctrico muy por debajo de lo pronosticado en el PER 2005<sup>648</sup>.

560. El Tribunal considera que las Medidas en Disputa fueron adecuadas en función del abordaje del Déficit Tarifario: se dirigieron directamente a reducir el Déficit y en el caso de que el Déficit cayera rápidamente como consecuencia de su implementación<sup>649</sup>.

561. La cuestión de si las Medidas en Disputa fueron necesarias es más difícil. La cuestión no es si había un estado de necesidad que excluyera la ilicitud<sup>650</sup>, sino que el Tribunal no

---

<sup>644</sup> **RL-0067**, MOU con la EU, énfasis agregado.

<sup>645</sup> Cl. PHB, ¶ 125.

<sup>646</sup> Véase, por ejemplo, Alegato de Apertura del Demandado, Día 2/400-404.

<sup>647</sup> Resp. PHB, ¶ 116.

<sup>648</sup> Resp. C-Mem., ¶¶ 594-596; Resp. Rej. ¶¶ 286-289.

<sup>649</sup> Véase, por ejemplo, la postura del perito de las Demandantes, el Dr. García, de Compass Lexecon, Día 3/916. Líneas 13-15.

<sup>650</sup> Cf. Cl. Reply ¶¶ 506 y 585-587.

considera suficiente que, en el año 2013, se haya tornado necesario reformar de algún modo el Régimen Especial tal como lo había implementado el RD 661/2007. El foco debe centrarse en las medidas concretas seleccionadas por el Demandado.

562. Las Demandantes sostienen que existían otros medios disponibles para abordar el Déficit<sup>651</sup>. Sobre este particular, sus peritos, Compass Lexecon, identificaron dos métodos combinados para abordar un Déficit anual estimado de EUR 3.000 millones, a saber, (a) un incremento del 3,1% en las tarifas domésticas y un aumento del 2% en las tarifas industriales, combinadas con (b) un incremento del 1,4% en impuestos indirectos mediante un aumento del IVA o la introducción de un impuesto al carbón sobre combustibles como el petróleo, el carbón y el gas<sup>652</sup>. El Tribunal no está convencido de que estos medios estuvieran disponibles y hubieran cumplido el objetivo deseado. En este aspecto, el Déficit anual que debía abordarse no era de EUR 3.000 millones, sino superior a los EUR 5.000 millones —el Déficit de 2012 alcanzó los EUR 5.600 millones y el promedio de los 5 años anteriores a 2013 fue de EUR 5.100 millones—. La cifra más baja anual fue de EUR 3.850 millones, lo que puede indicar que las medidas tomadas en el año 2010 habían tenido cierto éxito en un principio<sup>653</sup>. La cifra de EUR 3.000 millones de Compass Lexecon parte de la base de la cifra correspondiente al año 2013, pero, habida cuenta de que el RDL 9/2013 fue adoptado a mediados de ese año, la cifra correspondiente al año 2013 en su conjunto no le parece útil al Tribunal. Además:

- a) En cuanto al aumento de los cargos de electricidad, no es como si el Demandado no hubiera considerado aumentar los cargos de electricidad. Como se desprende del extracto del Preámbulo del RDL 9/2013 al que se hace remisión *supra*, el RDL se basó, al menos en parte, en el hecho de que el incremento de cargos a los consumidores no había resuelto el problema. En su informe de 7 de marzo de 2012, la CNE consideró un escenario donde el Déficit Tarifario sería abordado por un incremento en los peajes de acceso, que consideró significaría un aumento del

---

<sup>651</sup> Cl. Mem., ¶ 494; Cl. Reply ¶ 58; Alegato de Clausura de las Demandantes, Día 5/1562-1564.

<sup>652</sup> Informe de Compass Lexecon, ¶¶ 19-21 y sección V; Segundo Informe de Compass LexeconSegundo Informe de Compass Lexecon, sección V, Día 3/916-923.

<sup>653</sup> Informe de Compass Lexecon, ¶ 141, Figura 8.

35,5% en el año 2012 y, posteriormente, aumentos adicionales en los años subsiguientes (del 0,6% en 2013 y del 6,4% en 2014) y consideró que sería “*insostenible*” para los consumidores<sup>654</sup>. Al combinar sus otras medidas regulatorias propuestas con un incremento en los peajes de acceso, el aumento se reduciría al 15,1% en 2012, una disminución del 4,5% en 2013 y, posteriormente, un incremento del 2,3% tanto en 2014 como en 2015, que consideró sería “*difícilmente sostenible para los consumidores*”<sup>655</sup>.

b) Respecto de la sugerencia que el Déficit pudiera, en parte, ser abordado con un aumento en los impuestos, no se ha proporcionado análisis alguno de los mayores impactos económicos de utilizar dicho incremento para abordar el Déficit Tarifario (en un momento de extrema incertidumbre económica)<sup>656</sup>, incluso el potencial de disminución en el consumo de electricidad causado por la reducción general del ingreso disponible.

563. Las Demandantes también expresan que la CNE, en su informe de 7 de marzo de 2012, ofreció una amplia gama de propuestas que resolverían el Déficit Tarifario, y que fueron simplemente ignoradas por el Demandado<sup>657</sup>. Este informe de la CNE fue el resultado de una indicación concreta del Ministerio de Industria, Energía y Turismo español de elaborar un informe sobre medidas que se pudieran adoptar en el sector energético, en particular, dirigidas al Déficit Tarifario<sup>658</sup>. El informe contenía una serie de propuestas sobre medidas por adoptar en el corto y el mediano plazo, a saber:

a) En el corto plazo: (i) laminar la senda temporal de las primas que recibirán las centrales solares termoeléctricas inscritas en el registro de preasignación, pero sin acta definitiva de puesta en servicio; (ii) la limitación del uso de los combustibles fósiles de apoyo primado al 5 por ciento de la energía primaria; (iii) evitar el incremento automático del factor X de eficiencia en el índice de actualización de

---

<sup>654</sup> C-0163, Reporte CNE 2012, p. 8.

<sup>655</sup> C-0163, Reporte CNE 2012, p. 9.

<sup>656</sup> Cf. Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 199.

<sup>657</sup> Cl. Reply ¶ 584.

<sup>658</sup> C-0163, Reporte CNE 2012, p. 1; Resp. C-Mem. ¶ 628.

tarifas y primas (IPC-X); (iv) homogeneizar la prima a la tarifa aplicables a las plantas termosolares para evitar situaciones de sobre-retribución; (v) la financiación parcial con subastas de CO<sub>2</sub>; (vi) la financiación parcial con cargo a sectores responsables del consumo de combustibles fósiles o, alternativamente, a través de los Presupuestos Generales del Estado; (vii) la modulación del ritmo de penetración inicialmente previsto en el PER en línea con lo establecido por el RDL 1/2012<sup>659</sup>.

- b) En el mediano plazo: (i) la revisión de la regulación existente mediante el establecimiento de mecanismos competitivos (subastas) y primas basadas en información regulatoria de coste; (ii) la eliminación de subsidios a partir de la finalización de la vida económica (vida útil estimada) de la planta; (iii) consideración del techo y suelo de la prima, para que cuando el precio de mercado supere el techo, la prima se devuelva como ingreso liquidable del sistema; (iv) imputación de los costes reales de operación<sup>660</sup>.
564. El Tribunal destaca que la CNE no evaluaba el Déficit 2012, que había ascendido a EUR 5.610 millones partiendo de la cifra de 2011 de EUR 3.850 millones (según las cifras de Compass Lexecon). Destacó también que algunas de las cuestiones establecidas *supra* parecieran implicar modificaciones significativas —y reducciones— de la remuneración establecida por el RD 661/2007.
565. Según el Demandado, adoptó, junto con medidas relativas a este arbitraje, “*otra pluralidad de medidas dirigidas a incrementar los ingresos del Sistema y reducir los costes del mismo*”, incluida la reducción de costes “*en línea con las recomendaciones que la CNE efectuó el 7 de marzo de 2012*”. Se dice que:

“Del lado de los ingresos se acordó nutrir el SEE con el importe derivado de la recaudación de los ingresos públicos a que hacer referencia la Ley 15/2012. Esta medida supuso una excepción al principio de autofinanciación del SEE, con fundamento en la finalidad de fomentar el desarrollo de las Energías Renovables.

---

<sup>659</sup> C-0163, Reporte CNE 2012, Resp. C-Mem. ¶ 632.

<sup>660</sup> C-0163, Reporte CNE 2012, Resp. C-Mem. ¶ 633.

Las medidas para incrementar los ingresos del SEE vinieron unidas a importantes medidas de reducción de los costes del SEE. Al margen de los costes que suponen las primas a las renovables, todos los costes del SEE fueron reducidos, en línea con las recomendaciones que la CNE efectuó el 7 de marzo de 2012, para adaptarlos a los nuevos escenarios económicos derivados de la crisis.

En dicha situación, se adoptaron medidas dirigidas a reducir los costes del SEE sobre los que las Demandantes nada dicen. Las referidas medidas no existieron para ellos...”<sup>661</sup>.

566. El Tribunal acepta que el Demandado efectivamente tomó diversas medidas distintas de las Medidas en Disputa, y que las Demandantes no han establecido como incorrecta la alegación del Demandado de que los costes del SEE fueron reducidos “*en línea con las recomendaciones que la CNE efectuó el 7 de marzo de 2012*”. En la audiencia, las Demandantes se concentraron en las alternativas propuestas por Compass Lexecon, y el Tribunal ya ha desestimado el planteo de que éstas se encontraban disponibles y hubieran cumplido el objetivo deseado<sup>662</sup>. Las Demandantes no han logrado demostrar que las recomendaciones de la CNE que no se siguieron habrían alcanzado la finalidad legislativa de abordar el problema del Déficit Tarifario y la deuda insostenible del sector eléctrico. En efecto, si las Demandantes confiaran en que las propuestas de la CNE hubieran funcionado (sin causarles pérdidas significativas a ellas ni a otros inversores en el sector de energías renovables), presumiblemente habrían enviado un informe pericial a dichos efectos, en lugar de las propias alternativas de Compass Lexecon a las Medidas en Disputa.
567. El Tribunal considera que debe otorgársele al Demandado cierto margen de apreciación al evaluar qué medidas abordarían con éxito el complejo y agudo problema del Déficit Tarifario y la deuda insostenible del sector eléctrico; sin embargo, incluso en ausencia de dicho margen, no considera que las Demandantes hayan establecido la disponibilidad de otras medidas menos restrictivas. A la luz de lo expuesto, el Tribunal considera que las Demandantes no establecieron que las Medidas en Disputa no eran necesarias.

---

<sup>661</sup> Resp. Rej. ¶¶ 566-569, que hace referencia a C-Mem. ¶¶ 601-612.

<sup>662</sup> Véase, por ejemplo, Día 1/264-265.

*(iii) Desproporcionalidad (sensu stricto)*

568. Empero, la conclusión anterior no significa que la cuestión de la desproporcionalidad se vaya a decidir inevitablemente a favor del Demandado. Según las Demandantes, basándose principalmente en el caso *Tecmed*, la proporcionalidad exige la existencia de una relación razonable entre la carga impuesta en el inversor extranjero y la finalidad perseguida por la medida estatal dada<sup>663</sup>. Asimismo, las Demandantes arguyen que debe prestarse especial atención al daño causado a sus Inversiones<sup>664</sup>. El Demandado se basa en *AES Summit c. Hungría* para establecer el criterio aplicable<sup>665</sup>, incluyendo que “*se necesita una correlación apropiada entre el objetivo de política pública del estado y la medida adoptada para alcanzarlo*”<sup>666</sup>. [Traducción del Tribunal]
569. El Tribunal destaca que la formulación en *Tecmed* formó parte de la consideración de si se había producido una expropiación indirecta, mientras que el criterio de *AES Summit* concierne la razonabilidad, no la proporcionalidad (o, al menos, no en forma expresa). En un caso que implicaba el estándar de TJE, el tribunal de *EDF c. Rumania* estableció lo siguiente respecto de la proporcionalidad:

“Como sostuvieron otros tribunales, además de una finalidad legítima en el interés público, debe existir una ‘relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida’; dicha proporcionalidad estaría ausente si la persona implicada ‘soporta una carga individual y excesiva’”<sup>667</sup>. [Traducción del Tribunal]

570. La doctrina ha debatido considerablemente sobre cómo y con qué finalidad, precisamente, se aplica el criterio de proporcionalidad. El Tribunal opina que, para considerar la proporcionalidad dentro del estándar de TJE, deben tenerse en cuenta la naturaleza del derecho y el contexto específico. En el contexto actual, donde los inversores —incluidos los inversores extranjeros protegidos como las Demandantes—

---

<sup>663</sup> Cl. Mem. ¶ 492; **CL-0032**, *Tecmed*, ¶ 122.

<sup>664</sup> Cl. Mem., ¶ 497.

<sup>665</sup> Resp. C-Mem. ¶ 984.

<sup>666</sup> **RL-0039**, *AES Summit*, Laudo, ¶ 10.3.9.

<sup>667</sup> **RL-0035**, *EDF c. Rumania* ¶ 293, que hace referencia a *Azurix Corp. c. República Argentina*, Laudo de 14 de julio de 2006, ¶ 311.



han sido, por lo general, invitados y alentados a invertir en un sector particular a través de un régimen tarifario particularmente atractivo, el Tribunal considera apropiado identificar la carga que han soportado las Demandantes ante las radicales modificaciones de dicho régimen, y si dicha carga es excesiva en relación con la finalidad legítima que perseguía dicha modificación. En este sentido, el Tribunal también destaca que, al considerar el concepto de arbitrariedad en virtud del Artículo 10(1) del TCE, el tribunal que entendió en el caso *Electrabel* sostuvo:

“La relevancia de la proporcionalidad de la medida viene siendo cada vez más abordada por los tribunales de inversiones y otros tribunales internacionales, incluso por el TEDH. El criterio para establecer la proporcionalidad se ha desarrollado a partir determinadas leyes administrativas internas, y exige que la medida sea adecuada para lograr el objetivo político legítimo, necesaria para dicho objetivo, y no excesiva a la luz del peso relativo de cada interés implicado”<sup>668</sup>. [Traducción del Tribunal]

571. Ello involucra una forma de ejercicio de sopesamiento al cual un tribunal de arbitraje internacional se suele acercar con cierta cautela; dicho de otro modo, un tribunal no tendrá deseos de reemplazar sus propias apreciaciones subjetivas por aquellas del Estado. Podrá ser asistido en ese sentido permitiéndole al Estado un margen de apreciación, aunque la amplitud de dicho margen también variará según el contexto. En el caso que nos ocupa, donde se ha establecido un régimen tarifario atractivo con la finalidad de atraer inversiones en una industria que requiere una gran inversión inicial y donde el Estado hablaba en el año 2007 de una “*garantía*” tanto en la nota de prensa que anunciaba el régimen del RD 661/2007 como en el “acuerdo” de julio de 2010, el Tribunal no considera apropiado otorgarle un margen particularmente amplio.

a. Alegaciones específicas de las Demandantes sobre la proporcionalidad y el Déficit Tarifario

572. El Demandado alega que la carga de demostrar que las Medidas en Disputa eran desproporcionadas recae sobre las Demandantes, y el Tribunal lo acepta<sup>669</sup>.

---

<sup>668</sup> **RL-0048**, *Electrabel*, Laudo, ¶ 179.

<sup>669</sup> Resp. Rej. ¶ 1031.

573. Dentro del contexto de proporcionalidad, las Demandantes alegan que la FIT para las plantas eólicas e hidráulicas solo jugó un papel limitado en la acumulación del Régimen Tarifario, que España había causado el déficit por no incrementar los peajes y cargos para cubrir el verdadero coste de la electricidad, y que contaba con otros medios para abordar el Déficit<sup>670</sup>. La última alegación ya ha sido considerada bajo el tema de la adecuación y la necesidad.
574. Las Demandantes buscan probar la primera alegación mencionada *supra* mediante el desglose del Déficit correspondiente al año 2013, que alcanzó los EUR 3.188 millones, sobre el que se dice que los costes extra asociados con el sector eólico y minihidro solo representaron el 12% de los costes regulados del Sistema Eléctrico<sup>671</sup>. Sin embargo, ello reviste un limitado valor probatorio dado que (i) las Medidas en Disputa del RDL 9/2013 no estaban dirigidas únicamente al sector eólico y minihidro mientras que, sobre las cifras de Compass Lexecon, los costes extra del sector de energías renovables en su totalidad representaron el 44% del Déficit correspondiente a 2013, (ii) el RDL 9/2013 fue adoptado en julio de 2013 y no se infiere claramente de las cifras de Compass Lexecon si el impacto del RDL se ve reflejado en la cifra de EUR 3.188 millones del año 2013. En ese sentido, tal como ya se destacó anteriormente, el Déficit Tarifario correspondiente al año 2012 fue de EUR 5.609 millones, y esa cifra de 2012 le parece más relevante al Tribunal para establecer qué proporción del Déficit Tarifario se debió al sector de energías renovables al tiempo de la adopción del RDL 9/2013.
575. La segunda alegación puede ser correcta hasta cierto punto, pero el Tribunal no logra evaluar –y hubiera requerido más pruebas periciales en profundidad– a qué precio la electricidad hubiera sido soportada por los consumidores en forma razonable, incluso sin conducir a otros impactos adversos al Déficit Tarifario, por ejemplo, la caída del consumo<sup>672</sup>. La posición del Demandado es que las Medidas en Disputa fueron impuestas a todo el sistema mientras que, durante el período comprendido entre los años 2003 y

---

<sup>670</sup> Cl. Mem. ¶¶ 492 y 494; Cl. Reply ¶¶ 581 y ss.; también ¶¶ 594 y ss.; Alegato de Apertura de las Demandantes, Día 1/260-265.

<sup>671</sup> Cl. Mem. ¶¶ 492 y 494; Informe de Compass, ¶ 144.b.

<sup>672</sup> Respecto de la caída del consumo durante el período comprendido entre 2005 y 2010 comparada con la anticipada en el PER 2005, véase el primer informe de BDO ¶ 143 y el alegato de apertura del Demandado, Día 2/405-406.

2012, los precios de la electricidad para los consumidores aumentaron en un 81%; los mayores aumentos se produjeron en los años 2008 (10%), 2009 (10,1%) y 2011 (17,7%) con el resultado de que el precio de la electricidad en España se encuentra entre los más elevados de Europa<sup>673</sup>. Estas cifras no fueron objetadas<sup>674</sup>. Asimismo, según el informe de la CNE de 7 de marzo de 2012: *“En resumen, en España los precios finales de electricidad de los consumidores industriales, que tienen un impacto directo en la competitividad industrial, se sitúan en el umbral de precios más elevados de Europa. En relación a tú los precios finales de de los consumidores doméstico-residenciales, especialmente de electricidad, registran puestos de los más elevados del ranking europeo (el tercer puesto excluidos impuestos), ...”*<sup>675</sup>.

576. En estas circunstancias, el Tribunal no acepta que la falta de trasladar el coste total del sistema eléctrico a los consumidores signifique que haya sido desproporcionado (o irrazonable) adoptar las Medidas en Disputa.

b. La carga que recae sobre las Inversiones de las Demandantes

577. Según el caso que plantea el Demandado, las reformas del período comprendido entre los años 2013 y 2014 mantuvieron los elementos esenciales del sistema de apoyo a las energías renovables anterior, incluidos: (i) la prioridad de acceso, (ii) la prioridad de despacho, (iii) la metodología de fijación de los subsidios basada en el establecimiento de instalaciones tipo y estándares, (iv) el precio de mercado por energía vendida, más un subsidio con el fin de alcanzar unas tasas de rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales, reconociendo que (v) las primas son un coste del SEE y deben ser sostenibles<sup>676</sup>.

---

<sup>673</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 285-293; Resp. Rej. ¶ 950; primer informe de BDO, pp. 105-106 y alegato de apertura del Demandado, Día 2/406-407.

<sup>674</sup> La respuesta de las Demandantes en su alegato de apertura, Día 1/263-265, fue, en cambio, en el sentido de que la electricidad en España puede ser más elevada que en otros lugares (aunque no la más elevada de Europa) ya que España es muy dependiente de importaciones de energía, y que España ha realizado elecciones políticas respecto del pago de una prima por energía renovable.

<sup>675</sup> **R-0131**, Reporte CNE 2012, p. 17.

<sup>676</sup> Por ejemplo, Resp. C-Mem. ¶ 37; Resp. Rej. ¶¶ 797 y ss.; alegato de apertura del Demandado, Día 1/305, Día 2/420-422.

578. El Tribunal acepta que determinados elementos importantes del Régimen Especial se hayan mantenido en cierta forma, entre ellos, la prioridad de acceso y despacho y un elemento de subsidio además del precio de mercado. Sin embargo, este hecho no basta en sí mismo para responder la cuestión de la desproporcionalidad y, como ya se ha identificado anteriormente, es necesario prestarle más atención al impacto de las Medidas en Disputa sobre las plantas de las Demandantes en función de la retribución no percibida.
579. Se han presentado ante el Tribunal diversos grupos de cifras con el objeto de demostrar el impacto de las Medidas en Disputa sobre las plantas de las Demandantes en función de la retribución que será efectivamente percibida en virtud del nuevo régimen, en contraposición con la que hubieran percibido con arreglo al régimen del RD 661/2007.
- a) Los cálculos incluidos en la segunda declaración del Sr. Ayuso, además de un grupo de cálculos del segundo informe de Compass Lexecon, se efectúan con referencia a las Instalaciones Tipo que introdujo la Orden IET 1045/2014 que más se aproximan a las plantas de las Demandantes.
  - b) Un grupo adicional de cálculos contenidos en el segundo informe de Compass Lexecon, junto con otros incluidos en los informes de BDO, se efectúan con referencia a la inversión inicial en las plantas reales y los ulteriores gastos de capital, de conformidad con datos dados a conocer por las Demandantes en la fase de divulgación del arbitraje<sup>677</sup>.
580. Según las cifras del Sr. Ayuso, cinco de las Instalaciones Tipo que se aproximan a las plantas de las Demandantes todavía alcanzarán una tasa interna de retorno (TIR) superior al 10% antes de impuestos, mientras que las restantes alcanzarán el 7,398% antes de impuestos previsto en las Medidas en Disputa<sup>678</sup>. Además, la evidencia que presenta el Sr. Ayuso es que las plantas eólicas de las Demandantes son más productivas en un 15%,

---

<sup>677</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon ¶¶ 262-263 y Tabla 10; segundo informe de BDO ¶ 240 y Tabla 13.

<sup>678</sup> **RW-0002**, Segunda Declaración Testimonial de Ayuso, Tablas 7-8.

aproximadamente, que las Instalaciones Tipo<sup>679</sup>, y entonces ganarán más en lo que respecta a la energía vendida al mercado.

581. Respecto de los cálculos del segundo informe de Compass Lexecon, el resumen de la Tabla 4 muestra que en el escenario contrafáctico, donde se mantiene el régimen del RD 661/2007, las Instalaciones Tipo que se aproximan a las plantas de las Demandantes logran una TIR promedio después de impuestos del 9%, mientras que en el escenario real alcanzan una TIR promedio del 5,9% (la comparación se efectúa en base a cifras porcentuales del informe de la CNE de 2007 que se dice que demuestran lo que sería razonable<sup>680</sup>). Estas cifras del escenario real, una vez convertidas a cifras antes de impuestos, son muy cercanas a las cifras del Sr. Ayuso<sup>681</sup>. De ello se desprende que las partes concuerdan con que, en lo que respecta al escenario real en virtud de las Medidas en Disputa, haciendo referencia a las Instalaciones Tipo, y antes de impuestos:

- a) Nueve de las plantas eólicas de las Demandantes alcanzarán una TIR de alrededor del 10% o superior (IT-00648: Muel; IT-00651: Grisel I; IT-00652: Acampo Armijo, Bosque Alto, La Balsa, Los Labrados, Plana Maria, Plana Zaragoza; IT-00653: Rio Gallego I)<sup>682</sup>.
- b) Las once plantas eólicas restantes (IT-00654: Aldehuelas, Juno, Lanternoso, Luna, Urano; IT-00655: Grisel II; IT-00656: Rio Gallego II; IT-00657: Bancal I y II, Siglos I y II) alcanzarán una TIR del 7,4%, aproximadamente.
- c) Una de las plantas hidráulicas de las Demandantes alcanzará una TIR de alrededor del 11% (IT-00751: Villalgordo).
- d) Las tres plantas hidráulicas restantes (IT-00673: Chomba; IT-00699: Cepeda; IT-00701: La Mora) alcanzarán una TIR del 7,4%, aproximadamente.

---

<sup>679</sup> **RW-0002**, Segunda Declaración Testimonial de Ayuso, ¶¶ 99-100. Según el Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 102, la cifra es 8%.

<sup>680</sup> Cf. ¶ 380 *supra*. Segundo informe Informe de Compass Lexecon ¶ 120.

<sup>681</sup> Véanse las cifras antes de impuestos de Compass Lexecon en CLEX-0226, Tasa de Rentabilidad de Plantas Tipo en escenario contrafáctico y escenario real.

<sup>682</sup> La referencia "IT" denota la instalación tipo que más se aproxima a las plantas de las Demandantes.

582. El Tribunal toma nota de estas cifras, pero considera que las rentabilidades estimadas que se basan más bien en la inversión real y otros costes de las plantas de las Demandantes le son de mayor utilidad. El perito del Demandado, el Sr. Pérez de BDO, sostuvo que éstas eran las cifras más útiles<sup>683</sup>, y el Tribunal concuerda con esa postura. La cuestión que se encuentra ahora bajo análisis es si las Medidas en Disputa han tenido un impacto desproporcionado en las plantas individuales en las que invirtieron las Demandantes y, al efectuar dicha evaluación, resulta apropiado observar los impactos reales (en la medida que sea posible) en contraposición con los impactos referentes a una serie de Instalaciones Tipo que son, después de todo, simplemente una faceta de las Medidas en Disputa. Además, el Demandado ha sido uniforme en su postura en este arbitraje de que el régimen de remuneración de las plantas, incluidas las de las Demandantes, se basaba en una rentabilidad razonable conforme lo establece la Ley 54/1998<sup>684</sup>, mientras que la cifra de la rentabilidad en la que se ha concentrado siempre ha girado en torno al 7% (aunque, inicialmente, como cifra después de impuestos).
583. Un intento por calcular las rentabilidades reales fue realizado en el primer informe de BDO “*de manera provisional*”, es decir, estimando los costes de inversión de las plantas individuales, y otras cuestiones diversas<sup>685</sup>. Las cifras de BDO fueron “*corregidas*” en el segundo informe de Compass Lexecon de modo que tomen en cuenta los costes de inversión reales (y más elevados) de las plantas conforme se ven plasmados en los estados financieros de las distintas plantas, junto con otros factores<sup>686</sup>. Debajo reproducimos la Tabla 10 del segundo informe de Compass Lexecon.

---

<sup>683</sup> Véase el Día 5/1422-1423:

“P. ... Y entonces en su análisis de TIR, sin embargo, usted utiliza lo que usted piensa que son los costes reales de inversión. ¿Verdad?”

R. SEÑOR PÉREZ: Sí, sí, así es. Al final es la rentabilidad que obtienen y creo que era importante analizar cuál es la rentabilidad total que han obtenido”.

<sup>684</sup> Véase, por ejemplo, Resp. Rej. ¶ 302; **R-0003**, Ley 54/1997, Artículo 30.4, pp. 19-20, que hacen referencia al “*régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial.*”

<sup>685</sup> Primer Informe de BDO ¶¶ 104-111 y Tabla 4.

<sup>686</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon ¶¶ 262-263 y Tabla 10; véase también la declaración del Sr. Pérez el Día 5/1473-1476.

**Tabla 10: Rentabilidades antes de impuestos de las Plantas de las Demandantes de BDO con correcciones**

Planta	IT	TIR originales de BDO		TIR corregidas	
		Hipotético	Real	Hipotético	Real
Muel	IT-00648	19,1%	18,4%	13,5%	12,3%
Grisel fase I	IT-00651	14,3%	11,9%	10,8%	7,8%
Acampo Armijo	IT-00652	28,8%	27,6%	20,6%	18,7%
Bosque Alto	IT-00652	25,0%	23,6%	17,3%	15,1%
La Balsa	IT-00652	15,7%	12,9%	10,9%	7,3%
Los Labrados	IT-00652	19,6%	17,6%	13,8%	11,0%
Plana Zaragoza	IT-00652	22,2%	20,5%	16,2%	13,7%
Plana María	IT-00652	17,6%	15,3%	13,1%	10,0%
Río Gállego fase I	IT-00653	22,4%	20,1%	16,2%	13,3%
Aldehuelas	IT-00654	21,8%	19,0%	22,9%	19,0%
Juno	IT-00654	14,2%	9,4%	13,8%	8,8%
Lanternoso	IT-00654	21,7%	18,3%	16,7%	12,0%
Luna	IT-00654	15,3%	11,6%	15,2%	11,0%
Urano	IT-00654	8,9%	3,2%	9,1%	2,8%
Grisel fase II	IT-00655	15,8%	11,8%	9,9%	5,8%
Río Gállego fase II	IT-00656	17,9%	15,0%	12,7%	9,7%
Bancal fase I	IT-00657	9,2%	8,3%	4,7%	4,4%
Bancal fase II	IT-00657	8,8%	7,9%	4,6%	4,2%
Siglos fase I	IT-00657	10,0%	8,7%	5,6%	4,7%
Siglos fase II	IT-00657	9,8%	8,5%	5,5%	4,7%
<b>Plantas eólicas</b>		<b>17,9%</b>	<b>15,1%</b>	<b>14,5%</b>	<b>11,1%</b>
Chomba	IT-00673	13,4%	13,6%	9,0%	9,1%
Cepeda	IT-00699	4,4%	2,1%	2,7%	-1,4%
La Mora	IT-00701	-2,0%	-0,4%	-6,3%	-5,0%
Villalgordo	IT-00751	21,4%	20,4%	18,5%	17,2%
<b>Plantas hidráulicas</b>		<b>9,4%</b>	<b>7,8%</b>	<b>7,1%</b>	<b>4,4%</b>

*Fuente: Corrección de los documentos de trabajo de BDO, Tabla A (CLEX-235).*

*Nota: Al corregirse los flujos de efectivo, la TIR de la Mora en el escenario hipotético es negativa e indefinida. Para esta planta, la tabla proporciona una estimación del límite superior.*

584. El Tribunal considera que esta comparación de TIR es una herramienta útil para evaluar el impacto de las Medidas en Disputa sobre la rentabilidad general de las plantas de las Demandantes y la cuestión de la carga que se impone como consecuencia de dichas

medidas<sup>687</sup>. Según la Tabla 10, la TIR general correspondiente al escenario hipotético (plantas eólicas) es del 14,5% antes de impuestos frente a un escenario real del 11,1%. Respecto de las plantas hidráulicas, las cifras son 7,1% y 4,4%, respectivamente.

585. Respecto a las plantas eólicas de las Demandantes, estas cifras de rentabilidad de Compass Lexecon son, de hecho, apenas más elevadas que las calculadas por BDO en su segundo informe<sup>688</sup> (donde BDO aceptó algunas, pero no todas, las correcciones de Compass Lexecon)<sup>689</sup>. Según la Tabla 13 de BDO, la TIR correspondiente al escenario real (plantas eólicas) es del 10,7% antes de impuestos, y las cifras de BDO correspondientes a las plantas eólicas individuales concuerdan en gran medida con las de Compass Lexecon. Respecto de las plantas hidráulicas, la cifra de BDO es del 7,5%, lo que la acerca nuevamente a la cifra de Compass Lexecon. A la luz de la proximidad general de ambos grupos de cifras, y haciendo referencia a la considerable importancia que el Demandado le dio en concreto a la Tabla 10 del segundo informe de Compass Lexecon en su alegato de cierre<sup>690</sup>, el Tribunal ha determinado que puede utilizar de forma segura dicha Tabla 10 (y la hoja de cálculo respaldatoria)<sup>691</sup>, como base para considerar este aspecto de la proporcionalidad.

---

<sup>687</sup> Véase también **RL-0099**, *RREEF*, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños ¶ 520. El Tribunal observa que la TIR general para las plantas eólicas, que constituyen la mayor parte de las Inversiones en su conjunto, es del 11,1%, que se compara favorablemente con el monto de la rentabilidad razonable calculado por el tribunal en el caso *RREEF*: ver ¶¶ 568-589.

<sup>688</sup> Sr. Pérez, Día 5/1473-1476.

<sup>689</sup> Segundo Informe de BDO ¶¶ 240-244 y Tabla 13.

<sup>690</sup> Véase Sr. Fernández, Día 5/1659-1660: “Y, por último, para terminar, déjenme exponerles una tabla, la tabla número 10. La vimos también en el interrogatorio. ¿Por qué? Porque esto es lo que les comentaba mi colega, el señor Santacruz. Es que estos inversores van a recuperar sus costes tanto de inversión como operativos y además van a sacar unas tasas de rentabilidad elevadas. Y aquí no estoy hablando de estándares ni de nada; estoy hablando de estos inversores en concreto y de sus inversiones en concreto. Y no estoy hablando ni siquiera de los cálculos de BDO; estoy hablando - - como pueden ver en el título de la tabla 10 dice: "Las rentabilidades corregidas por parte de Compass Lexecon de los cálculos de BDO sobre las plantas de la demandante". En el escenario *but for*, que es el que reclaman, y en el escenario actual, que es el que tienen después de las medidas. Es decir, resumiendo, reclaman un 14,5 por ciento sobre su inversión y obtienen un 11,1 por ciento. Tabla 10 del informe de Compass Lexecon. Es que nos dicen: "Se han apropiado". Vamos a ver. ¿Qué apropiación, señores? Un regulador tiene que velar por realizar, como les decía en principio, los ajustes que sean necesarios para garantizar el *level playing field*, ni más ni menos, y no puede consentir ni *windfall profits* ni rentabilidades inferiores al mercado”.

<sup>691</sup> **CLEX-0235**, Corrección de los documentos de trabajo de BDO, Tabla A, 22 de marzo de 2017.



586. En general, como se infiere de la Tabla 10, las plantas eólicas de las Demandantes deben soportar la carga de la reducción del Déficit Tarifario en la medida de una reducción de la TIR del 3,4% (la cifra correspondiente a las plantas hidráulicas es del 2,7%). No obstante, al examinar la cuestión de proporcionalidad, el Tribunal considera necesario examinar los impactos ocasionados a las plantas individuales, y destaca que ello está en consonancia con el enfoque del Demandado al establecer el Régimen Especial en la Ley 54/1997, y al adoptar las Medidas en Disputa, es decir, en el intento, mediante la Orden IET 1045/2014 de asegurar lo que el Demandado considera una rentabilidad razonable por vía de referencia a más de 150 Instalaciones Tipo que pretenden aproximarse a las plantas individuales<sup>692</sup>.
587. Como se infiere de la Tabla 10 del segundo informe de Compass Lexecon, se estima que la mayor parte de las plantas de las Demandantes alcanzarán una TIR de alrededor del 7,398% o superior, es decir, la rentabilidad razonable establecida en las Medidas en Disputa respecto de las Instalaciones Tipo. Sin embargo, se estima que determinadas plantas alcanzarán una rentabilidad significativamente menor, a saber: Urano (2,8%), Grisel II (5,8%), Bancal I (4,4%), Bancal II (4,2%), Siglos I (4,7%) y Siglos II (4,7%), además de la planta hidráulica Cepeda (-1,4%)<sup>693</sup>. Puede ser que, haciendo referencia a una Instalación Tipo hipotética, estas plantas logren una TIR que supere el 7,398%, pero, haciendo referencia a la inversión real y otros costes, y los ingresos reales y proyectados, la evidencia expresa lo contrario. En cambio, percibirán una rentabilidad considerablemente menor que la que el Demandado mismo ha considerado razonable y proporcionada (por vía de referencia a Instalaciones Tipo).

---

<sup>692</sup> Véase, también, Resp. PHB ¶¶ 3-5, es decir, la respuesta del Demandado a la Pregunta 1 de las Preguntas formuladas por el Tribunal a las Partes después de la audiencia en el sentido de que, a efectos de determinar el incumplimiento del Art. 10(1), los inversores deben, precisamente, identificar las inversiones y cómo fueron afectadas. La posición del Demandado fue que las Demandantes no han efectuado dicha identificación, y ello impide determinar si el Demandado ha vulnerado el Art. 10(1). El Tribunal no acepta esta aseveración general, pero sí considera que el Demandado acierta en que la cuestión del incumplimiento (y, de proceder, los daños resultantes) debe ser abordada con remisión a las categorías individuales de inversiones identificadas, así como a las inversiones individuales específicas, en la medida que sea pertinente.

<sup>693</sup> Los cálculos detallados se establecen en **CLEX-0235**, Corrección de los documentos de trabajo de BDO, Tabla A, 22 de marzo de 2017.

588. El Tribunal no considera que se haya establecido que el resultado está justificado haciendo referencia a la planta o a otras ineficiencias:

- a) El Demandado alega que la producción es ínfima en las plantas Bancal y Siglos, y que no hubieran alcanzado una rentabilidad muy superior en virtud del régimen del RD 661/2007<sup>694</sup>, pero eso es incorrecto, como lo demuestra la Tabla 10.
- b) Los informes de BDO establecen una cuestión similar respecto de la planta Urano<sup>695</sup>, y también se establece en la Dúplica respecto de la planta hidráulica Cepeda, de la cual se dice que está sobredimensionada<sup>696</sup>. Sin embargo, no se ha establecido, a satisfacción del Tribunal, que las supuestas ineficiencias de las plantas tornen proporcionada la reducción masiva de las rentabilidades de Urano —es decir, del 9,1% al 2,8%—, ni la conversión de Cepeda a una planta que genera pérdidas.

589. Incluso otorgándole cierto margen de apreciación al Demandado, y reconociendo su esfuerzo de buena fe para replicar los costes de la inversión y el rendimiento de las plantas reales a través de las Instalaciones Tipo, el Tribunal considera que, en ciertos aspectos, las Demandantes tienen que soportar una carga excesiva en lo que respecta a las medidas adoptadas para abordar el Déficit Tarifario<sup>697</sup>. Asimismo, si bien el Tribunal no está en ningún sentido obligado por las evaluaciones de razonabilidad o proporcionalidad del Demandado, el Tribunal destaca que el mismo Demandado sugiere que el 7,398% representa una rentabilidad razonable y proporcionada<sup>698</sup>. En este contexto, donde el impacto general de las Medidas en Disputa ya es una reducción significativa en las

---

<sup>694</sup> Alegato de Apertura del Demandado, Día 2/438-439.

<sup>695</sup> Véase nota al pie 13-14 del Primer Informe de BDO (y relacionadas) y nota al pie. 239-240 y 244 del Segundo Informe de BDO.

<sup>696</sup> Resp. Rej. ¶ 837, que hace referencia a un informe de Price Waterhouse Coopers del año 2002, **C-0085**, *Financial Review Due Diligence Draft Report* (Borrador del informe de debida diligencia de revisión financiera) para Agrupación Energías Renovables, S.A., presentación en Power Point de PWC, abril de 2002. Los factores a los que se hace referencia comprenden el daño causado por una tormenta en el año 2001, y la gestión ineficiente a partir del año 2002, que resultan de poca ayuda. El informe menciona, en efecto, que la planta está sobredimensionada.

<sup>697</sup> **RL-0035**, *EDF c. Rumania*, ¶ 293, que hace referencia a *Azurix Corp. c. República Argentina*, Laudo de 14 de julio de 2006, ¶ 311.

<sup>698</sup> Véase, por ejemplo, Resp. CM ¶¶ 973 y 997; Resp. Rej. ¶ 318; Comentarios del Demandado respecto de **RL-0099**, *RREEF*, Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación de Daños en el caso, ¶ 9.

rentabilidades de las plantas de las Demandantes al observarlas en su conjunto, el Tribunal considera que las Demandantes están soportando una carga excesiva y desproporcionada respecto de, específicamente, sus inversiones en las plantas eólicas Urano, Grisel II, Bancal I y II, Siglos I y II, y en la planta hidráulica Cepeda, en circunstancias donde actualmente se estima que la TIR correspondiente a estas instalaciones se encuentra muy por debajo de lo que el mismo Demandado ha decidido que era razonable y proporcionado (aunque por vía de referencia a la Instalación Tipo).

*(iv) ¿Se consideraron de forma debida en el proceso de toma de decisión las consecuencias para inversores como las Demandantes?*

590. El Tribunal considera que, en un contexto como el presente, el factor relevante para la evaluación del cumplimiento con el estándar de TJE radica en si el Estado, en su proceso de toma de decisión, dio la debida consideración a las consecuencias para los inversores tales como las Demandantes. Aquel caso en el que las medidas impongan una carga desproporcionada sobre los inversores naturalmente se agrava si el Estado no considera dicha carga de forma debida.
591. Si bien el nuevo régimen establecido entre los años 2013 y 2014 contempló un cambio radical en la forma en la que se calculaban los subsidios para el sector de ER, el Tribunal considera que, a partir del RDL 6/2009<sup>699</sup>, el Demandado prestó atención a la necesidad de proteger a los inversores con la intención de analizar el problema creciente del Déficit Tarifario. Respecto del RDL 9/2013<sup>700</sup>, el Artículo 1 ofrece la demostración de la forma en la cual se consideraron las consecuencias del cambio de régimen para los inversores existentes a quienes les correspondía percibir el Pago Especial “*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*”. Si este nuevo régimen derivó de hecho en una carga desproporcionada

---

<sup>699</sup> Véase **C-0061**, RDL 6/2009, pp. 3-4, y véase también la *Memoria Económica* para el RDL 6/2009, de fecha 5 de mayo de 2009.

<sup>700</sup> **C-0024**, RDL 9/2013.

para los inversores, ello constituye una cuestión independiente; por el momento, el Tribunal analizará solamente la cuestión que consiste en determinar si el Demandado consideró de forma debida a los inversores en el proceso de toma de decisión.

592. En el marco de sus argumentos sobre transparencia, las Demandantes plantean alegaciones relevantes para la cuestión presente; en particular, se sostiene que:

- a) Las Medidas en Disputa se presentaron sin anuncios previos. El Demandado confundió a los inversores cuando “*confirm[ó] que las tarifas del RD 661/2007 estaban garantizadas*” y luego se sancionaron de forma abrupta las Medidas en Disputa<sup>701</sup>.
- b) No hubo consultas ni participación de los inversores con anterioridad a la introducción de las Medidas en Disputa. Se sostiene que: “*se celebró un proceso de consulta en el marco de la preparación del Informe de la CNE, de marzo de 2012; (...) el país se limitó a obviar las propuestas de la CNE*”. Además, las Demandantes también niegan la participación de las partes interesadas en la Ley 24/2013 y en la Orden Ministerial de 2014, puesto que en el Informe de la CNE de 4 de septiembre de 2013 se observó que: “*el trámite de urgencia con el que se plantea la consulta ... no ... garantiza la participación efectiva de los distintos agentes involucrados*”<sup>702</sup>. Del mismo modo, se sostiene que hay pruebas de diversos escritos “*que se oponen con firmeza a la injusticia del Nuevo Régimen*” respecto de los cuales el Demandado no “*ofreció ninguna prueba de que el Nuevo Régimen fue modificado en respuesta a dichos escritos*”<sup>703</sup>. [Traducción del Tribunal]
- c) El Demandado negó el acceso a sus informes periciales, y solamente más tarde se conoció que el informe de BCG nunca había sido preparado mientras que el informe

---

<sup>701</sup> Cl. Reply ¶ 601; Cl. Skeleton ¶ 84; Alegato de Apertura de las Demandantes, Día 1/175.

<sup>702</sup> C-0123, Informe de la CNE 18/2013, pp. 4 y 15.

<sup>703</sup> Cl. Reply ¶ 602; Cl. Skeleton ¶ 85.

de Roland Berger se concluyó varios meses después de la publicación de la Orden de junio de 2014<sup>704</sup>.

593. Para contrarrestar estos argumentos, el Demandado alega que desde el año 2006 había advertido sobre la necesidad de subsanar la sobre-retribución y mejorar la sustentabilidad del SEE y, a partir del año 2009, advirtió sobre la necesidad de introducir reformas para abordar el Déficit Tarifario<sup>705</sup>. El Tribunal acepta el elemento fundamental: a partir del período comprendido entre los años 2013 y 2014 resultaba evidente para todos que el Déficit Tarifario era insostenible, y que el Demandado trabajaba de manera continua en aras de darle tratamiento. Tal como se desprende de la sub-sección (ii) *supra*, el Tribunal no acepta que el Demandado haya ignorado las recomendaciones del informe de la CNE de 2012, y se observa también que la metodología de cálculo de los Pagos Especiales adoptada en el año 2013 es, en ciertos aspectos, notablemente similar a aquella propuesta por APPA (con Greenpeace) en el Anteproyecto de Ley para el Fomento de las Energías Renovables de mayo de 2009. El Artículo 23 del Anteproyecto de dicha Ley disponía lo siguiente respecto de la determinación de las tarifas reguladas, primas y complementos:

“El Gobierno fijará el importe de las tarifas reguladas, primas y complementos, valorando, en todo caso los costes de operación y mantenimiento y los costes de inversión en que los titulares de la instalación incurran, a fin de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Como tasa para la retribución del capital se tomará un porcentaje anual equivalente a la media del año anterior de la retribución de las obligaciones del Tesoro a 10 años, incrementada con un diferencial de 300 puntos básicos.

---

<sup>704</sup> Cl. Mem. ¶ 481(ii); **C-0111**, “El Gobierno aprobó el recorte a las renovables sin informe técnico”, Nota de Prensa de Expansión, 13 de marzo de 2015; Cl. Reply ¶ 45; Alegato de Apertura de las Demandantes, Día 5/1571.

<sup>705</sup> Resp. C-Mem. ¶ 954(1); Resp. Rej. ¶ 1017(a)-(g); véase: **R-0274**, Comparecencia del Ministro de Industria, Turismo y Comercio ante el Senado el 26 de octubre de 2006; **R-0258**, Comparecencia del señor Secretario General de Energía ante el Congreso de los Diputados; **R-0101**, RD 661/2007, Preámbulo; **R-0259**, Secretario General de Energía ante el Senado; **R-0089**, Real Decreto-Ley 6/2009 (en adelante “**RD-Ley 6/2009**”), 30 de abril de 2009, Preámbulo; **R-0090**, RD-Ley 14/2010, Preámbulo; **R-0074**, Ley 2/2011 de Economía Sostenible, 4 de marzo de 2011, Artículos 79.4 a) y d); **R-0278**, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados: convalidación del RD-Ley 14/2010; **R-0192**, Discurso de Mariano Rajoy en la sesión de investidura como presidente del Gobierno, 19 de diciembre de 2011; **R-0092**, Real Decreto-Ley 13/2012, 30 de marzo de 2012, p. 8 (en adelante “**RD-Ley 13/2012**”); **R-0121**, Programa Nacional de Reformas, Reino de España 2012; **R-0174**, Las Reformas del Gobierno de España: Determinación frente a la crisis, Secretaría de Estado de Comunicación, Ministerio de la Presidencia, Septiembre de 2012. Capítulo III, p. 18; **R-0122**, Estrategia Española de Política Económica: Balance y Reformas Estructurales para el próximo semestre, Gobierno de España, 27 de septiembre de 2012. Sección C.8, p. 70; **RL-0067**, MOU con la EU.

A los efectos anteriores, el Gobierno estimará los costes de inversión asociados a las diferentes clases de instalaciones, diferenciadas por tecnología y tamaño, de manera que reflejen los valores habituales que alcanzan dichas inversiones en la realidad”<sup>706</sup>.

594. El Tribunal observa que pareciera que no hubo consultas con los operadores de ER en el período inmediatamente anterior al RDL 9/2013, pero el Tribunal acepta que el Demandado tuvo buena fe cuando adoptó medidas urgentes<sup>707</sup>, y que el monto preciso y el régimen económico preciso del nuevo Pago Especial no se habían, por ende, establecido (cuestión de la que se quejan las Demandantes)<sup>708</sup>. Luego, el Demandado recibió escritos por parte del Sector de ER en relación con el informe de la CNE subsiguiente<sup>709</sup>, y más tarde las versiones preliminares del RD 413/2014 y la Orden IET 1045/2014<sup>710</sup>, y el Tribunal acepta las pruebas del Sr. Ayuso respecto de que “participaron cientos de interesados; [s]us alegaciones fueron tenidas en cuenta en la definición final de las instalaciones tipo y los estándares”<sup>711</sup>. Explica que se circuló la versión preliminar de la Orden en enero de 2014, que se llevó a cabo un proceso de

---

<sup>706</sup> **R-0187**, Presentación del Anteproyecto de Ley de Energías Renovables por la Asociación de Productores de Energías Renovables (APPA) y Greenpeace de fecha 21 de mayo de 2009 ante el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de 21 de mayo de 2009 (en adelante “**Anteproyecto de Ley presentado por APPA-Greenpeace el 21 de mayo de 2009**”), ¶¶ 4 y 5. El Tribunal entiende que esta disposición resultaba aplicable a las plantas nuevas: véase el Artículo 27(1) del Anteproyecto de la Ley y el alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/250-251, y el alegato de clausura, Día 5/1535-1536. Sin embargo, el documento todavía goza de cierta relevancia cuando considera la introducción de una metodología fundada en los bonos del gobierno español a 10 años, más un diferencial de 300 puntos básicos, que las Demandantes describen como arbitrario, por ejemplo, Día 5/1560-1561.

<sup>707</sup> Resp. PHB ¶ 146, que hace referencia a **R-0154**, la Sentencia del Tribunal Constitucional en Sesión Plenaria de 17 de diciembre de 2015. El Tribunal, en su sentencia extensa y razonada, rechazó la alegación de que el RDL 9/2013 vulneraba la Constitución española debido a la ausencia del requisito de urgencia. Cf. Cl. PHB ¶¶ 197-198. El Tribunal carece de sustento sólido sobre el cual arribar a una conclusión sobre urgencia diferente a la del Tribunal Constitucional, y rechaza el caso de las Demandantes debido a la ausencia del requisito de urgencia, así como cualquier sugerencia por parte de las Demandantes de que el uso del procedimiento del RDL del Demandado no fue de buena fe. Cf. alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/198-199 a los efectos de que “*el Real Decreto Ley ... es promulgado para evadir cualquier tipo de consulta*”.

<sup>708</sup> Cl. Mem., ¶ 59.

<sup>709</sup> **C-0123**. Informe de la CNE 8/2013, pp. 12-15.

<sup>710</sup> Resp. C-Mem. ¶ 954(3).

<sup>711</sup> Resp. Skeleton ¶¶ 61-62; Resp. Rej. ¶ 1019; el Demandado indica que los siguientes documentos constituyen pruebas de la participación: **R-0194**, Consulta pública sobre medidas de ajuste regulatorio en el sector energético, 2 de febrero y 9 de marzo de 2012, publicada en la Comisión Nacional de Energía (CNE), [www.cne.es](http://www.cne.es); **R-0234**, Escritos de Protermosolar relativos al RD 413/2014, de 30 de julio de 2013; **R-0305**, Cuentas anuales para Elecnor, 31 de diciembre de 2013, p. 90; **R-0086** y **R-0087**, registros regulatorios del RD 413/2014 de 6 de junio de 2014 y OIET 1045/2014 de 16 de junio de 2014; **R-0124**, Informe del Consejo de Estado de fecha 6 de febrero de 2014, emitido en recurso de apelación administrativo relativo al borrador del Real Decreto 413/2014; **RW-0002**, Segunda Declaración Testimonial de Ayuso, ¶¶ 65 a 84.

consultas públicas en el cual participaron (*inter alia*) AEE y APPA, lo cual derivó en varias modificaciones a la Orden, incluso respecto de los estándares de las instalaciones tipo relevantes para las plantas de las Demandantes<sup>712</sup>. Ningún elemento de lo precedente fue impugnado durante el contrainterrogatorio.

595. En conclusión, el Tribunal considera que, en su proceso de toma de decisión, el Demandado, en términos generales y en virtud del proceso seguido, consideró efectivamente y de forma debida las consecuencias sobre inversores tales como las Demandantes. Sin embargo, el Tribunal observa que nunca se elaboró un informe pericial encargado por el Demandado (el informe de BCG) y que otro (el informe de Roland Berger) fue concluido varios meses después de la publicación de la Orden de junio de 2014. En virtud de ello, las Demandantes alegan lo siguiente en la Réplica:

“La ausencia de cualquier testigo por parte del Ministerio también deja sin explicación su comportamiento en relación con los consultores Roland Berger y el BCG. Tras implementar el RDL 9/2013, España encargó a ambos consultores externos la definición de los detalles económicos del Nuevo Régimen. La documentación de la oferta de 2013 del IDAE, de 1 de octubre de 2013, que establecía la base que el Gobierno comunicó a dichos consultores, indicaba que los estudios deberían ‘evaluar y establecer las normas para los costes de inversión y operación para las tecnologías de generación de electricidad’ (es decir, definir los parámetros en virtud del Nuevo Régimen) Curiosamente, en sus respuestas a la solicitud de documento de los Demandantes con respecto a Roland Berger, España alegó que: ‘el Demandado ha explicado en su Memorial de Contestación que el Informe Final fue recibido luego de sancionarse la Orden Ministerial con los estándares. Por lo tanto, no es materia de controversia que el Demandado no haya utilizado el informe de Roland Berger para establecer los estándares económicos del Nuevo Régimen’. [Traducción del Tribunal] En realidad, no obstante, el Contra-Memorial omite cualquier mención a Roland Berger y no trata tampoco las propuestas de los Demandantes al respecto. Con respecto al BCG, en respuesta a las solicitudes de documentos de los Demandantes, España observó que ‘el contrato [BCG] fue extinguido con anterioridad a la recepción del informe final de BCG’ por motivos que España rechazó indicar y que el informe de Roland Berger se finalizó después de que se implementara el Nuevo Régimen. [Traducción del Tribunal] El Contra-Memorial ignora igualmente este asunto. Los reportajes de prensa indican que España ignoró los informes de dichos consultores porque no reflejaban los recortes de los incentivos de ER que España tenía la intención de aplicar. De

---

<sup>712</sup> **RW-0002**, Segunda Declaración Testimonial de Ayuso, ¶¶ 65 a 82.

nuevo, no hay pruebas para impugnar esto y España ha evitado simplemente este asunto en su Contra-Memorial”<sup>713</sup>.

596. El Demandado no impugnó esta descripción en la Dúplica. Por ende, pareciera que el contrato con un perito se rescindió por motivos que se desconocen, mientras que España no aguardó al informe de Berger antes de adoptar el RD 413/2014 y la Orden IET 1045/2014.
597. Si bien el Estado no está necesariamente obligado a adherir o aguardar el asesoramiento pericial que ha encomendado, el propio Demandado se ponía en una posición en la que podría haber un mayor riesgo de consecuencias involuntarias o desproporcionadas derivadas de la adopción del RD 413/2014 y la Orden IET 1045/2014.

*(v) Conclusión sobre desproporcionalidad*

598. Respecto de los hechos específicos del presente caso, en el cual los antecedentes versan sobre la invitación general y el fomento del Demandado a invertir en un sector en particular por referencia a beneficios que incluyen un régimen retributivo muy favorable (a lo cual debe agregarse el fomento más específico que adoptara la forma de declaraciones formuladas en la reunión de 23 de junio de 2010), el Tribunal considera que - de forma consistente con el enfoque en *EDF c. Rumania* y el caso *Electrabel* - resulta importante evaluar si las Demandantes, en virtud de las plantas en las cuales realizaron la inversión, tenían una carga individual y excesiva relativa al objetivo de la política del Demandado. En este aspecto, el Tribunal considera que se centra de forma correcta en la carga que las Medidas en Disputa impusieron sobre las plantas de las Demandantes, no en la cuestión de la carga de forma más general, incluso si las Medidas en Disputa tienen simplemente consecuencias mucho más amplias que aquellas presentadas ante el Tribunal.
599. Hay diversos factores que han conducido al Tribunal a la conclusión de que dicha carga es excesiva y desproporcionada en la medida en que se relaciona con las consecuencias

---

<sup>713</sup> Cl. Reply ¶ 46.



para ciertas Inversiones de las Demandantes, tales como dar origen al incumplimiento del estándar de TJE con arreglo al Artículo 10(1).

- a) Las plantas de las Demandantes han perdido y perderán ingresos muy importantes como resultado de las Medidas en Disputa, lo que deriva en una reducción muy significativa de los flujos de caja de las Demandantes. Es indiscutible que diez de las plantas en las cuales las Demandantes han invertido no perciben ningún subsidio en la actualidad, mientras que las otras están sujetas a las consecuencias de pagos anteriores y deben explicar el cálculo por medio del cual les asiste el derecho al Pago Especial. En general, las plantas de las Demandantes se ven afectadas por la reducción de los ingresos futuros que excede los EUR 400 millones, y las Demandantes sufren una reducción del 54% en los flujos de caja proyectados de sus plantas<sup>714</sup>. Ello constituye, desde cualquier punto de vista, reducciones muy significativas. Estas reducciones generales y muy significativas de los ingresos y flujos de caja constituyen un contexto muy importante para la cuestión presente relativa a la desproporcionalidad. Además, como se deduce de las diversas consultas con los organismos de la industria en diferentes etapas (incluso específicamente con las Demandantes el 23 de junio de 2010) y con inclusión de aquellas que derivaron en el “acuerdo” de julio de 2010 sobre el cual las Demandantes se fundaron para realizar ciertas Inversiones, el Demandado tenía un real conocimiento de las severas consecuencias que las Medidas en Disputa tendrían, incluso sobre las plantas de las Demandantes.
- b) El análisis de las consecuencias estimadas para cada planta demuestra que ciertas plantas de las Demandantes deben soportar una carga en particular (las plantas eólicas Urano, Grisel II, Bancal I y II, Siglos I y II, y la planta hidroeléctrica

---

<sup>714</sup> Véase Compass Lexecon diapositiva 38, y Dr. Spiller, Día 3/956. No pareciera que las cifras de esta diapositiva hayan sido cuestionadas (a diferencia de su relevancia en el marco de la pertinencia o, de cualquier otro modo, de un enfoque FCD respecto de daños): véase Sr. Pérez, Día 5/1447-1448. Véase también Compass Lexecon diapositiva 39 fundada en la Figura 8 de su segundo informe.

Cepeda) y que percibirán una rentabilidad considerablemente inferior al retorno del 7,398% que el propio Demandado indicó como razonable y proporcionado<sup>715</sup>.

- c) Si bien la cifra de rentabilidad del 7,398% debe calcularse, conforme a las Medidas en Disputa, por referencia a las Instalaciones Tipo, el Tribunal considera dichos medios de cálculo como simples mecanismos que permiten la mínima cifra de rentabilidad que el propio Demandado considera razonable y proporcionada, y no como una característica indispensable, o un requisito del enfoque proporcionado. Asimismo, si bien el Tribunal ha rechazado el argumento de las Demandantes de que las Medidas en Disputa no eran necesarias, el Tribunal no acepta que las Medidas - en particular el RD 413/2014 y la Orden IET 1045/2014 - no podrían haberse formulado de forma que evitaran las consecuencias reales para cada planta las cuales son significativamente más severas que las consecuencias que el Demandado legislara por referencia a las Instalaciones Tipo. Además, por no haber adherido o aguardado el asesoramiento pericial que había encomendado, el propio Demandado se ponía en una posición en la que podría haber un mayor riesgo de consecuencias involuntarias o desproporcionadas derivadas de las Medidas en Disputa.
- d) Si bien el Tribunal no está sujeto en ningún aspecto a las consideraciones del Demandado de aquello que es razonable o proporcionado, respecto de los hechos del presente caso, y teniendo en cuenta que considera que se otorga cierto margen de apreciación al Demandado, el Tribunal señala que la cifra de rentabilidad del 7,398% - tal como se estimara por referencia a las plantas reales a diferencia de las Instalaciones Tipo - constituye una cifra mínima apropiada que protege en contra de una carga excesiva y desproporcionada que se impone sobre inversores como las Demandantes respecto de la necesidad del Demandado de hacer frente al Déficit Tarifario. En este aspecto, el Tribunal observa que la cifra de rentabilidad del 7% (no obstante, después de impuestos) ha sido ampliamente vinculada al régimen

---

<sup>715</sup> Véase, por ejemplo, Resp. CM ¶¶ 973 y 997; Resp. Rej. ¶ 318; Comentarios del Demandado de 3 de mayo de 2019 respecto de **RL-0099**, *RREEF*, Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación de Daños, ¶ 9.

tarifario de ER del Demandado, incluso en el momento en el que las Demandantes realizaban su inversión principal<sup>716</sup>.

e) El Tribunal considera excesiva y desproporcionada la carga sobre las Inversiones de las Demandantes en la medida en que no se alcanza incluso la cifra de rentabilidad antes de impuestos del 7,398% en términos de la rentabilidad proyectada de las plantas reales.

600. El Tribunal, fundado en las pruebas que obran ante sí, considera que, en cualquier circunstancia, la carga respecto de las plantas eólicas Urano, Grisel II, Bancal I y II, Siglos I y II, y la planta hidroeléctrica Cepeda es excesiva en virtud del objetivo de la política del Demandado, es decir, es desproporcionada. Concluye que es injusto e inequitativo que las Demandantes deban soportar las consecuencias adversas sobre estas plantas en particular. Al respecto, concluye que el Demandado ha incumplido el estándar de TJE con arreglo al Artículo 10(1) por medio de la adopción de las Medidas en Disputa, en particular, el RD 413/2014 y la Orden IET 1045/2014.

## **E. FALTA DE CREACIÓN DE CONDICIONES ESTABLES**

### **(1) Las Posiciones de las Partes**

#### **a. La Posición de las Demandantes**

601. Según las Demandantes, la adopción de las Medidas en Disputa “*injustamente sujetó las inversiones de los Demandantes a una ‘montaña rusa’ de cambios en el marco jurídico y regulatorio aplicable, negociando primero y acordando en julio de 2010 las limitaciones a ‘medio plazo’ a las condiciones económicas del RD 661/2007 (en intercambio pretendido de ‘garantizar’ las tarifas a largo plazo), luego aplicando el gravamen del 7 % a las inversiones de los Demandantes en 2012, y en última instancia, eliminando el Régimen Especial en su totalidad en julio de 2013*”<sup>717</sup>. Además, alegan que el Nuevo Régimen no se implementó en su totalidad sino hasta junio de 2014, lo cual

---

<sup>716</sup> Cf. Alegato de Clausura de las Demandantes, Día 5/121-124. Véanse por ejemplo el PER 2005 y **C-0238**, Anuncio sobre RD 661/2007.

<sup>717</sup> Cl. Mem. ¶ 476; Cl. Reply ¶ 552.

dejó a todo el sector de ER en el transcurso de “11 meses de ‘limbo’ durante los cuales era imposible averiguar los detalles del marco regulatorio de los parámetros retributivos a los que estarían sujetos las instalaciones de Aersa”. Según las Demandantes, todavía prevalece esta incertidumbre, incluso en virtud de lo que puede ocurrir a partir del año 2019<sup>718</sup>. Por ende, alegan que el Nuevo Régimen no ofrece una indicación detallada del criterio que adoptará el Gobierno para la aprobación del régimen económico respecto de las instalaciones de ER luego de cada período regulatorio de seis años<sup>719</sup>. Señalan que no se impide que el diferencial ni la metodología empleada para el cálculo de la rentabilidad razonable sean susceptibles de cambio y, por ende, ambos pueden ser modificados o reducidos a cero, y que ello no es de carácter teórico, ya que España redujo la Prima a cero en virtud del RDL 2/2013<sup>720</sup>.

602. Asimismo, el argumento de las Demandantes versa sobre que, durante dicho régimen transitorio, la Ley 24/2013 introdujo otras medidas perjudiciales. Se sostiene que (i) desapareció formalmente la distinción entre el Régimen Ordinario y el Régimen Especial anunciado por el RDL 9/2013; (ii) se puso en igualdad de condiciones a los generadores convencionales y de ER, privando así a las instalaciones de ER del derecho incondicional de prioridad de acceso a la red y prioridad de despacho que existía en virtud del régimen anterior; y (iii) se debe aplicar ahora un concepto de “rentabilidad razonable” por referencia a toda la vida útil de la planta, lo cual afectó el flujo de ingresos futuros y pasados de las plantas de las Demandantes. Por medio de esta última medida, se señala que “España se aplicó una retroactividad doblemente adversa al impactar directamente los flujos de ingresos pasados de la planta, alterando efectivamente las reglas del juego sobre la energía ya producida y ya vendida en el mercado por las plantas RWE. Es difícil

---

<sup>718</sup> Cl. Reply ¶¶ 553 y 554. También ¶¶ 557-558, que hacen referencia a **C-0145**, ECOFYS, Task 2 Report, “Design Features of Support Schemes for Renewable Electricity”, de 27 de enero de 2014, p. 24. Véase también Cl. PHB ¶¶ 204 y ss.

<sup>719</sup> Cl. PHB ¶ 204.

<sup>720</sup> Cl. PHB ¶ 205, que hace referencia a Pérez, Día 5/1393, líneas 3-5 y 10-14: “P: ¿Tiene usted motivo para pensar que el gobierno no utilizaría el diferencial de 300 puntos básicos para ese período? SEÑOR PÉREZ: Que pueden utilizarlo lo mismo, porque tendrán que analizarlo en función de las condiciones del mercado en ese momento, que no tengo motivo para pensar que no lo van a utilizar ni de lo contrario, dependerá de las circunstancias”. Véase, además, Cl. PHB ¶¶ 207-211.

*imaginar condiciones menos estables...*”<sup>721</sup>. Además, las Demandantes se quejan que el Demandado detenta la discreción de “*redefinir ‘rentabilidad razonable’ y se arroga el derecho de modificar el régimen de remuneración cada seis años, incluso en relación con las instalaciones existentes*”<sup>722</sup>.

603. Se alega que el argumento del Demandado de que el Nuevo Régimen retiene las características esenciales del Régimen Especial - los subsidios y la prioridad de despacho - resulta “absurdo” porque: (i) el Demandado “*ha eliminado completamente los incentivos*”, y el “*hecho de que algunas de las instalaciones de RWE pudieran (aunque no necesariamente) recibir algún tipo de ayuda bajo el Nuevo Régimen, no demuestra que el régimen regulatorio siga siendo el mismo*”<sup>723</sup>, mientras que (ii) no hay prioridad de despacho, porque el propósito de dicha prioridad era garantizar que las instalaciones de ER pudieran vender toda su energía eléctrica independientemente de la fluctuación de la demanda, y “*España abandonó este compromiso al introducir las Medidas en Disputa por una caída en la demanda de electricidad*”<sup>724</sup>.

604. Las Demandantes hacen hincapié en que las Medidas en Disputa son, en esencia, de carácter retroactivo, sin perjuicio de los argumentos en contrario del Demandado<sup>725</sup>. Expresan que la cuestión de la retroactividad en materia de derecho español constituye “*una completa trampa*” y alegan que, independientemente de si derecho español permitía al Demandado la introducción de los cambios al marco, el Demandado asumió el

---

<sup>721</sup> Cl. Reply ¶¶ 555-556. **C-0025**, Ley 24/2013, Disposición Final Tercera. Véase también Cl. PHB ¶ 176.

<sup>722</sup> Cl. Reply ¶ 560; véase también Cl. PHB ¶¶ 204 y ss., que arguye que el Nuevo Régimen no ofrece una indicación detallada del criterio que adoptará el Gobierno para la aprobación del régimen económico respecto de las instalaciones de ER luego de cada período regulatorio de seis años.

<sup>723</sup> Cl. Reply ¶ 562, que hace referencia a Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 149, y a **CL-0052**, *Micula*, ¶ 687.

<sup>724</sup> Cl. Reply ¶ 563.

<sup>725</sup> Cl. Reply ¶¶ 564-572; Véase por ejemplo Primer Informe de Compass, ¶¶ 91, 130-32 y 167; **C-0145**, ECOFYS, “Design Features of Support Schemes for Renewable Electricity”, de 27 de enero de 2014, p. 24; **C-0139**, Comunicación de la Comisión “Realizar el mercado interior de la electricidad y sacar el máximo partido de la intervención pública”, 7243 final, de fecha 5 de noviembre de 2013, p. 15.; **C-0257**, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, Informe de situación sobre la Energía Renovable, COM(2013) 175 final, 27 de marzo de 2013, p. 9; **C-0238**, Anuncio sobre RD 661/2007, , p. 1; **C-0288**, presentación de PowerPoint de la CNE, “La Regulación de las Energías Renovables”, 25 de octubre de 2007, p. 10; **C-0241**, presentación de PowerPoint de la CNE, “La Regulación de las Energías Renovables en España”, febrero de 2010, p. 10; **C-0030**, Manuela García, “Oportunidades en Energía Renovable en España” [Traducción del Tribunal], presentación de Power Point de INTERES InvestinSpain , Graz [(Austria)] España, 15 de noviembre de 2007, p. 32. Véase también Cl. PHB ¶ 174.

compromiso de que las Demandantes percibirían la tarifa regulada del Régimen Especial, cuyo abandono da origen a responsabilidad en virtud del TCE<sup>726</sup>. Tal como se indicara *supra*, su posición también radica en que, incluso con arreglo al derecho español, no se admitía la retroactividad de dichos cambios<sup>727</sup>, y alegan que se abonaron EUR 19,4 millones por parte de las diez plantas que no reciben el Pago Especial en virtud del nuevo régimen durante el período comprendido entre la adopción del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014, y que dicho importe debe ser, luego, reembolsado<sup>728</sup>.

**b. La Posición del Demandado**

605. El Demandado alega que ha garantizado la estabilidad, y arguye que (i) las Medidas en Disputa mantienen los elementos esenciales de los modelos retributivos españoles en vigor desde el año 1997, (ii) se permite la adopción de medidas macroeconómicas razonables y proporcionadas en virtud de la política pública, y (iii) las Medidas en Disputa no son de carácter retroactivo ya que no afectan derechos adquiridos, sino que proyectan sus efectos al futuro<sup>729</sup>.
606. El Demandado señala que el modelo retributivo que surge del marco regulatorio español al momento de la realización de las inversiones de las Demandantes (entre los años 2001 y 2012) perseguía el objetivo de garantizar una tasa de rentabilidad razonable sobre las inversiones y prevenir la sobre-retribución en ciertos sectores<sup>730</sup>. En concreto, el marco fue concebido de forma general “*con el objetivo de que todo inversor pudiese recuperar, tomando como referencia una “instalación tipo”, (1) el coste de su inversión, (2) los costes de operación y (3) obtuviese una rentabilidad razonable*”<sup>731</sup>. Por ende, el Demandado sostiene que ofreció condiciones estables a las Demandantes conforme al estándar del TCE porque, luego de la reforma del año 2013, “*ha mantenido los caracteres*

---

<sup>726</sup> Cl. Reply ¶ 573. Véase también, Cl. PHB ¶¶ 177-182.

<sup>727</sup> Cl. Reply ¶¶ 573 y 576-578.

<sup>728</sup> Cl. Reply ¶ 478 que hace referencia a Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 169; Alegato de Apertura de las Demandantes, Día 1/175.

<sup>729</sup> Resp. Skeleton ¶¶ 55 y 58, que hacen referencia a **RL-0088**, *Isolux*, ¶¶ 788 y 823. Véase también, Resp. PHB ¶¶ 134-136.

<sup>730</sup> Resp. Rej. ¶ 1004.

<sup>731</sup> Resp. C-Mem. ¶ 931.

*esenciales del Marco regulatorio en el que invirtió la parte*”, es decir, mantuvo los subsidios y la prioridad de despacho, permitiendo a las inversiones de ER recuperar, de conformidad con las instalaciones tipo, los costes de inversión, los costes de operación y también la rentabilidad razonable<sup>732</sup>.

607. Según el Demandado, los motivos que justificaron la adopción de las Medidas en Disputa “*son los mismos que provocaron los cambios regulatorios a partir del RDL 7/2006: (i) la sostenibilidad económica del sistema y (ii) a fin de evitar la sobre-retribución de las Plantas de ER en la obtención de subsidios una vez alcanzada la ‘igualdad de condiciones’, para competir con otros productores de Energía del sector Energético*”<sup>733</sup>. [Traducción del Tribunal]

608. El Demandado señala que ambas cuestiones eran predecibles para el inversor diligente, y cita en sustento de ello el laudo en *Isolux* en el cual el tribunal sostuvo que: “*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*”<sup>734</sup>.

609. Tal como se indicara *supra*, el Demandado alega también que las Medidas en Disputa no tenían carácter retroactivo con arreglo al derecho internacional o al derecho español<sup>735</sup>,

---

<sup>732</sup> Resp. C-Mem. ¶ 932; Resp. Rej. ¶ 1007.

<sup>733</sup> Resp. Skeleton ¶ 56.

<sup>734</sup> Resp. Skeleton ¶ 57, **RL-0088**, *Isolux*, ¶ 788.

<sup>735</sup> Resp. Skeleton ¶¶ 58-59, que hace referencia a **RL-0040**, *Nations Energy Inc. y otros c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/06/19, Laudo, de 24 de noviembre de 2010, (en adelante “*Nations Energy*”) ¶¶ 642, 644 y 646; **RL-0049**, *Charanne*, ¶¶ 546 y 548; **RL-0088**, *Isolux*, ¶¶ 813-814 y 915; Resp. C-Mem. ¶¶ 940, 937 y 947-948, que hace referencia a **R-0154**, Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2015, emitida en recurso de apelación sobre inconstitucionalidad No. 5347/2013; **R-0156**, Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de febrero de 2016, emitida en recurso de apelación sobre inconstitucionalidad No. 5852/2013; y **R-0157**, Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de febrero de 2016, emitida en recurso de apelación sobre inconstitucionalidad No. 6031/2013.

en particular porque las Demandantes “*nunca ha[n] tenido un ‘derecho adquirido’ a una retribución a futuro, sine die, por medio de un FIT fijo e inamovible, no sujeto a posibles medidas de control macroeconómico o reformas del SEE*”<sup>736</sup>. Explica que el nuevo régimen previene “*sobre-retribuciones que pued[e]n (i) distorsionar el mercado energético y (ii) constituir Ayudas de Estado contrarias al derecho de la Unión Europea*”<sup>737</sup>.

(2) **El Análisis del Tribunal**

610. Tal como se deduce del análisis jurídico sobre estabilidad y el estándar del TJE en la sección C *supra*, la cuestión para el Tribunal consiste en determinar si ha habido cierta forma de cambio absoluto e irrazonable, o subversión, del régimen jurídico.
611. Se recuerda que el Artículo 17 del RD 661/2007 otorgó una serie de derechos a los productores conforme al Régimen Especial, principalmente los derechos de conexión y transferencia de la producción neta, el derecho de vender de forma total o parcial la producción neta por medio del acceso directo y la prioridad de acceso y, por último, el derecho a percibir una retribución de conformidad con el Artículo 24(1), es decir, por referencia a una tarifa fija o la opción de prima. Sin perjuicio de las Medidas en Disputa, las Inversiones de las Demandantes perciben aún los beneficios de conexión, transferencia, venta y prioridad de acceso. Si bien las Demandantes afirman que ya no gozan del beneficio de la prioridad de acceso<sup>738</sup>, ello constituye en realidad una queja más general respecto de la introducción de las Medidas en Disputa debido a la caída de la demanda. En virtud del Artículo 26(2) de la Ley 24/2013, se otorga de forma expresa a los productores de ER “*prioridad de acceso y de conexión a la red*”<sup>739</sup>.
612. Se deduce que la reclamación respecto de la estabilidad debe hacer hincapié en el cambio del sistema retributivo, pero considerando que otros elementos esenciales del régimen anterior han permanecido inalterables en gran medida. Tal como se indicara en la sección

---

<sup>736</sup> Resp. C-Mem. ¶ 939. Véase, también, Resp. PHB ¶¶ 134-136.

<sup>737</sup> Resp. Rej. ¶ 1013.

<sup>738</sup> Cl. Reply ¶ 563.

<sup>739</sup> C-0025, Ley 24/2013.



D *supra*, si bien los productores de ER tienen todavía, y en principio, el derecho a percibir el Pago Especial, es decir, un subsidio, el método de cálculo de la retribución ha cambiado de forma sustancial y, evidentemente, en perjuicio de las Demandantes.

613. No obstante, el Demandado está en lo cierto respecto de que la historia del régimen de ER en España ha sido aquella signada por los cambios regulatorios (incluso en virtud de la retribución), con varios cambios importantes que tuvieron lugar con anterioridad a la inversión de las Demandantes. Además, y si bien las Demandantes están en lo cierto cuando alegan que la rentabilidad razonable que disponen las Medidas en Disputa puede modificarse luego de la revisión establecida de seis años<sup>740</sup>, la posibilidad de que se produzcan otros cambios no determina el cambio requerido, total e irrazonable, o subversión, del régimen jurídico (lo cual no sugiere que cambios futuros, cuando se materialicen, no puedan derivar en incumplimientos independientes por parte del Demandado)<sup>741</sup>. En opinión del Tribunal, la cuestión esencial en materia de dicho cambio o subversión radica en si las Medidas en Disputa tienen un efecto retroactivo inadmisibles.

614. Tal como explicaran las Demandantes:

“... el Nuevo Régimen establece un límite superior del 7,398 % durante la vida regulatoria completa de la instalación tipo correspondiente. Esto significa que, si el Gobierno considera que una planta ha obtenido en el paso una rentabilidad superior al límite superior de la tasa, dicha planta percibirá un Pago Especial inferior (o ninguno en absoluto) para compensar el exceso y alcanzar el objetivo de una rentabilidad del 7,398 %. Por tanto, mientras la planta no tenga que compensar ningún importe recibido en el pasado, simplemente se deducirán de las ganancias actuales para crear la diferencia, que al final tiene precisamente el mismo efecto”<sup>742</sup>.

---

<sup>740</sup> Cl. PHB ¶¶ 204-205.

<sup>741</sup> Cf. Cl. PHB ¶ 210; Resp. PHB ¶¶ 180-184. El Tribunal no considera que se haya establecido que la rentabilidad razonable sea determinada a una tasa considerablemente inferior en el futuro. Además, el Tribunal observa que el Demandado ha ofrecido los resultados positivos de las subastas celebradas en mayo y julio de 2017 como prueba de la naturaleza razonable de las revisiones periódicas futuras: Resp. PHB ¶¶ 173-175. Las Demandantes alegan que dichas subastas, que se vinculan con las inversiones realizadas a partir del año 2017, son irrelevantes en la medida que se relacionan con sus Inversiones, las cuales se materializaron con mucha antelación a dichas subastas: Cl. PHB ¶¶ 218-219. El Tribunal concuerda con la evaluación de las Demandantes en este aspecto.

<sup>742</sup> Cl. Mem. ¶ 334, notas al pie omitidas para C-0024, RDL 9/2013, Disposición Adicional Primera; C-0025, Ley 24/2013, Disposición Final Tercera; C-0026, RD 413/2014, Artículo 19; C-0026, RD 413/2014, Anexo XIII.

615. El impacto de esta nueva metodología ha sido que diez de las plantas de las Demandantes no perciben ningún subsidio en la actualidad: Muel, Grisel (fase I), Acampo Armijo, Bosque Alto, Plana de la Balsa, Los Labrados, Plana María, Plana de Zaragoza, Río Gallego (fase I) y Villalgordo<sup>743</sup>.
616. Según el Demandado, la regulación “*no tiene carácter retroactivo pues no tiene el efecto de revocar derechos adquiridos*”<sup>744</sup>. Sostiene que los laudos en *Nations Energy c. Panamá, Charanne*, e *Isolux* han expresado que una Ley “*no tiene carácter retroactivo pues no tiene el efecto de revocar derechos adquiridos y se aplica sólo para el futuro*”<sup>745</sup>. Sin embargo, el Demandado no cuestiona la descripción general de las Demandantes (*supra*) respecto de la forma en la que se calcula el subsidio con arreglo al nuevo régimen. Su posición radica en lo siguiente: “[*e*]l legislador ha modificado el régimen retributivo de las instalaciones estableciendo una rentabilidad razonable en el conjunto de la actividad útil de la instalación. Esta retribución permite tomar en consideración las retribuciones ya percibidas desde el comienzo del funcionamiento de la instalación, a los efectos de calcular la remuneración ya percibida y los subsidios futuros a percibir, además de los ingresos del mercado. Con ello se evita la percepción de sobre-retribuciones que puedan (i) distorsionar el mercado energético y (ii) constituir Ayudas de Estado contrarias al derecho de la Unión Europea”<sup>746</sup>. Asimismo, y en las pruebas orales, el Sr. Ayuso aceptó que, al momento de calcular si una planta determinada había alcanzado la rentabilidad razonable o si tiene el derecho de percibir un subsidio en el futuro, resulta necesario considerar el año posterior a la fecha en que se puso en servicio la planta y contemplar los gastos e ingresos pasados<sup>747</sup>.
617. No cabe duda de que ello marcó un cambio sustancial en la forma en la cual las plantas de las Demandantes percibían la retribución. Sin embargo, el Tribunal estima que, como cuestión de hecho, el nuevo régimen tiene un efecto retrospectivo más que un efecto

---

<sup>743</sup> Primer Informe de Compass, Tabla 6; Segundo Informe de Compass nota al pie 121.

<sup>744</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 940 y 937.

<sup>745</sup> Resp. Skeleton ¶ 58, que hace referencia a **RL-0040**, *Nations Energy*, ¶¶ 642, 644 y 646; **RL-0049**, *Charanne*, ¶¶ 546 y 548; **RL-0088**, *Isolux*, ¶¶ 813-814 y 915.

<sup>746</sup> Resp. Rej. ¶ 1013.

<sup>747</sup> Sr. Ayuso, Día 3/764-767.

retroactivo inadmisibles: los importes que se percibieron debidamente en virtud del régimen contemplado en el RD 661/2007 durante el período comprendido entre el año 2007 y julio de 2013, y respecto de los cuales los titulares de las plantas tienen un derecho irrestricto, se consideran nuevamente en el presente, pero no hay ninguna cuestión relativa al repago de dichos importes, al menos en teoría.

618. El Demandado ha alegado que las Medidas en Disputa no tienen un carácter retroactivo inadmisibles conforme al derecho español, tal como determinaron los tribunales españoles<sup>748</sup>, pero ello constituye una cuestión independiente. El Tribunal está involucrado en la aplicación del Artículo 10(1) del TCE, y considera las consecuencias del nuevo régimen a la luz específica de dicha normativa.
619. Respecto del Artículo 10(1), el Tribunal no puede establecer la existencia, u otra forma, de un derecho adquirido como factor determinante en este contexto<sup>749</sup>. El Tribunal estima que la cuestión relativa a la adquisición de derechos por parte del inversor conforme a una determinada legislación constituye una cuestión ciertamente independiente; si bien podría ser de particular interés (por ejemplo) en una reclamación en materia de expropiación, pero ello no se corresponde con el presente caso<sup>750</sup>. No obstante, la esencia de la queja radica en que las Demandantes han realizado su inversión por referencia a un supuesto X, el cual - transcurridos algunos años - se ha transformado en un supuesto Y que toma en consideración los pagos anteriores percibidos. Aun así, las Demandantes no tenían ninguna expectativa legítima de que el supuesto X no podría cambiar, y el Tribunal no puede y no interpreta el requisito de estabilidad con arreglo al Artículo 10(1) como una forma de reiteración de la protección que puede ser otorgada cuando hay expectativas

---

<sup>748</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 947-948, **R-0154**, Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2015, emitida en recurso de apelación sobre inconstitucionalidad No. 5347/2013; **R-0156**, Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de febrero de 2016, emitida en recurso de apelación sobre inconstitucionalidad No. 5852/2013; y **R-0157**, Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de febrero de 2016, emitida en recurso de apelación sobre inconstitucionalidad No. 6031/2013. Cf. Cl. Reply ¶¶ 573 y 576-578 y PHB ¶¶ 177-182.

<sup>749</sup> Cf. Resp. C-Mem. ¶ 939.

<sup>750</sup> Las respectivas posiciones de las Partes relativas a la existencia - u otra forma - de derechos adquiridos conforme al derecho español fueron expresadas en respuesta a una pregunta del Tribunal: Cl. PHB ¶¶ 171-173; Resp. PHB ¶¶ 140-141.

legítimas<sup>751</sup>. En este contexto, el Tribunal busca un cambio o subversión total e irrazonable y, considerando que los elementos esenciales del régimen anterior han permanecido intactos en gran medida, la modificación en la retribución que hiciera el Nuevo Régimen - si bien es evidentemente perjudicial para las Demandantes - no califica como tal.

620. Respecto de la alegación de que se abonaron EUR 19,4 millones por parte de las diez plantas que no han percibido el Pago Especial al amparo del nuevo régimen durante el período comprendido entre la adopción del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014, y que dicho importe debía ser reembolsado subsiguientemente, el Tribunal considera que ello pertenece a otra cuestión. Dicha alegación fue presentada en la Réplica y en los alegatos de apertura y clausura<sup>752</sup>, mientras que la única respuesta ha sido aceptar el principio de que no podría haber recuperado de importes previamente abonados. A saber:

“Por último, habría una retroactividad prohibida en el ámbito del derecho internacional, que es el haber reclamado derechos adquiridos, es decir, las primas que hubieran cobrado excesivas. No se han reclamado ni se van a reclamar nunca bajo ningún concepto por ley.

Y si se hace, se podrá impugnar ante el Tribunal Supremo y se podrán recuperar”<sup>753</sup>.

621. El Tribunal considera efectivamente que la exigencia por parte del Demandado del repago de los importes ya abonados - incluso los correspondientes al período comprendido entre la adopción del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014 - constituiría una subversión del régimen jurídico anterior, y el incumplimiento del estándar de TJE contemplado en el Artículo 10(1). Sin embargo, las Demandantes señalan que se debía reembolsar la suma de EUR 19,4 millones. Este hecho no ha sido impugnado. Se deduce

---

<sup>751</sup> Cf. **RL-0099**, *RREEF*, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, ¶¶ 326-329. El Tribunal observa que difiere en el presente caso respecto de la conclusión a la que se arribara en *RREEF*, pero los argumentos de las Demandantes no lograron su convencimiento, ni tampoco está convencido de la relevancia del principio relativo a la irretroactividad de los tratados o la utilidad de la analogía a los derechos de los accionistas respecto del pago de dividendos, tal como se hiciera referencia en *ibid.* ¶¶ 326-329. El Tribunal considera que, a la luz de la forma en la cual se presenta la reclamación, la cuestión fundamental versa sobre las expectativas legítimas (si las hubiere) respecto de la forma en la que se calculan los pagos futuros.

<sup>752</sup> Cl. Reply ¶ 478 que hace referencia a Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 169; alegato de apertura de las Demandantes, Día 1/175; Alegato de Clausura de las Demandantes, Día 5/1551-1552.

<sup>753</sup> Alegato de Apertura del Demandado, Día 2/ 556, 18-22 y 557, 1-3.

que, sujeto a la verificación y cuantificación precisa del importe abonado, ha habido incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE, y las Demandantes tienen derecho al reembolso de todas las sumas abonadas.

## F. LAS MEDIDAS EN DISPUTA ERAN IRRAZONABLES

### (1) Las Posiciones de las Partes

#### a. *La Posición de las Demandantes*

622. El tercer aspecto del caso de las Demandantes radica en que las Medidas en Disputa eran irrazonables y desproporcionadas<sup>754</sup>. El caso sobre desproporcionalidad se ha considerado previamente *supra*.
623. Las Demandantes coinciden con el Demandado en que la razonabilidad de las Medidas en Disputa debe analizarse por medio de la aplicación del *test* de dos elementos que fuera establecido en el caso *AES c. Hungría*, es decir, resulta necesario para el Estado establecer “*la existencia de una política racional; y la razonabilidad de los actos del estado en relación con dicha política*”<sup>755</sup>. [Traducción del Tribunal]
624. Respecto del primer elemento, las Demandantes señalan que hay diversas dificultades con el alegato del Demandado de que su política “*consistía en corregir el ‘desequilibrio’ que estaba contribuyendo de forma decisiva a la generación del denominado déficit de tarifa, cuya corrección resulta legalmente exigible*” con el propósito de “*proteger a los consumidores de los incrementos en sus facturas de electricidad*”, y, al igual que en el caso del Demandado, que estos problemas “*debía[n] abordarse en el contexto de una crisis económica y un declive en la demanda de electricidad*”, y también respecto de los compromisos que el Demandado había asumido con otros Estados Miembros de la UE<sup>756</sup>. Por ende, las Demandantes alegan lo siguiente:

---

<sup>754</sup> Por ejemplo, Cl. Reply ¶¶ 579 y ss.

<sup>755</sup> Cl. Reply ¶ 579; **RL-0039**, *AES Summit*, Laudo, ¶¶ 10.3.7 a 10.3.9.

<sup>756</sup> Cl. Reply ¶ 581.

- a) El Demandado creó el problema del Déficit Tarifario y, conforme al RDL 6/2009, dicho Déficit Tarifario debía resolverse por medio del aumento a los consumidores pero no derogando el RD 661/2007<sup>757</sup>.
- b) Respecto de la reclamación del Demandado de que el Nuevo Régimen fue implementado para proteger a los consumidores, las Demandantes arguyen que ello “no exigía el abandono de los compromisos asumidos con los inversores de ER para ofrecer tarifas artificialmente bajas a los ... Consumidores”, y expresan que Compass Lexecon ha demostrado que había otras medidas que podían resolver el problema del Déficit Tarifario: “aumentar los precios de la energía eléctrica sin incumplir los compromisos asumidos con las instalaciones de ER”<sup>758</sup> [Traducción del Tribunal]. Además, antes de la adopción de las Medidas en Disputa, la CNE había formulado propuestas que resolverían el Déficit Tarifario<sup>759</sup>, que no incluían la reducción de la tarifa regulada contemplada en el RD 661/2007, pero, aun así, dichas propuestas fueron simplemente ignoradas<sup>760</sup>.
- c) Respecto de la referencia del Demandado a la crisis económica, las Demandantes alegan que “España se apropió de dinero que había garantizado a las instalaciones RE de forma que podía seguir disfrutando de precios de electricidad que no reflejaban su verdadero coste”, lo cual, en opinión de las Demandantes, no constituye un objetivo de política racional, en referencia al laudo del Tribunal en *Amoco* correspondiente a las Reclamaciones Irán - Estados Unidos<sup>761</sup>. Además, las Demandantes señalan que el Demandado procura introducir la defensa relativa al estado de necesidad conforme al Artículo 25 de los Artículos de la CDI de 2001<sup>762</sup>. Según las Demandantes, esta defensa resulta

---

<sup>757</sup> Cl. Reply ¶ 583.

<sup>758</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, Sección V.

<sup>759</sup> **C-0163**, Reporte CNE 2012, p. 57.

<sup>760</sup> Cl. Reply ¶ 584.

<sup>761</sup> Cl. Reply ¶ 585; **CL-0055**, *Amoco International Finance Corporation c. El Gobierno de la República Islámica de Irán y otros*, 15 Tribunal de Reclamaciones Irán- Estados Unidos 189, Laudo de 14 de julio de 1987, ¶ 145.

<sup>762</sup> **CL-0018**, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 25.

infructuosa porque (i) “abandonar el Régimen Especial no constituía la única forma de tratar el problema del Déficit Tarifario”<sup>763</sup> [Traducción del Tribunal], y (ii) el Demandado contribuyó a la situación de necesidad porque “creó el Déficit de Tarifa”<sup>764</sup>.

- d) Respecto de la caída de la demanda de energía eléctrica que invocara el Demandado, las Demandantes señalan que: “(1) las instalaciones del Régimen Especial se hallaban protegidas frente el riesgo de demanda; (2) España reiteró las garantías de tarifa del RD 661/2007 en 2010 tras la caída; y (3) fue una caída temporal que no garantizaba el abandono de un régimen que había sido prometido por un plazo de 20 años y más allá”<sup>765</sup>. Además, las Demandantes alegan que el Demandado procura introducir la defensa relativa a fuerza mayor conforme al Artículo 23 de los Artículos de la CDI de 2001, la cual resulta infructuosa porque: (i) los comentarios al Artículo 23 confirman que los problemas económicos no califican como fuerza mayor<sup>766</sup>, y (ii) el Demandado “asumió el riesgo de una caída en la demanda de electricidad”<sup>767</sup>.
- e) Por último, las Demandantes alegan que los compromisos asumidos con otros Estados Miembros de la UE a los que hace referencia el Demandado son irrelevantes ya que no exigen que el Demandado “abandon[e] sus compromisos existentes con las instalaciones RE”. Las Demandantes afirman que, en cualquier caso, los compromisos asumidos con otras partes no permiten que los Estados abandonen los compromisos existentes<sup>768</sup>.

625. Respecto del segundo elemento del caso *AES c. Hungría* (la razonabilidad de los actos del Estado), las Demandantes alegan que el caso *Micula c. Rumania* ha establecido el análisis apropiado. A saber:

---

<sup>763</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, Sección V.

<sup>764</sup> Cl. Reply ¶¶ 586-587.

<sup>765</sup> Cl. Reply ¶ 588.

<sup>766</sup> **CL-0018**, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 23, Comentarios, ¶ 3.

<sup>767</sup> Cl. Reply ¶¶ 589-591; **C-0017**, RD 661/2007, Artículo 17.

<sup>768</sup> Cl. Reply ¶ 592.

“[P]ara que la conducta del estado sea razonable, no resulta suficiente que se relacione con una política racional; también resulta necesario que, durante la implementación de dicha política, los actos del estado hayan sido adaptados de forma apropiada para dar cumplimiento a dicha política racional considerando debidamente las consecuencias impuestas sobre los inversores”<sup>769</sup>. [Traducción del Tribunal]

626. Las Demandantes arguyen que: *“España no ofrece ningún sustento para su proposición de que ello no resulta aplicable al presente caso, ya que Micula no constituyó una decisión en virtud del TCE. La posición de España es insostenible; el TCE dispone un nivel de protección al inversor superior al correspondiente al TBI en Micula”*<sup>770</sup>. [Traducción del Tribunal]

627. Las Demandantes señalan que el Demandado no satisfizo el *test* mencionado *supra* porque las dos justificaciones dadas por el Demandado para la adopción de las Medidas en Disputa (exceso de capacidad en el sentido de que había demasiadas plantas de ER que percibían la tarifa regulada y el Déficit Tarifario) *“son resultado de las decisiones de España relativas al marco regulatorio, y no se puede transmitir el peso de resolver esos problemas a los inversores extranjeros amparados por el TCE, como RWE”*<sup>771</sup>.

a) Respecto del exceso de capacidad en el sector de ER, las Demandantes arguyen que ello fue el resultado del juicio erróneo del Demandado al momento de asignar en la Comunidades Autónomas el único control sobre el acceso a los beneficios económicos contemplados en el RD 661/2007, en lugar de asignar un único control centralizado en el Ministerio<sup>772</sup>. Por ende, *“las Comunidades Autónomas estaban predispuestas a aceptar todas las solicitudes que cumpliesen los requisitos, ya que las instalaciones de energías renovables les beneficiaban tanto a ellas como a sus municipios mediante el pago de impuestos y la creación de empleo local”*<sup>773</sup>.

---

<sup>769</sup> Cl. Reply ¶ 579; CL-0052, *Micula*, ¶ 525.

<sup>770</sup> Cl. Skeleton ¶ 75.

<sup>771</sup> Cl. Mem., ¶ 483.

<sup>772</sup> Cl. Mem., ¶ 484. C-0017, RD 661/2007, Arts. 4 y 10.

<sup>773</sup> Cl. Mem., ¶ 484.



b) Respecto del Déficit Tarifario, las Demandantes expresan que: “(i) las medidas no se pueden considerar razonablemente ligadas a un objetivo enmarcado en una política racional; (ii) fue España quien generó el Déficit de Tarifa; y (iii) las medidas afectaban a las plantas eólicas e hidroeléctricas de manera desproporcionada”<sup>774</sup>. En particular, se estima que el Déficit Tarifario existía mucho antes del desarrollo de las energías renovables al amparo del RD 661/2007, y fue originado, en cualquier caso, porque España no aumentó los precios de la energía eléctrica a pesar de su propia legislación. Además, había opciones alternativas que el Demandado podría haber adoptado las cuales eran menos perjudiciales para las inversiones de las Demandantes<sup>775</sup>.

628. Asimismo, las Demandantes cuestionan los cuatro puntos que invoca el Demandado para afirmar que las Medidas en Disputa eran razonables. A saber:

a) Las Demandantes alegan que el argumento planteado por el Demandado de que las reformas afectan a todos los sujetos del sistema eléctrico es erróneo. Las medidas perseguían el objetivo de proteger a los consumidores quienes siempre han gozado de precios de electricidad bajos los cuales se reducirían aún más conforme a las Medidas en Disputa<sup>776</sup>. Las instalaciones en virtud del Régimen Ordinario “no están virtualmente afectadas” a diferencia de los productores como RWE conforme al Régimen Especial, mientras que los distribuidores no sufrieron ninguna pérdida<sup>777</sup>.

b) El Nuevo Régimen no “guarda relación alguna con la propuesta de APPA ni el Nuevo Régimen fue provocado por dicha propuesta”<sup>778</sup>.

---

<sup>774</sup> Cl. Mem., ¶ 486.

<sup>775</sup> Cl. Mem. ¶ 487; Informe de Compass, ¶¶ 19 y 147; C-0163, Reporte CNE 2012, pp. 16-64.

<sup>776</sup> Véase Sección 8.1(c) *supra*; C-0259, Comunicado de Prensa de Expansión, “El Gobierno usará el primer superávit eléctrico desde 2000 para bajar la luz”, 20 de septiembre de 2015; C-0251, “Soria anuncia una bajada del precio de la luz del 7,5% esta legislatura”, El Economista, 10 de abril de 2015.

<sup>777</sup> Cl. Reply ¶¶ 594-595.

<sup>778</sup> Cl. Reply ¶ 596.

- c) Las Medidas en Disputa reducen “*el valor de las acciones de RWE Aersa a cero*”<sup>779</sup>, por lo tanto, el argumento del Demandado de que las instalaciones de las Demandantes continúan percibiendo una rentabilidad razonable resulta incorrecto. Se sostiene que: “*RWE no recibe nada similar a la rentabilidad prometida al tiempo de realizar la inversión o a la rentabilidad considerada razonable antes de la introducción del Nuevo Régimen*”<sup>780</sup>. Además, el Nuevo Régimen está sujeto a revisión en el año 2019, respecto de lo cual se expresa que el propio testigo del Demandado (el Sr. Ayuso) ha declarado que no tiene conocimiento de lo que hará el Ministerio<sup>781</sup>.
- d) Las Medidas en Disputa no han sido aceptadas “*por la mayoría de los inversores locales y extranjeros*” [Traducción del Tribunal]. Por el contrario, “*han provocado que varios organismos del Estado hayan planteado un desafío constitucional contra ellos, y tenidas en cuenta por sí solas, han convertido a España en la nación más perseguida en la historia entre inversores y Estado*”. Asimismo, las Medidas en Disputa han estado sujetas a “*feroces críticas*” por parte del FMI, la Asociación Internacional de la Energía y la Unión Europea<sup>782</sup>.

#### b. *La Posición del Demandado*

629. El Demandado alega que las Medidas en Disputa cumplen con tres *tests* diferentes establecidos en precedentes de arbitraje aplicables que determinan la vulneración del estándar del TJE conforme al TCE, es decir, *tests* dispuestos en: (i) *EDF c. Rumania*<sup>783</sup>; (ii) *AES Summit c. Hungría*<sup>784</sup>; y *Total c. Argentina*<sup>785</sup>. Ha analizado las cuestiones sobre la supuesta irracionalidad, desproporcionalidad y discriminación de forma conjunta<sup>786</sup>.

---

<sup>779</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 134. Véase Alegato de Clausura de las Demandantes, Día 5/1502.

<sup>780</sup> Cl. Reply ¶ 597.

<sup>781</sup> Véase Alegato de Clausura de las Demandantes, Día 5/1497.

<sup>782</sup> Cl. Reply ¶ 598; Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶¶ 92-93 y 174-176.

<sup>783</sup> **RL-0035**, *EDF c. Rumania*, ¶ 303.

<sup>784</sup> **RL-0039**, *AES Summit*, Laudo, ¶¶ 10.3.7 a 10.3.9.

<sup>785</sup> Resp. Skeleton ¶ 65; **RL-0050**, *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad de 27 de diciembre de 2010..

<sup>786</sup> Por ejemplo, Resp. C-Mem. ¶¶ 956 y ss.

630. En primer lugar, el Demandado alega que las Medidas en Disputa no eran discriminatorias (lo cual constituye aquello que el Demandado considera como la cuestión esencial inherente al Artículo 10(1) del TCE)<sup>787</sup>. Si bien las Demandantes no cuestionan que las Medidas en Disputa tenían carácter discriminatorio (salvo con respecto al IVPEE y el Canon Hidráulico) y el Tribunal acepta ello como caso, los argumentos del Demandado se describen *infra* ya que hay cierta superposición con las cuestiones respecto de si las Medidas eran razonables. Por ende, se sostiene por referencia a *EDF c. Rumania* y al criterio indicado por el Profesor Schreuer que las Medidas en Disputa no constituyen lo siguiente:

- i. *Una medida que cause un daño al inversor sin que sirva a ningún propósito legítimo aparente*: el propósito de las Medidas en Disputa es legítimo porque “*tratan de solventar una situación de desequilibrio insostenible, en la que las circunstancias económicas internacionales y nacionales, determinaron una disminución de la demanda que hacía necesario reequilibrar el sistema*”. Además, versan sobre un propósito legítimo: “*no imponer una carga excesiva sobre los consumidores para obtener dicho reequilibrio y evitar sobre-retribuciones no justificadas*”<sup>788</sup>.
- ii. *Una medida que no está fundada en normas o pautas legales, sino en la discreción, discriminación o preferencias personales*: las Medidas en Disputa fueron implementadas en observancia del derecho y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, lo cual garantizaba el principio de tasa de rentabilidad razonable. Además, las Medidas en Disputa son aplicables a todos los involucrados del mercado energético, por lo tanto, no son discriminatorias respecto de un inversor en particular<sup>789</sup>.
- iii. *Una medida tomada por razones diferentes de las expuestas por el otorgante de la medida*: las razones para adoptar las Medidas en Disputa ya

---

<sup>787</sup> Resp. Rej. ¶¶ 1024-1025, Resp. C-Mem. ¶ 983.

<sup>788</sup> Resp. C-Mem. ¶ 982(a).

<sup>789</sup> Resp. C-Mem. ¶ 982(b).

fueron anunciadas en el RD-L 6/2009, el RD-L 14/2010 y el RD 1614/2010<sup>790</sup>.

iv. *Una medida adoptada con intencionado desprecio a un proceso con las debidas garantías y al procedimiento formalmente aplicable:* el Demandado sancionó las Medidas en Disputa conforme a los procedimientos establecidos por ley. Además, el Demandado “*traslad[ó] a los interesados los sucesivos borradores de las medidas*” y estableció un procedimiento para presentar argumentos adicionales, los cuales, según el Demandado, fueron evaluados y considerados<sup>791</sup>.

631. Por vía de referencia a *AES Summit c. Hungría*, el Demandado alega que las Medidas en Disputa son razonables y adhieren al estándar de TJE del TCE<sup>792</sup>. Refuta el argumento de las Demandantes de que el caso *Micula* resulta aplicable porque no aplica el TCE “*ni tiene en cuenta sus objetivos ni sus principios*”<sup>793</sup>. Por lo tanto, el *test* aplicable, según el caso *AES Summit c. Hungría*, radica en determinar si (i) hubo una política racional cuando se adoptaron las medidas de control macroeconómico y si (ii) las medidas eran razonables y proporcionadas respecto de la política<sup>794</sup>.
632. Respecto del primero de estos elementos, el Demandado sostiene que las Medidas en Disputa fueron adoptadas para “*corregir y evitar, para proteger a los consumidores, el abono a los inversores de una retribución superior a la razonable*” lo cual derivaba en el Déficit Tarifario “*cuya corrección resulta legalmente exigible*”. Esta política “*fue válida y cumplió el objetivo de una política económica pública*”<sup>795</sup>.
633. El Demandado niega que el Déficit Tarifario haya sido atribuible a su falta suficiente de aumento de las tarifas de los consumidores. El Demandado sostiene que aumentó las tarifas “*un 81% a los consumidores entre los años 2003 y 2012*” y que “*subir*

---

<sup>790</sup> Resp. C-Mem. ¶ 982 (c).

<sup>791</sup> Resp. C-Mem. ¶ 982(d).

<sup>792</sup> Resp. C-Mem. ¶ 984.

<sup>793</sup> Resp. Rej. ¶ 1027.

<sup>794</sup> Resp. Rej. ¶¶ 1027-1028 y 1029-1040.

<sup>795</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 986 y 993.

*indefinidamente las tarifas a los consumidores, como pide la Demandante, no es una política racional*”<sup>796</sup>.

634. Además, el Demandado refuta la afirmación de las Demandantes de que los Artículos de la CDI resultan aplicables al presente caso. El Demandado sostiene que las Demandantes hacen referencia a los Artículos de 2001 porque “*exigen que la medida adoptada por un Estado sea la única posible, lo que sitúa la carga de la prueba en el Estado que adopta la medida*”. Sin embargo, son las Demandantes quienes tienen la carga de la prueba con arreglo al Artículo 10(1) para demostrar que las Medidas en Disputa son irracionales y desproporcionadas. Además, las Demandantes no “*ha[n] acreditado la viabilidad de las medidas alternativas que propone[n]*” a las Medidas en Disputa<sup>797</sup>.
635. El Demandado señala que ha explicado (i) la existencia de la crisis económica, (ii) la dificultad para obtener “*financiación internacional, que dio lugar a la necesidad de suspender las emisiones del Fondo de Titulización del Déficit Tarifario entre marzo y noviembre de 2012*” y (iii) el rescate financiero de julio de 2012 que incluyó la firma del Memorando de Entendimiento con la UE<sup>798</sup> que imponía sobre el Demandado “*el compromiso de adoptar numerosas medidas macroeconómicas en diferentes sectores de la economía*” lo cual implicaba “*una reforma estructural del SEE*”. Expresa que la crisis económica condujo al Demandado a adoptar una serie de medidas macroeconómicas en diversos sectores, incluso el sector energético. Según el Demandado, “[*n*]ada dice la Demandante sobre la razonabilidad de unas medidas de control Macroeconómico dirigidas a garantizar el sostenimiento económico del SEE ante el colapso del sistema financiero español, cuando el rescate financiero por la UE y las condiciones impuestas al Reino de España son un hecho notorio”<sup>799</sup>.
636. El Demandado alega que el segundo elemento del *test* del caso *AES Summit c. Hungría* “*exige que la acción del Gobierno sea razonable, exigiendo una apropiada correlación*

---

<sup>796</sup> Resp. Rej. ¶ 1031(1).

<sup>797</sup> Resp. Rej. ¶ 1031(2).

<sup>798</sup> **RL-0067**, MOU con la EUMemorando.

<sup>799</sup> Resp. Rej. ¶ 1031(3) (numerado de forma incorrecta ¶¶ 406-408).

*entre el objetivo de la política pública estatal y la medida adoptada para alcanzar dicho objetivo*”<sup>800</sup>.

637. El Demandado señala que las Medidas en Disputa son razonables porque afectan a todos los sujetos del SEE (consumidores y todos los operadores del sistema), analizan el Déficit Tarifario y mantienen la rentabilidad razonable de los productores de ER. Además, el Demandado alega que la retribución establecida en las Medidas en Disputa se corresponde “*con el sistema propuesto por la Asociación mayoritaria del Sector de las ER en 2009*”<sup>801</sup>.
638. Asimismo, el Demandado alega que las Medidas en Disputa son proporcionadas porque mantienen la rentabilidad razonable del 7,398% de los productores, la cual podría ser incluso “*mayor en caso de batirse los estándares establecidos en la instalación tipo*”, y que dicha tasa fue propuesta incluso por APPA en el año 2009<sup>802</sup>. El esquema retributivo establecido por el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 “*proporciona (...) una retribución a la operación que permite cubrir todos los costes operacionales necesarios para realizar la actividad de forma eficiente y bien gestionada*”<sup>803</sup>.
639. Asimismo, y respecto de los cuatro puntos que invocan las Demandantes para afirmar que las Medidas en Disputa son irrazonables, se expresa lo siguiente:
- a) Las alegaciones de que las Medidas en Disputa “*no han afectado lo suficiente a consumidores y no ha afectado a otros productores*” carecen de sustento probatorio. Por el contrario, la reforma del SEE “*fue global, para reequilibrar el SEE, afectando a todos los operadores y tras haber aumentado la factura eléctrica a los consumidores un 81% entre 2003 y 2012*”<sup>804</sup>.
  - b) La alegación de que el “*método de remuneración propuesto por APPA en 2009 no tiene ninguna relación con el modelo retributivo impugnado*” resulta

---

<sup>800</sup> Resp. C-Mem. ¶ 994.

<sup>801</sup> Resp. C-Mem. ¶ 996.

<sup>802</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 997-998.

<sup>803</sup> Resp. C-Mem. ¶ 999; **R-0115**. Orden EIT/1045/2014, de 16 de junio de 2014, Preámbulo, sección III, ¶¶ 14 a 21.

<sup>804</sup> Resp. Rej. ¶ 1033(1), que hace referencia a Resp. C-Mem. ¶¶ 275-306 y 592-608.

inconsistente con el hecho de que “[b]asta la lectura de la propuesta de APPA de 2009” para observar que el marco retributivo actual “es conforme al modelo retributivo deseado por el propio Sector ER”<sup>805</sup>.

- c) El Demandado ha presentado pruebas suficientes que demuestran que “Tribunales Arbitrales internacionales, Instituciones Internacionales, Agencias de calificación y los Mercados aceptan las medidas adoptadas como razonables y proporcionadas”<sup>806</sup>.
- d) La alegación de que la “rentabilidad percibida sobre sus plantas no es razonable, pues no recibe la rentabilidad prometida” es desatinada porque el RD 661/2007 “no prometió la petrificación de una rentabilidad fija durante toda la vida útil de las Plantas”<sup>807</sup>. Además, y en virtud del esquema retributivo actual, la tasa de rentabilidad obtenida por las plantas de las Demandantes en su conjunto asciende a una tasa total ponderada del 10,6% antes de impuestos o “[d]icha rentabilidad se situaría en torno a un 8,27% después de impuestos”<sup>808</sup>, que es superior al WACC del sector<sup>809</sup>, superior a la rentabilidad de otros sectores regulados del SEE<sup>810</sup>, y más razonable si se la compara con los niveles de rentabilidad que ofrecen los Bancos en la actualidad<sup>811</sup>. Además, “estas Plantas van a percibir una rentabilidad del 20,7% al 7,4%” antes de impuestos durante su vida útil<sup>812</sup>.

640. Respecto de *Total c. Argentina*, según el Demandado, el *test* de este caso permite un análisis de si las Medidas en Disputa “ha[n] respetado el *standard mínimo de protección garantizado por el Derecho internacional para las inversiones a largo plazo*” cuando

---

<sup>805</sup> Resp. Rej. ¶ 1033 (2); **R-0187**, Artículo 23.4 del Anteproyecto de Ley sobre Energía Renovable presentado por APPA-Greenpeace el 21 de mayo de 2009, Artículo 23.4.

<sup>806</sup> Resp. Rej. ¶ 1033(3) ; **R-0326**, FMI, Documento “Spain: *Staff Concluding Statement of the 2016 Article IV Mission*, December 13, 2016”.

<sup>807</sup> Resp. Rej. ¶ 1033(4).

<sup>808</sup> Segundo Informe Pericial de BDO, ¶¶ 244 y 245.

<sup>809</sup> Primer Informe Pericial de BDO, ¶ 99.

<sup>810</sup> **R-0077**. Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, 26 de diciembre de 2013, Disposición Adicional Décima.

<sup>811</sup> Resp. Rej. ¶¶ 1034-1037.

<sup>812</sup> Resp. Rej. ¶ 1038.

mantienen el equilibrio económico de las inversiones y permiten que los inversores recuperen “sus costes operacionales, amortizar su inversión y obtener una tasa de retorno razonable durante dicho período de tiempo”<sup>813</sup>. Se expresa que las Demandantes “no ha[n] objetado ni la relevancia de este Test ni el pleno cumplimiento de los elementos que configuran este test”<sup>814</sup>.

641. El Demandado sostiene que se ha dado cumplimiento al *test* porque, tal como fuera confirmado también por el Sr. Juan Ramón Ayuso<sup>815</sup>, “la reforma operada por España respeta el estándar mínimo de TJE admitido en el ámbito del Derecho internacional al respetar el principio de equilibrio económico de la inversión, permitiendo al inversor recobrar todos los costes de su inversión y obtener, además, un rendimiento razonable de la inversión del 10,6% antes de impuestos o del 8,2% después de impuestos”<sup>816</sup>.

## (2) El Análisis del Tribunal

642. Las Partes coinciden respecto de que las conductas irrazonables o discriminatorias se encuentran prohibidas por el estándar de TJE en virtud del Artículo 10(1) del TCE, y al Tribunal este enfoque le resulta procedente. Además, el Artículo 10(1) establece, de manera separada, lo siguiente:

“... ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las [inversiones]”.

643. El Tribunal reconoce que se ha probado la existencia de la provocación de un perjuicio al disfrute de las Inversiones de las Demandantes. No se ha planteado que las Medidas en Disputa resulten discriminatorias excepto con relación al IVPEE y al Canon Hidráulico, y el Tribunal ya ha determinado que carece de competencia con respecto a dichos impuestos. La cuestión principal consiste en si puede probarse la existencia de irrazonabilidad.

---

<sup>813</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 1004-1006, Resp. Rej. ¶ 1022.

<sup>814</sup> Resp. Rej. ¶ 1043.

<sup>815</sup> **RW-0001**, Primera Declaración Testimonial de Ayuso..

<sup>816</sup> Resp. C-Mem. ¶1009; Resp. Rej. ¶ 1049.



644. En cuanto a la cuestión de la irrazonabilidad, el Tribunal está de acuerdo con las Partes en que, en consonancia con el caso *AES c. Hungría*, debe analizar los siguientes dos elementos: “*la existencia de una política racional; y la razonabilidad de los actos del Estado en relación con dicha política*”<sup>817</sup> [Traducción del Tribunal]. Resulta necesario determinar si existe “*una correlación adecuada entre el objetivo subyacente a la política pública del Estado y la medida adoptada para alcanzarlo. Ello se relaciona con la naturaleza de la medida y la manera en la que es implementada*”<sup>818</sup>. [Traducción del Tribunal]
645. Tal como se deduce del análisis de los hechos expuesto en la Sección D(2)(f) *supra*, el Tribunal reconoce que el Demandado actuó conforme a una política racional en la adopción de las Medidas en Disputa.
646. En cuanto a la razonabilidad de la actuación del Demandado con respecto a la política pertinente, las principales alegaciones de las Demandantes respecto de los hechos también se analizan en la Sección D(2)(f) *supra*, aunque en el contexto de si las Medidas en Disputa fueron necesarias y no desproporcionadas, y son ampliamente rechazadas<sup>819</sup>.
647. El Tribunal considera que debería concederse cierto margen de apreciación al Demandado con respecto a la implementación de su política para abordar el Déficit Tarifario (véase la Sección D(2)(f) *supra*), y también considera que el umbral aplicable en términos de determinación de la irrazonabilidad es elevado, y que frecuentemente se asocia con la arbitrariedad<sup>820</sup>. En *EDF c. Rumania*, sobre la base de la opinión del Profesor Schreuer en cuanto a qué constituye una conducta arbitraria, el tribunal trabajó sobre la base de que una conducta resultaría irrazonable o discriminatoria en el caso de que constituyere –

---

<sup>817</sup> Cl. Reply ¶ 579; **RL-0039**, *AES Summit*, Laudo, ¶¶ 10.3.7 a 10.3.9.

<sup>818</sup> Cl. Reply ¶ 579; **RL-0039**, *AES Summit*, Laudo, ¶¶ 10.3.7 a 10.3.9; **RL-0048**, *Electrabel*, ¶ 179.

<sup>819</sup> Véanse ¶¶ 554-583 *supra*.

<sup>820</sup> Véase, por ejemplo, **RL-0048**, *Electrabel*, ¶¶ 167 y 179.

“una medida que provoca un daño al inversor sin un propósito legítimo evidente;  
una medida que no se basa en estándares jurídicos sino en la discrecionalidad, el perjuicio o la preferencia personal;

una medida adoptada por motivos que difieren de aquellos establecidos por quien se encarga de la toma de decisiones;

una medida adoptada en un desconocimiento intencionado del debido proceso y el procedimiento pertinente”<sup>821</sup>. [Traducción del Tribunal]

648. El Tribunal considera que dicho test resulta apropiado en cuanto a los requisitos necesarios para la determinación de la irrazonabilidad dentro del Artículo 10(1) del TCE, aunque, en consonancia con la opinión expresada por el tribunal de *Electrabel*<sup>822</sup>, también considera que el análisis respecto de si una actuación resulta irrazonable en virtud del Artículo 10(1) puede involucrar una cuestión de desproporcionalidad.
649. A la luz del hecho de que las Medidas en Disputa fueron desproporcionadas tal como se identifica en la Sección D(2)(f) *supra*, el Tribunal considera que estas Medidas resultaron irrazonables (si no necesariamente arbitrarias). En lo restante, el planteo de irrazonabilidad se rechaza, y se recuerda que ya se ha determinado que no se asumieron compromisos específicos para con las Demandantes respecto de que el régimen de retribución en virtud del RD 661/2007 no se vería alterado en sustancia. El Tribunal considera que no hay un fundamento razonable detrás de la alusión de las Demandantes a la “rentabilidad prometida al tiempo de realizar la inversión o a la rentabilidad considerada razonable antes de la introducción del Nuevo Régimen”<sup>823</sup>. Dicha promesa no existió<sup>824</sup>.

---

<sup>821</sup> **RL-0035**, *EDF c. Rumania*, ¶ 303.

<sup>822</sup> **RL-0048**, *Electrabel*, Laudo, ¶ 179.

<sup>823</sup> Cf. Cl. Reply ¶ 597.

<sup>824</sup> Ver ¶¶ 535-549 *supra*. El Tribunal, asimismo, no acepta la posición de las Demandantes relativa a las tasas de rentabilidad referidas a “la rentabilidad considerada razonable antes de la introducción del Nuevo Régimen”. Sobre la base del PER 2005 y de la nota de prensa ministerial de 25 de mayo de 2007, la tasa de rentabilidad pertinente solo podría ascender al 7% o encontrarse dentro del 5%-9% (después de impuestos). El Tribunal ya ha rechazado la alegación de que el informe de la CNE de marzo de 2007 expone algo diferente y, en cualquier caso, dicho informe fue anterior a la nota de prensa de 25 de mayo de 2007.

650. Tal como se deduce del análisis de los hechos expuesto en la Sección D(2) *supra*, ninguno de los elementos en los que las Demandantes se basan permite arribar a la conclusión de que las Medidas en Disputa de algún otro modo causaron un daño al inversor sin un propósito legítimo evidente; o que no se basaron en estándares jurídicos sino en la discrecionalidad, el perjuicio o la preferencia personal; o que se adoptaron por motivos distintos a aquellos establecidos por quien ostenta el poder de decisión; o bien que se adoptaron en desconocimiento intencionado del debido proceso y el procedimiento adecuado.

## **G. FALTA DE TRANSPARENCIA**

### **(1) Las Posiciones de las Partes**

#### **a. La Posición de las Demandantes**

651. Las Demandantes sostienen que la conducta del Demandado en cuanto al desmantelamiento del Régimen Especial constituyó un incumplimiento del estándar de TJE que exige que “*la conducta del Estado respecto a los inversores y al entorno jurídico sea transparente (es decir, libre de ambigüedad e incertidumbre)*”<sup>825</sup>. Ello constituye un fundamento asimismo en los casos *Tecmed c. México*<sup>826</sup>, *Electrabel c. Hungría*<sup>827</sup> y *Plama c. Bulgaria*<sup>828</sup>.

652. Las Demandantes sostienen que la actuación del Demandado no fue transparente puesto que:

a) A través del RDL 9/2013, el Demandado “*eliminó el régimen de inversiones correspondiente a las inversiones de los Demandantes*”, sino que, además, dicho decreto fue seguido del Régimen Transitorio de 11 meses durante el cual “*el Gobierno no dio ninguna indicación respecto a la remuneración específica a la*

---

<sup>825</sup> Cl. Mem. ¶¶ 478 y 481.

<sup>826</sup> CL-0032, *Tecmed*, ¶ 154.

<sup>827</sup> CL-0042, *Electrabel*, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, ¶ 7.79.

<sup>828</sup> CL-0051, *Plama*, ¶ 178.

*que tendrían derecho las plantas aprobadas para el régimen”, lo cual impidió que las instalaciones de ER pudieran prever futuros flujos de caja*<sup>829</sup>.

- b) El RD 413/2014 y la Orden de junio de 2014, que se suponía debían “[*definir*] de forma específica el régimen económico aplicable a las instalaciones aprobadas”, no contemplaban un “*análisis transparente detallando los criterios o cálculos subyacentes al Pago especial así como tampoco se publicó ninguna actualización relativa al régimen económico. De hecho, España no ha proporcionado ningún tipo de directriz que aborde los aspectos clave del Nuevo Régimen*”<sup>830</sup>. Adicionalmente, España negó el acceso a sus informes periciales y tan solo después se supo que BCG no había elaborado nunca tal informe y que el informe de Roland Berger fue finalizado varios meses después de que se publicase la orden ministerial de junio de 2014<sup>831</sup>.
- c) El hecho de que el Pago Especial se calcule en base a una Instalación estándar en lugar de en base a una planta real genera aún más incertidumbres. Tal como se indica en el Informe de Compass, “*algunos de los parámetros de la Instalación tipo se mantienen en el tiempo, pero el Gobierno se reserva el derecho a modificar muchos otros parámetros respecto a las plantas existentes..., lo que no aclara cuál será el régimen de aplicación de cara al futuro*”<sup>832</sup>.
- d) En virtud del Nuevo Régimen, el Gobierno también se reserva el derecho a revisar el Pago Especial con el fin de “*garantizar que sigue resultando de aplicación la rentabilidad de los bonos españoles a diez años más un diferencial*”. Según las Demandantes, el Demandado no ha establecido metodologías claras para el ajuste del Pago Especial, “*no digamos haberlo hecho de manera coherente y transparente*”<sup>833</sup>.

---

<sup>829</sup> Cl. Mem. ¶ 481(i). Véase también Cl. PHB ¶¶ 199-202.

<sup>830</sup> Cl. Mem. ¶ 481(ii); Informe de Compass, ¶¶ 96 y 137-138 y nota al pie 86.

<sup>831</sup> Cl. Mem. ¶ 481(ii); C-0111, “El Gobierno aprobó el recorte a las renovables sin informe técnico”, Expansión, 13 de marzo de 2015.

<sup>832</sup> Cl. Mem. ¶ 481(iii); Informe de Compass, ¶ 96.

<sup>833</sup> Cl. Mem. ¶ 481(iv). Véase también Cl. PHB ¶¶ 203-211.

- e) *“El Nuevo Régimen no incluye ninguna indicación clara relativa al calendario durante el cual se aplicará la retribución por la capacidad instalada”*. Las Demandantes sostienen que el Demandado podría *“retirar este elemento del Pago Especial antes de que termine la vida útil estimada de las plantas en los casos en los que determine que la Instalación tipo ya ha obtenido una ‘rentabilidad razonable’”*<sup>834</sup>. No obstante, el Demandado no ha establecido una metodología para determinar si una planta ha obtenido beneficios razonables<sup>835</sup>.

653. Las Demandantes rechazan los argumentos del Demandado con respecto a que su conducta fue transparente:

- a) En cuanto a la cuestión de si había formalizado un compromiso, las Demandantes reiteran sus argumentos relativos a expectativas legítimas, y aseveran que la emisión de los certificados del RAIPRE confirmó específicamente el derecho de cada una de las instalaciones de RWE al amparo de la FIT del RD 661/2007<sup>836</sup>.
- b) Las Medidas en Disputa no se anunciaron. El Demandado *“engañó a los inversores al confirmar que las tarifas del RD 661/2007 estaban garantizadas, hasta el abrupto dictado de las Medidas en Disputa”* mediante el *“RD 661; RDL 6/2009; el Acuerdo de julio de 2010; y el RD 1614”*<sup>837</sup>. [Traducción del Tribunal]
- c) No se consultó ni se hizo partícipes a los inversores antes de la introducción de las Medidas en Disputa. Se dice que: *“si bien la CNE realizó una consulta en preparación de su informe de marzo de 2012, el gobierno ignoró todas las propuestas [de la CNE]”*. Además, las Demandantes también niegan que haya habido una participación de los interesados en el dictado de la Ley 24/2013 y de la Orden Ministerial de 2014, puesto que, en el Informe de la CNE de 4 de septiembre de 2013, se observó que: *“con el trámite de urgencia con el que se plantea la consulta ... no se garantiza la participación efectiva de los distintos agentes*

---

<sup>834</sup> C-0026, RD 413/2014, Segunda Disposición Transitoria, ¶ 5.

<sup>835</sup> Cl. Mem. ¶ 481(v); Informe de Compass, nota al pie 242.

<sup>836</sup> Cl. Reply ¶¶ 523-532; C-0015, Fragmentos de los certificados del RAIPRE relativos a las instalaciones.

<sup>837</sup> Cl. Reply ¶ 601; Cl. Skeleton ¶ 84.

*involucrados*<sup>838</sup>. Del mismo modo, se sostiene que existe evidencia de numerosas presentaciones “*que se oponen con firmeza a la injusticia del Nuevo Régimen*” respecto del cual el Demandado no “*ofreció ninguna prueba de que el Nuevo Régimen fue modificado en respuesta a dichos escritos*”<sup>839</sup>. [Traducción del Tribunal]

- d) El sistema de retribución conforme al Nuevo Régimen es opaco e impredecible puesto que “*las revisiones trienales permiten que España recorte unilateralmente las retribuciones de RWE a su discreción*”<sup>840</sup> [Traducción del Tribunal]. Según las Demandantes, el informe de la CNE de septiembre de 2013 demuestra que el Nuevo Régimen generó grandes incertidumbres a las instalaciones de ER puesto que se encontraba sujeto a revisiones periódicas<sup>841</sup>. Sostienen que el Nuevo Régimen está sujeto a una inestabilidad constante, y que el único elemento estable del Nuevo Régimen consiste en que la retribución se establecerá con referencia al bono español a diez años y a un diferencial que cambiará<sup>842</sup>. BDO aceptó que la tasa de rentabilidad razonable podría cambiar en 2019<sup>843</sup>. Las Demandantes concluyen que, a partir de 2019, “*pareciera que la rentabilidad razonable no solo podría, sino que en efecto se establecería en un valor más bajo que el 7,398%*”<sup>844</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>838</sup> C-0123, Informe de la CNE 18/2013, pp. 4 y 15.

<sup>839</sup> Cl. Reply ¶ 602; Cl. Skeleton ¶ 85; Cl. PHB ¶¶ 199-202.

<sup>840</sup> Cl. Skeleton ¶ 82.

<sup>841</sup> Cl. Reply ¶ 604.

<sup>842</sup> Cl. PHB ¶ 207. Véase también Día 5, pp. 93-94, en las que se transcribe que, a la luz de la revisión de 2019, el Nuevo Régimen resulta arbitrario e impredecible.

<sup>843</sup> Cl. PHB ¶ 208, que hace alusión a Mitchell, Día 5, p. 13, líneas 6 a 17.

<sup>844</sup> Cl. PHB ¶¶ 210-211. Se dice que ello resulta evidente de una declaración del Ministerio de Industria, que reza lo siguiente: “Con respecto a la rentabilidad razonable, que algunos sectores parlamentarios han traído a colación, si bien no es el objeto de esta comparecencia, puedo decirles algo al respecto. Ustedes podrán pensar que la ley no debería aplicarse fielmente a su redacción y que la retribución de las actividades reguladas no debería estar relacionada, tal como se encuentra, a los bonos del Tesoro [español]. Ello implicaría que los [precios] de la electricidad no se vean reducidos para cada uno de los consumidores entre un 5 y 10%. ... Con respecto a la cuestión de rentabilidad razonable, ya he dado mi respuesta. Estamos a favor de la aplicación de un descuento significativo a la tarifa de electricidad de los consumidores españoles” [Traducción del Tribunal]. C-0343, Transcripción de la Sesión Parlamentaria Española No. 13 sobre Energía, Turismo y Agenda Digital de fecha 28 de junio de 2017, pp. 47-48; C-0344, Artículo publicado en Cinco Días: “*Nadal quiere recortar a casi la mitad la rentabilidad de las plantas renovables*”, 26 de junio de 2017.

b. *La Posición del Demandado*

654. El Demandado sostiene que el TCE no garantiza una predictibilidad completa del marco regulatorio durante la vigencia de una inversión a menos que haya un compromiso específico asumido por el Estado, y agrega que el tribunal de *AES Summit c. Hungría* así lo confirmó<sup>845</sup>. Rechaza la aplicación de (i) el caso *Tecmed* puesto que el laudo fue “*cuestionado por el Comité de Anulación del Caso MTD*”<sup>846</sup>; (ii) el laudo de *Electrabel* puesto que la demandante no planteó ninguna cuestión de transparencia<sup>847</sup>; y (iii) el laudo de *Plama* puesto que “*se limita a remitir este estándar del TCE al TJE y a la estabilidad del marco regulatorio*”<sup>848</sup>.
655. Según el Demandado, los siguientes hechos acreditan que el Demandado no incumplió su obligación de promover condiciones transparentes emanada del Artículo 10(1) del TCE:
- a) El Demandado nunca se comprometió con las Demandantes “*a mantener su Marco regulatorio inmutable ni el régimen establecido en el RD 661/2007*”<sup>849</sup>.
  - b) El Demandado “*ha avisado de que actuaría ante situaciones de sobre-retribución o de insostenibilidad del SEE*” desde el 2006, y “*ha avisado de la necesidad de introducir reformas para acabar con el déficit de tarifa*” desde 2009<sup>850</sup>.

---

<sup>845</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 951-952; **RL-0039**, *AES Summit*, Laudo, ¶ 9.1.6 y nota al pie 28.

<sup>846</sup> Resp. C-Mem. ¶ 951(1); **RL-0030**, *MTD*, Decisión sobre Anulación. ¶¶ 66 y 67.

<sup>847</sup> Resp. C-Mem. ¶ 951(2); **RL-0048**, *Electrabel*, Laudo, ¶ 115.

<sup>848</sup> Resp. C-Mem. ¶ 951(3); **CL-005**, *Plama*, ¶ 178.

<sup>849</sup> Resp. C-Mem. ¶ 954(1).

<sup>850</sup> Resp. C-Mem. ¶ 954(1); Resp. Rej. ¶ 1017(a)-(g); véase **R-0274**, Comparecencia del Ministro de Industria, Turismo y Comercio ante el Senado de 26 de octubre de 2006; **R-0258**, Comparecencia del Secretario General de Energía ante el Congreso de los Diputados; **R-0101**, RD 661/2007, Preámbulo ; **R-0259**, Secretario General de Energía ante el Senado; **R-0089**, RD-Ley 6/2009, Preámbulo; **R-0090**, RD-Ley 14/2010, Preámbulo; **R-0074**, Ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4 de marzo de 2011, Artículo 79.4 a) y d); **R-0278**, Congreso de los Diputados, Convalidación del Real Decreto-Ley 14/2010; **R-0192**, Discurso de Mariano Rajoy en la sesión de investidura como presidente del Gobierno, 19 de diciembre de 2011; **R-0092**, RD-Ley 13/2012, p. 8; **R-0121**, Programa Nacional de Reformas 2012, Gobierno de España; **R-0174**, Las Reformas del Gobierno de España: Determinación frente a la crisis, Secretaría de Estado de Comunicación, Ministerio de la Presidencia, septiembre de 2012, Sección III, p. 18; **R-0122**, Estrategia Española de Política Económica: Balance y reformas estructurales para el próximo semestre, Gobierno de España, 27 de septiembre de 2012. Sección C.8, p. 70; **RL-0067**, MOU con la EU.

- c) El Demandado respetó los procedimientos establecidos en la ley al adoptar las Medidas en Disputa sin demoras y “*garantizó la participación de los interesados legítimos en el proceso regulatorio*” [Traducción del Tribunal]. El Demandado recibió escritos de todo el “*Sector ER con relación a los borradores del RD 413/2014 y de la OM 1045/2014 que la Demandante afirma no haber conocido. Ello contradice la infundada 'oscuridad' en la que la Demandante afirma que estuvieron las Instalaciones durante 11 meses*”<sup>851</sup>. Además, el Demandado ha demostrado que las Demandantes “*podieron participar en el Proceso regulatorio mediante la presentación de un escrito en 2012 (ante la CNE) y, asimismo, durante 2013 y 2014, ante la CNE y el Consejo del Estado*” y que, tal como indicara el Sr. Ayuso, “*muchas de las presentaciones hechas por los interesados del sector ER fueron tenidas en cuenta en la definición final de las instalaciones tipo y los estándares*”<sup>852</sup>. [Traducción del Tribunal]
- d) El Demandado adoptó “*un sistema normativo dotado de previsibilidad y dinamismo que sigue garantizando una rentabilidad razonable para los proyectos de ER y el equilibrio económico de la inversión*”. El Demandado sostiene que “*el establecimiento de periodos regulatorios da seguridad al inversor, garantiza el mantenimiento de la rentabilidad razonable, preservando esta rentabilidad durante la vida útil regulatoria, junto con la restitución del valor de inversión*”<sup>853</sup>. Además, la Ley 24/2013<sup>854</sup> y el RD 413/2014<sup>855</sup> contenían disposiciones destinadas a garantizar que los inversores recibieran en todo momento una rentabilidad

---

<sup>851</sup> Resp. C-Mem. ¶954(3).

<sup>852</sup> Resp. Skeleton ¶¶ 61-62; Resp. Rej. ¶ 1019; el Demandado hace alusión a los siguientes documentos como prueba de la participación: **R- 0194**, Información Sectorial sobre Consulta pública sobre medidas de ajuste regulatorio en el sector energético de 2 de febrero y 9 de marzo de 2012, publicada en el sitio web de la Comisión Nacional de Energía (CNE), [www.cne.es](http://www.cne.es); **R-0234**, Presentación de Protermosolar relativa al RD 413/2014, de 30 de julio de 2013; **R-0305**, Cuentas anuales e informe de gestión 2013 de Elecnor, 31 de diciembre de 2013, p. 90; **R-0086** y **R-0087**, Relación de documentos incluidos en el No. de expediente RD 413-2014 y Orden 1045-2014). Estos índices dan acceso en línea a las presentaciones realizadas por varios de los accionistas y a todas las actuaciones de estos expedientes regulatorios, en plena transparencia; **R-0124**, Dictamen del Consejo de Estado de fecha 6 de febrero de 2014, emitido en la apelación administrativa relativa a la propuesta del Real Decreto 413/2014. El dictamen establece el proceso, con la participación de todo el sector y la reanudación de todo el proceso como resultado de la admisión de las propuestas; **RW-0002**, Segunda Declaración Testimonial de Ayuso, ¶¶ 65 a 84.

<sup>853</sup> Resp. C-Mem. ¶ 954(4).

<sup>854</sup> **R-0077**, Artículo 14.4 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, de 26 de diciembre de 2013.

<sup>855</sup> **R-0110**, Real Decreto 413/2014, 6 de junio de 2014, Artículo 20(1).



razonable en sus instalaciones<sup>856</sup>. Se observa que la Ley fija límites específicos dentro de los cuales se deben realizar las revisiones, distinguiendo entre: “(i) *El proceso regulado que debe respetarse en la revisión de la tasa de rentabilidad* y (ii) *los límites propuestos que deben ser respetados por el Regulador al efectuar la revisión*”<sup>857</sup> [Traducción del Tribunal]. Estos límites están destinados a restringir la discrecionalidad del Gobierno. Además, la Ley también establece el proceso de revisión con las herramientas necesarias para garantizar que las revisiones permitan que las plantas mantengan una rentabilidad razonable<sup>858</sup>.

## (2) El Análisis del Tribunal

656. El Artículo 10(1) del TCE establece, en su parte relevante:

“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”.

657. En cuanto a las alegaciones relativas al momento en el cual efectivamente se realizaron las Inversiones, la obligación de transparencia (el fomento y la creación de condiciones transparentes para la realización de las Inversiones) se exige en virtud de la primera oración del Artículo 10(1). La alegación de las Demandantes de que el Demandado “*engañó a los inversores al confirmar que las tarifas del RD 661/2007 estaban garantizadas*”<sup>859</sup> [Traducción del Tribunal] podría entenderse como promisoria de esta primera oración del Artículo 10(1). No obstante, el Tribunal no considera que esta alegación resulte sustancialmente útil respecto de aquellas que se efectuaron específicamente con respecto a las supuestas expectativas legítimas de las Demandantes y, por este motivo, la rechaza.

---

<sup>856</sup> **RW-0001**, Primera Declaración Testimonial de Ayuso. Véase también Resp. PHB ¶¶ 154 y ss.

<sup>857</sup> Resp. PHB ¶ 156, y véanse, además, ¶¶ 158-172.

<sup>858</sup> Resp. PHB ¶ 157.

<sup>859</sup> Cl. Reply ¶ 601; Cl. Skeleton ¶ 84; Alegato de Apertura de las Demandantes, Día 1/165.

658. Las alegaciones de las Demandantes versan principalmente sobre la falta de transparencia en el período comprendido entre los años 2013-2014 (y la falta de transparencia de allí en adelante), a saber, un tiempo considerable tras la realización de las Inversiones. En cuanto a una obligación vigente de transparencia, se deduce de las conclusiones del Tribunal contenidas en la Sección C *supra* con respecto a la relación entre las dos primeras oraciones del Artículo 10(1) que esta obligación se encuentra establecida pero solo en la medida en que la transparencia forma parte del compromiso que se debe asumir respecto del TJE en la segunda de las dos oraciones y, mediante esa segunda oración, se incluye la primera.
659. El Tribunal coincide con el Demandado en que los casos *Plama* y *Electrabel* no proporcionan una guía suficiente en cuanto al contenido de la obligación de transparencia en virtud del Artículo 10(1), y observa el mensaje equívoco que se utiliza en ambos casos.
- a) Según *Plama*, “la condición de transparencia, establecida en la primera oración del Artículo 10(1) del TCE, puede asociarse al estándar de trato justo y equitativo. La transparencia pareciera constituir un elemento importante en cuanto a la protección de las expectativas legítimas del Inversor y la estabilidad del marco jurídico”<sup>860</sup> [Traducción del Tribunal]. El Tribunal ya ha rechazado la defensa de las Demandantes referida a las expectativas legítimas y a la estabilidad, y dicho laudo resulta en cambio equívoco en cuanto al rol que cumple la transparencia en virtud del Artículo 10(1).
- b) En cuanto a *Electrabel*, el Demandado tiene razón en su argumento de que la demandante de ese caso no hizo alegación alguna sobre la transparencia<sup>861</sup>. El tribunal sostuvo, en su análisis del Artículo 10(1), lo siguiente: “La referencia a la transparencia puede entenderse como un indicador de que la obligación de ser transparente respecto de información relativa a próximos cambios en las políticas y normas que podrían afectar significativamente a las inversiones, de modo que el inversor pueda planear adecuadamente su inversión y, de ser necesario, involucrar

---

<sup>860</sup> CL-0051, *Plama*, ¶ 178.

<sup>861</sup> Resp. C-Mem. ¶ 951(2); RL-0048, *Electrabel*, Laudo, ¶ 115.

*al Estado receptor en un diálogo sobre la protección de sus expectativas legítimas*”<sup>862</sup> [Traducción del Tribunal]. Nuevamente, esto resulta equívoco y se vincula con las expectativas legítimas.

660. En cuanto al conocido fragmento de *Tecmed c. México*<sup>863</sup> sobre el que se basan las Demandantes, esto involucra una descripción controversial de las expectativas básicas de los inversores, y el Tribunal no considera que el Artículo 10(1) del TCE establezca un requisito para que el Estado Contratante actué “*libre de ambigüedad y de modo totalmente transparente en sus relaciones con el inversor extranjero*” [Traducción del Tribunal]. No hay indicio alguno en el Artículo 10(1) ni en ninguna otra parte del TCE que sugiera que los Estados Contratantes estuvieron dispuestos a aceptar una obligación tan severa. Mientras que el Tribunal considera que la falta de transparencia podría configurar un incumplimiento del estándar de TJE en virtud del Artículo 10(1), independientemente de alguna consideración sobre expectativas legítimas o estabilidad, también considera que, en consonancia con sus opiniones relativas al estándar referido al concepto de irrazonabilidad en virtud del Artículo 10(1), existe un umbral elevado que debe alcanzarse para determinar la existencia de dicho incumplimiento. El Tribunal no ve motivo alguno, ni justificación en el TCE que sugiera que se debería aplicar un umbral no tan elevado en el contexto particular de la transparencia. También observa que se ha sugerido en varios laudos que es necesario determinar una falta de transparencia total, o alguna fraseología equivalente, para que se establezcan las bases de un incumplimiento del estándar de TJE<sup>864</sup>.

661. En cuanto a las alegaciones específicas de las Demandantes, es posible que el RDL 9/2013 haya sido “*dictado abruptamente*” [Traducción del Tribunal] pero, tal como ya se observara en la Sección D *supra*, el Demandado adoptó medidas urgentes *bona fide*<sup>865</sup>, y, además, se llevó a cabo una consulta pública en el contexto del informe de febrero de

---

<sup>862</sup> **CL-0042**, *Electrabel*, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, ¶ 7.79.

<sup>863</sup> **CL-0032**, *Tecmed*, ¶ 154.

<sup>864</sup> Véase, por ejemplo, el fragmento conocido relativo al Artículo 1105 del TLCAN, que, no obstante, habitualmente se lo invoca en otro tipo de contexto relativo a los tratados, de *Waste Management Inc c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, (2004) 11 Informes del CIADI 361 y 386 ¶ 98, al que se hace referencia en **RL-0030**, *MTD*, Decisión sobre Anulación, ¶¶ 66 y 67.

<sup>865</sup> Cf. Cl. PHB ¶ 201.

2012 de la CNE, en el que se exponía que el déficit existente entre los ingresos y los costes del sistema eléctrico ya era insostenible y que se “*reco[mendaban] medidas de aplicación urgente ... dirigidas a promover mayor eficiencia en la regulación*”<sup>866</sup>. Es cierto que el RDL 9/2013 fue seguido por un período de 11 meses durante el cual hubo cierta incertidumbre en cuanto a la retribución exacta que se concedería a las plantas pertinentes, lo cual debe haber causado dificultades a los operadores de las ER<sup>867</sup>. No obstante, durante dicho período se publicaron los borradores del Real Decreto y de la Orden IET 1045/2014, una consulta pública, y se introdujeron cambios en consecuencia<sup>868</sup>. El Tribunal no acepta que hubo falta de transparencia de modo tal que se configure un incumplimiento del Artículo 10(1).

662. En cuanto a la supuesta falta de explicaciones transparentes y de guía del RD 413/2014 y de la Orden IET 1045/2014<sup>869</sup>, el Tribunal no ha encontrado evidencia que indique una falta de adecuación que pudiera involucrar al Artículo 10(1). En cuanto a que el Pago Especial, este se calcula por referencia a la Instalación Estándar respecto de la que el Gobierno goza de discrecionalidad para alterar ciertos parámetros<sup>870</sup>, el Tribunal cree que ello parece más una reclamación relativa a la predictibilidad y no a la falta de transparencia<sup>871</sup>. Tal como se deduce del razonamiento anterior del Tribunal, este último no considera que las Demandantes tengan un argumento suficiente sobre el que fundar que el régimen de retribución aplicable a las plantas podría no cambiar con el tiempo. Todo ello depende de la naturaleza de dicho cambio, y de si resulta lo suficientemente radical involucrar al estándar de TJE en virtud del Artículo 10(1), ya sea como cuestión de desproporcionalidad, estabilidad u otra. A futuro, el cambio podría sustentar una reclamación adicional para las Demandantes. Pero el alcance de la discrecionalidad

---

<sup>866</sup> **C-0163**, Reporte CNE 2012, p. 6.

<sup>867</sup> Cl. Mem. ¶ 481(i); Cl. PHB ¶ 202.

<sup>868</sup> **RW-0002**, Segunda Declaración Testimonial de Ayuso, ¶¶ 65 a 82; Alegato de Apertura del Demandado, Día 2/140, en alusión a los borradores de julio y diciembre del RD 413/2014 y de las presentaciones realizadas con respecto a estos borradores por APPA, AEE y otros.

<sup>869</sup> Cl. Mem. ¶ 481(ii); Informe de Compass, ¶¶ 96 y 137-138 y nota al pie 86.

<sup>870</sup> Cl. Mem. ¶ 481(iii); Informe de Compass, ¶ 96; Cl. PHB ¶¶ 203-211.

<sup>871</sup> Cl. PHB ¶¶ 203-211, en donde se hacen planteos relativos a la actual inestabilidad como parte de la sección 7 del EPA, intitulada “La reforma española carecía – y todavía carece – de transparencia” [Traducción del Tribunal]. La reclamación relativa a la actual inestabilidad ya ha sido analizada en la Sección E *supra*.

emanado de las Medidas en Disputa, aunque constituya una causa de preocupación legítima para las Demandantes, no proporciona un fundamento sólido para dicho reclamo como anticipación al cambio. La misma cuestión aplica con respecto a los impactos de revisiones futuras del Pago Especial, con inclusión del diferencial permitido y el marco de tiempo aplicable<sup>872</sup>. A futuro, las Demandantes podrían gozar de un motivo válido para formular una reclamación, incluso considerando que los cambios adicionales en el sistema de retribución implican que las medidas adoptadas por el Demandado tienen un impacto más desproporcionado en sus Inversiones que lo que el Tribunal ha identificado; pero el Tribunal no considera que el enfoque actual de los futuros cambios sirva como fundamento para una reclamación a esta altura. Cualquier cambio futuro en la retribución recibida por las plantas de las Demandantes podría, al fin y al cabo, resultar beneficioso en todo o en parte, y no exclusivamente dañino, tal como sugieren ahora las Demandantes (aunque no lo han probado)<sup>873</sup>, y su legalidad deberá de todas maneras ser evaluada a la luz de las circunstancias imperantes en ese entonces.

663. En cuanto a la alegación de que España negó el acceso a sus informes periciales<sup>874</sup>, ello ya ha sido analizado *supra* en el contexto de la desproporcionalidad. Si se asume que, tal como sugieren las Demandantes, España no respetó las opiniones de dichos peritos a raíz de un desacuerdo respecto del régimen que debía implementarse, no se deduce que haya una falta de transparencia que involucre al Artículo 10(1). Los Estados no tienen la obligación de respetar ni esperar el asesoramiento pericial que hayan contratado, y tampoco de publicar opiniones periciales con las que no está de acuerdo (aunque ello podría ser deseable). No obstante, incluso si un curso de acción no configura una falta de transparencia, el Estado, tal como ya se ha observado, se expone a sí mismo al riesgo de causarle a inversores protegidos impactos no planeados o desproporcionados.

664. En cuanto a la queja de que España ignoró los resultados del informe de marzo de 2012 de la CNE, el Tribunal ya ha determinado que las Demandantes no lo han probado (véase

---

<sup>872</sup> Cl. Mem. ¶¶ 481(iv) y (v).

<sup>873</sup> Véase, por ejemplo, Cl. PHB ¶¶ 203-211; cf. Resp. PHB ¶¶ 181-184.

<sup>874</sup> Cl. Mem. ¶ 481(ii); **C-0111**, “*El Gobierno aprobó el recorte a las renovables sin informe técnico*”, Nota de Prensa de Expansión, 13 de marzo de 2015.

Sección D *supra*). En cuanto a la cuestión de que se basó en el informe de la CNE de 4 de septiembre de 2013<sup>875</sup>, el Tribunal entiende que la referencia planteada en dicho informe relativa a la presencia de “*grandes incertidumbres para su aplicación [del nuevo régimen] a las aproximadamente 60.000 instalaciones existentes, ya que su aplicación depende de una serie de parámetros estándar que serán definidos en la orden de desarrollo del real decreto*” resulta del hecho de que el informe se realizó con anterioridad a la emisión de la Orden IET 1045/2014<sup>876</sup>. En la misma página de dicho informe, la CNE sostuvo que: “*La nueva metodología podría asegurar una rentabilidad razonable en la medida en que ofrece una retribución adicional a las instalaciones durante su vida útil, lo cual igualaría el terreno de juego para que puedan participar en el mercado percibiendo asimismo la señal del precio del mercado sin distorsiones*”. No pareciera a entender del Tribunal que está señalando un defecto en el RDL 9/2013 independientemente de la Orden que estaba pendiente.

665. Es correcto que, en el informe de la CNE, se observó que “*con el trámite de urgencia con el que se plantea la consulta ... no se garantiza la participación efectiva de los distintos agentes involucrados*”, pero no obstante, tanto la APPA como la AEE pudieron y en efecto realizaron presentaciones ante la CNE en el contexto de su informe, y no se ha demostrado al Tribunal que las insuficiencias detectadas en el informe de la CNE no fueron abordadas en la posterior consulta que antecedió a la adopción del RD 413/2014 y la Orden IET 1045/2014.
666. En conclusión, el Tribunal determina que no hay falta de transparencia suficiente para establecer que se incumplió el Artículo 10(1) del TCE.

---

<sup>875</sup> Cl. Reply ¶¶ 602 y 604; Cl. Skeleton ¶¶ 82 y 85; C-0123, Informe 18/2013 de la CNE, p. 6.

<sup>876</sup> Cf. Cl. Reply ¶ 604.

## H. VIOLACIÓN DE LA CLÁUSULA PARAGUAS

### (1) Las Posiciones de las Partes

#### a. *La Posición de las Demandantes*

667. Las Demandantes sostienen que el Demandado violó la cláusula paraguas establecida en el Artículo 10(1) del TCE. Según las Demandantes, “*La redacción en lenguaje sencillo de la Cláusula Paraguas del Artículo 10.1 del TCE no diferencia entre obligaciones contractuales y compromisos legislativos o regulatorios. De hecho... la expresión ‘[a]ny obligations’ en esta Cláusula Paraguas, ‘means not only obligations of a certain type, but ‘any’ – that is to say, all – obligations entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party’*”<sup>877</sup>.
668. Por lo tanto, la cláusula paraguas puede abarcar “*obligaciones asumidas con un inversor o su inversión [que] pueden considerarse incluidas dentro de la Cláusula Paraguas, con independencia de su fuente (contractual o de otro tipo), siempre que el Estado receptor haya asumido específicamente un compromiso como deudor, y siempre que haya un claro obligado ...*”<sup>878</sup>. Se sostiene que ello fue confirmado por los tribunales de *Eureka c. Polonia*, *Plama c. Bulgaria*, *Enron c. Argentina*, *LG&E c. Argentina*, *El Paso c. Argentina*, *SGS c. Pakistán*, *Bureau Veritas c. Paraguay* y *Sempra Energy International*

---

<sup>877</sup> Cl. Mem. ¶¶ 498-499; **CL-0062**, *Eureka B. V. c. La República de Polonia*, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Fondo de 19 de agosto de 2005 (en adelante “*Eureka*”), ¶ 246; véase también **CL-0051**, *Plama*, ¶ 186 (“la redacción de esta cláusula [Paraguas] en el Artículo 10(1) del TCE es de alcance amplio puesto que se refiere a ‘cualquier obligación’. Un análisis del sentido corriente del término sugiere que se refiere a cualquier obligación independientemente de su naturaleza, es decir, contractual o legislativa” [Traducción del Tribunal]); **CL-0061**, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (Publicaciones de las Naciones Unidas, 1998), p. 56; **CL-0058**, Caso relativo a las Pruebas Nucleares (Australia c. Francia), Informe de la CIJ de 1974, Fallo de 20 de diciembre de 1974, ¶ 43 (“Se reconoce ampliamente que las declaraciones realizadas mediante actos unilaterales, relativas a situaciones jurídicas o fácticas, podrían tener el efecto de crear obligaciones jurídicas... Cuando el Estado tiene la intención de realizar una declaración vinculante para sí mismo conforme a sus términos, dicha intención le confiere a la declaración el carácter de compromiso jurídico y el Estado, por ende, debe seguir un curso de acción consistente con la misma” [Traducción del Tribunal]); **CL-0059**, *Caso relativo al Templo Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)*, Informe de la CIJ de 1961, Excepciones Preliminares, Fallo de 26 de mayo de 1961, p. 17; y **CL-0060**, *Caso relativo a la Controversia Fronteriza (Burkina Faso c. República de Mali)*, Informe de la CIJ de 1986, Fallo de 22 de diciembre de 1986, p. 554.

<sup>878</sup> Cl. Reply ¶ 617.

c. *Argentina*<sup>879</sup>. Las Demandantes sostienen que los intentos del Demandado de marcar una diferencia con dichos casos son desacertados<sup>880</sup>.

669. Además, las Demandantes sostienen que el Demandado manipula los casos que cita para respaldar su argumento de que la cláusula paraguas solo aplica dentro del marco de un contrato o un instrumento bilateral similar celebrado entre el Estado y el inversor<sup>881</sup>. Las Demandantes sostienen que el caso *Noble Ventures c. Rumania* se sacó fuera de contexto puesto que “*el caso ante el tribunal de Noble Ventures está precisamente limitado a las obligaciones contractuales*”<sup>882</sup>. Se sostiene que los laudos de *SGS c. Pakistán* y *SGS c. Filipinas* “*reconocen que las cláusulas paraguas pueden cubrir obligaciones distintas de las derivadas de acuerdos contractuales*”<sup>883</sup>. También se sostiene que el tribunal de *AES Summit c. Hungría* “*no [contiene] pronunciamiento alguno sobre el ámbito de obligaciones que entrarían dentro de la protección de la Cláusula Paraguas*”, mientras que el laudo del caso *Charanne* “*no contiene discusión alguna sobre la Cláusula Paraguas en el TCE ni el caso incluye ninguna reclamación por incumplimiento de la Cláusula Paraguas*”<sup>884</sup>. Por último, se sostiene que el pasaje de la Guía del TCE<sup>885</sup> que cita el Demandado es “*un extracto de una sección dedicada precisamente a los contratos de inversión ... Nada dice sobre los tipos de obligaciones cubiertos por el artículo 10(1)*

---

<sup>879</sup> Cl. Mem. ¶¶ 499 y 503-508; **CL-0062**, *Eureko*, ¶ 246; **CL-0051**, *Plama*, ¶ 186; **CL-0025**, *Enron*; **CL-0039**, *LG&E*; **CL-0065**, *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción de 27 de abril de 2006; **CL-0066**, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. La República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción de 6 de agosto de 2003 (en adelante “*SGS c. Pakistán, Decision sobre Excepciones a la Jurisdicción*”), ¶ 166; **CL-0064**, *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. La República de Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción de 29 de mayo de 2009; **CL-0048**, *Sempra Energy International c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo de 28 de septiembre de 2007 (en adelante “*Sempra*”).

<sup>880</sup> Cl. Reply ¶¶ 614-615.

<sup>881</sup> Cl. Reply ¶¶ 605 y 608.

<sup>882</sup> **RL-0026**, *Noble Ventures, Inc. c. La República de Rumania*, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo de 12 de octubre de 2005 (en adelante “*Noble Ventures*”), ¶ 51.

<sup>883</sup> **CL-0066**, *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, ¶ 166; **CL-0139**, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. La República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción de 29 de enero de 2004, ¶ 121.

<sup>884</sup> Cl. Reply ¶ 616.

<sup>885</sup> **RL-0053**, Guía del Tratado sobre la Carta de la Energía, junio de 2002 (en adelante “*Guía del TCE*”), p. 26.



*in fine: sin duda no pretende limitar la fuente de obligaciones cubiertas por esta disposición exclusivamente a las de tipo contractual*<sup>886</sup>.

670. Sobre la base de lo que antecede, las Demandantes sostienen que:

- a) Mediante el RD 661/2007 (Artículo 44(3)) y el RD 1614/2010 (Artículos 4 y 5(3)) *“España reconoció expresamente la aplicación de la Tarifa Regulada a las instalaciones de ER durante toda su vida operativa y sostuvo ante los inversores que las instalaciones existentes no se verían afectadas por ninguna revisión de las tarifas”*,<sup>887</sup> y que el Demandado incluso *“asumió un compromiso específico con los productores eólicos mediante el Acuerdo formalizado en julio de 2010, con el cual ... el Gobierno acordó reconocer la aplicación del régimen económico del RD 661/2007 y la estabilización de la Tarifa Regulada”*<sup>888</sup>. Las Demandantes rechazan la posición del Demandado de que los compromisos contenidos en el RD 661/2007 y el RD 1614/2010 no eran de aplicación a la luz de las nuevas circunstancias macroeconómicas o en situaciones de sobre-retribución puesto que *“no hubo ‘sobre-retribución’ y España no arribó a esa conclusión ex ante”* [Traducción del Tribunal], y la referencia a nuevas circunstancias macroeconómicas constituye un intento de plantear una excepción de caso de fuerza mayor, la cual no prospera<sup>889</sup>.
- b) A través de la inscripción en el RAIPRE, el Demandado *“suscribió obligaciones claras respecto a todas las inversiones de RWE”*. Según las Demandantes, la inscripción en el RAIPRE *“es un acto administrativo favorable que incluye una obligación para el Estado español más vinculante que una obligación incluida en un contrato bilateral entre un inversor y el Estado”*<sup>890</sup>. Las Demandantes sostienen que el RAIPRE fue *“firmado, sellado y remitido por España dirigido directamente*

---

<sup>886</sup> Cl. Reply ¶¶ 608-613 y 614-616.

<sup>887</sup> Cl. Mem. ¶ 510.

<sup>888</sup> Cl. Mem. ¶ 512.

<sup>889</sup> Cl. Skeleton ¶ 88.

<sup>890</sup> Cl. Reply ¶ 620.

a RWE. Ello confirmaba que las instalaciones de RWE tenían derecho al 'régimen económico' establecido en el RD 661/2007”<sup>891</sup>.

b. *La Posición del Demandado*

671. El Demandado sostiene que la reclamación de la cláusula paraguas debería desestimarse puesto que “*ni la Demandante como inversora, ni la inversión de la Demandante tienen amparo en la cláusula paraguas del TCE, al no haber contraído el Reino de España con ellos, vis a vis, compromisos específicos para petrificar el régimen del RD 661/2007 a su favor*”<sup>892</sup>.
672. Según el Demandado, puesto que la última oración del Artículo 10(1) del TCE emplea el término “*contraído*”, la correcta interpretación de la cláusula paraguas del Artículo 10(1) consiste en que esta solo resulta de aplicación a “*obligaciones específicas, bilaterales, asumidas por el Estado respecto a un inversor mediante un compromiso expreso, inequívoco e individualizado para cada inversor o inversión. Ello implica la formalización o la firma (entered into) de un contrato o instrumento bilateral...*”<sup>893</sup>.
673. En respaldo de su interpretación, el Demandado cita los siguientes casos: *Noble Ventures c. Rumania*<sup>894</sup>, *SGS c. Filipinas*<sup>895</sup>, *AES Summit c. Hungría*<sup>896</sup>, así como la Guía del TCE<sup>897</sup>.
674. El Demandado sostiene que los casos citados por las Demandantes en respaldo de su interpretación no son aplicables. Según el Demandado, (i) el tribunal de *Eureko B.V. c. Polonia* “*no interpreta que ‘cualquier obligación’ se refiere a obligaciones distintas de*

---

<sup>891</sup> Cl. Skeleton ¶ 89; Véase **C-0015**, Fragmentos de los certificados del RAIPRE relativos a las instalaciones. Los certificados del RAIPRE fueron emitidos a pedido por el Ministerio. Los certificados del RAIPRE fueron emitidos por las Comunidades Autónomas para certificar una inscripción en el Régimen Especial de una instalación.

<sup>892</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1039.

<sup>893</sup> Resp. Rej. ¶ 1056.

<sup>894</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1016; **RL-0026**, *Noble Ventures*, ¶ 51.

<sup>895</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1017; **RL-0024**, *Société Générale de Surveillance SA c. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción de 29 de enero de 2004, ¶ 166.

<sup>896</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1021; **RL-0039**, *AES Summit*, Laudo.

<sup>897</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1019; **RL-0053**, Guía del TCE, p. 26.

*las nacidas de un contrato*”<sup>898</sup>; (ii) el criterio establecido en *LG&E c. Argentina* y *Enron c. Argentina* ha sido refutado por otros laudos, tales como *El Paso c. Argentina*, en el que se decidió que debe haber un compromiso de inversión para que se aplique la cláusula paraguas (tal como se decidiera asimismo en *CMS c. Argentina*)<sup>899</sup>.

675. El Demandado sostiene que no ha asumido obligaciones con las Demandantes a los fines del Artículo 10(1).

a) El RD 661/2007 y el RD 1614/2010 por lo general resultan de aplicación, pero no se aplican a las Demandantes o sus inversiones (tal como confirmara el laudo *Isolux*)<sup>900</sup>. El RD 661/2007 “*no contenía específicos compromisos: (i) ni de inmutabilidad del régimen retributivo frente a nuevas circunstancias macroeconómicas o ante situaciones de sobre-retribución; y (ii) ni de inmutabilidad de las medidas no económicas*”<sup>901</sup>. El laudo *Charanne* confirmó “*la inexistencia de un compromiso de petrificación del régimen del RD 661/2007*”<sup>902</sup>.

b) La inscripción de las plantas en el RAIPRE no es “*un compromiso del Estado para mantener indefinidamente una rentabilidad futura a todo el Sector ER*”. El Demandado sostiene que resultaría “*absurdo afirmar que las decenas de miles de titulares inscritos y de instalaciones inscritas en el RAIPRE tienen un compromiso vis-a-vis con el Estado*”. Además, el laudo *Charanne* desestimó el argumento de que dicha inscripción podría dar lugar a las expectativas alegadas por las Demandantes<sup>903</sup>.

## (2) El Análisis del Tribunal

676. Conforme a la última oración del Artículo 10(1) del TCE:

---

<sup>898</sup>Resp. C-Mem. ¶ 1029(a); **RL-0043**, *Eureka*, ¶ 258.

<sup>899</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1029(b)-(c); **RL-0041**, *El Paso*, ¶ 533; **RL-0031**, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Anulación de 25 de septiembre de 2007 (en adelante “**CMS, Decisión sobre Anulación**”).

<sup>900</sup> Resp. Skeleton ¶ 71; **RL-0088**, *Isolux*, ¶¶ 771-772.

<sup>901</sup> Resp. Rej. ¶ 1070.

<sup>902</sup> Resp. Rej. ¶ 1071; **RL-0049**, *Charanne*, ¶¶ 510 y 511.

<sup>903</sup> Resp. Rej. ¶¶ 1074-1076.

“Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante”.

677. La cuestión fundamental que el Tribunal debe analizar consiste en si esta protección requiere alguna forma específica de obligación consensual para que se aplique. El Tribunal considera que sí aplica, tal como se deduce del sentido corriente de la expresión “obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores ...”. Si bien esta disposición controvertida no resulta idéntica al Artículo 10(1) del TCE (es más amplia)<sup>904</sup>, el Tribunal está convencido del análisis de la expresión “*contraído*” del Comité Ad Hoc de *CMS c. Argentina*, que se reproduce a continuación:

“En cuanto señala ‘los compromisos que hubiera *contraído* con respecto a las inversiones’, parece claro que el Artículo II(2)(c) se refiere a obligaciones consensuales que derivan independientemente del propio TBI (*i.e.* conforme al derecho del Estado receptor o posiblemente al derecho internacional). Más aún, debe tratarse de obligaciones específicas relativas a la inversión. Estas no comprenden requisitos generales impuestos por el derecho del Estado receptor”<sup>905</sup>.

678. El Tribunal considera que este análisis aplica aún más en el contexto de la redacción del TCE, en el que la obligación debe haberse “*contraído*” en contraste con “*contraído con respecto a*” un inversor o una inversión. Así, resulta más evidente la existencia de un nexo consensual directo.

679. Las Demandantes no han señalado forma alguna de obligación consensual que involucre a la cláusula paraguas del Artículo 10(1). Las disposiciones de derecho español en las que se basan las Demandantes (Artículo 44(3) del RD 661/2007 y Artículos 4 y 5(3) del RD 1614/2010) no califican como tales, y, del mismo modo, tampoco los certificados de inscripción en el RAIPRE de las plantas individuales. Mientras que estos fueron en efecto firmados, sellados y remitidos por España dirigidos directamente a las instalaciones de RWE, el Demandado está en lo correcto, en opinión del Tribunal, sobre que dichos certificados no constituyen un compromiso del Gobierno para mantener indefinidamente

---

<sup>904</sup> El Artículo II(2)(c) del TBI Argentina-EE. UU. establece que “Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”.

<sup>905</sup> **RL-0031**, *CMS*, Decisión sobre Anulación, ¶ 95(a).

una futura tasa de rentabilidad. La naturaleza de las obligaciones jurídicas involucradas como una cuestión de inscripción ante el RAIPRE es una cuestión de derecho español, y las Demandantes no han logrado probar que, como cuestión de dicho ordenamiento jurídico, las obligaciones consensuales fueron contraídas por España. Las Demandantes también hacen alusión al “acuerdo” de julio de 2010 pero, incluso asumiendo a favor de las Demandantes que esto generó obligaciones consensuales que estaban vigentes durante el período 2013-2014 (lo cual el Tribunal no acepta), el “acuerdo” no fue “*contraído*” por las Demandantes o sus Inversiones.

680. Por consiguiente, este aspecto de la reclamación no prospera.

## VII. REPARACIÓN

### A. RESTITUCIÓN

#### (1) Las Posiciones de las Partes

##### a. *La Posición de las Demandantes*

681. La reparación principal pretendida por las Demandantes es la restitución de parte de España mediante (i) la desestimación de todas las Medidas en Disputa y (ii) la ubicación de las Demandantes en el mismo marco jurídico y regulatorio que existió conforme a la última regulación del Régimen Especial, el RD 661/2007. Además, el Demandado debe indemnizar a las Demandantes por los daños causados por el cambio del régimen regulatorio. Las Demandantes se reservan el derecho de valorar dichas pérdidas si el Tribunal decide ordenar la restitución<sup>906</sup>.

682. Según las Demandantes, como resultado de los incumplimientos del Demandado del Artículo 10 del TCE, las Demandantes tienen derecho a una reparación conforme a los principios de derecho internacional consuetudinario, tal como se encuentra codificado en los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI de 2001<sup>907</sup>. La reparación debe

---

<sup>906</sup> Cl. Mem. ¶ 523.

<sup>907</sup> Cl. Mem. ¶¶ 518-519; **CL-0018**, Artículos de la CDI de 2001; y **CL-0021**, J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002), p. 60.

“*hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho*”<sup>908</sup>. Las Demandantes sostienen que, en virtud de los principios codificados en los Artículos 1, 28, 34, 35 y 36 de los Artículos de la CDI de 2001, España tiene la obligación de restituir o, en subsidio, indemnizar a las Demandantes por los hechos internacionalmente ilícitos que hubiere cometido y restaurar la situación en la que las Demandantes se habrían encontrado de no haber sido por el obrar de España<sup>909</sup>. Según las Demandantes, el Demandado no ha objetado la aplicación de los Artículos de la CDI de 2001 y los principios allí consagrados<sup>910</sup>.

683. En síntesis, las Demandantes pretenden la restitución o, en subsidio (si el Tribunal cree que la restitución no es posible en términos materiales o resulta desproporcionada)<sup>911</sup>, las Demandantes pretenden una indemnización por los daños causados por las Medidas en Disputa<sup>912</sup>.

**b. La Posición del Demandado**

684. El Demandado sostiene que las Demandantes no tienen derecho a ninguno de los tipos de reparación (restitución o indemnización) puesto que (i) el régimen regulatorio actual todavía ofrece una rentabilidad razonable, tal como que se ha ofrecido desde 1997, y (ii) el Demandado no ha incumplido el TCE<sup>913</sup>.

**(2) El Análisis del Tribunal**

685. El Tribunal considera que la reparación debe ordenarse de manera consistente con la premisa básica de que la reparación debe “*hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido*”

---

<sup>908</sup> Cl. Mem. ¶ 520; **CL-0068**, *Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)*, Publicaciones de la CPIJ, Serie A, No. 17, Fallo de 13 de septiembre de 1928 (en adelante “*Fábrica de Chorzów*”), p. 47; Artículo 31 de los Artículos de la CDI de 2001 sobre Responsabilidad del Estado.

<sup>909</sup> Cl. Mem. ¶ 522.

<sup>910</sup> Cl. Reply ¶ 639.

<sup>911</sup> **CL-0018**, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 35.

<sup>912</sup> Cl. Mem. ¶ 524; **CL-0018**, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 36; **CL-0050**, *PSEG*, ¶ 282.

<sup>913</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 1041-1043.

*de no haberse cometido el hecho*”<sup>914</sup>. Puesto que en el presente caso la restitución claramente no resulta procedente, la verdadera cuestión consiste en el monto de la indemnización que debe otorgarse a las Demandantes para garantizar que el Estado “*repar[e] íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito*”, de conformidad con el Artículo 31(1) de los Artículos de la CDI de 2001 sobre Responsabilidad del Estado. El Tribunal ha determinado no solo la existencia de un incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE con respecto a solo algunas plantas de las Demandantes, e, incluso si el incumplimiento fuese tan extensivo como lo sostienen las Demandantes, la restitución obviamente significaría una carga para el Demandado que resultaría desproporcionada respecto del beneficio que importaría para las Demandantes como resultado de la restitución en lugar de la indemnización<sup>915</sup>. Este caso involucra la regulación del Estado que resulta aplicable, por lo general, a un sector muy importante de España, es decir, el sector de las ER, en donde, en contraste, las Demandantes pueden conseguir una reparación plena a través de una indemnización.

## **B. INDEMNIZACIÓN**

### **(1) Las Posiciones de las Partes**

#### **a. La Posición de las Demandantes**

##### **(i) Cálculo Principal**

686. Las Demandantes pretenden una indemnización por los daños causados en ocasión del incumplimiento de España del Artículo 10(1) del TCE por una suma de EUR 415,6 millones<sup>916</sup>.
687. Las Demandantes sostienen que el estándar apropiado para la indemnización por un incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE es el “valor justo de mercado”, específicamente la diferencia entre el valor justo de mercado de las inversiones con y sin las Medidas en Disputa. Las Demandantes sostienen que algunos tribunales han aceptado que el valor justo de mercado es el estándar de indemnización apropiado cuando un

---

<sup>914</sup> **CL-0068**, *Fábrica de Chorzów*, p. 47; Artículos de la CDI de 2001, Artículo 31.

<sup>915</sup> **CL-0018**, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 35(b).

<sup>916</sup> Cl. Reply ¶ 638.

tratado guarda silencio respecto de un valor estándar de indemnización aplicable a incumplimientos distintos a la expropiación<sup>917</sup>. Las Demandantes sostienen, además, que el Demandado no ha objetado expresamente el estándar de valor justo de mercado<sup>918</sup>.

688. Las Demandantes sostienen que el método más apropiado para calcular el valor justo de mercado, en consideración de los hechos de este caso, es el análisis de Descuentos de Flujo de Caja (DCF)<sup>919</sup>. Según el perito de las Demandantes, Compass Lexecon, el método DCF resulta el más adecuado –

“i) Al tratarse de un método prospectivo que establece el valor basándose en flujos de caja futuros previstos, resulta especialmente adecuado para valorar los proyectos de ER, cuyo valor procede de la futura producción de energía prevista y no de la cantidad de dinero invertida históricamente.

ii) Autores principales lo han defendido como un método de valoración preferente de los activos que generan ingresos.

iii) Se trata de un método de análisis de valoraciones ampliamente utilizado. La mayoría de los inversores y propietarios de activos se basan por igual en el análisis de descuento de flujos de caja para decidir si embarcarse en un proyecto o no.

iv) Organizaciones internacionales, como el Banco Mundial, lo consideran un método válido para calcular el valor justo de mercado en litigios de carácter internacional.

v) Se trata de un método de valoración correctamente adaptado para empresas con proyecciones sobre ingresos que se han definido contractualmente, en su totalidad o en parte, como ocurre en el caso de las inversiones de los Demandantes”<sup>920</sup>.

689. Las Demandantes hacen hincapié en que el Tribunal no necesita referirse al derecho interno para determinar el método apropiado para la reparación<sup>921</sup>, que es una cuestión

---

<sup>917</sup> Cl. Mem. ¶¶ 525-526; **CL-0038**, *CMS*, Laudo, ¶¶ 409-410; **CL-0025**, *Enron*, ¶¶ 361-363; **CL-0048**, *Sempra*, ¶¶ 403-404; **CL-0035**, *Azurix Corp. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo de 14 de julio de 2006 (en adelante “*Azurix*”), ¶ 424; **CL-0073**, *Anatolie Stati*, ¶¶ 1460-1461; **CL-0056**, *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration y Production Company c. La República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo de 5 de octubre de 2012, ¶ 708.

<sup>918</sup> Cl. Reply ¶ 639.

<sup>919</sup> Cl. Mem. ¶¶ 539-540; Cl. Reply ¶¶ 659-667.

<sup>920</sup> Cl. Mem. ¶ 541.

<sup>921</sup> **CL-0004**, Artículo 27 de la Convención de Viena; **CL-0018**, Artículos de la CDI de 2001, Artículo 32; **CL-0066**, *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción; **CL-0144**, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo de 24 de julio de 2008; **CL-0146**, *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. el Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo de 18 de mayo de 2010;



que debe determinarse solo en referencia al derecho internacional público y al estándar de valor justo de mercado del TCE. Por ende, las opiniones en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 24 de septiembre de 2012<sup>922</sup> sobre el método DCF no tienen importancia en este sentido<sup>923</sup>.

690. Las Demandantes también sostienen que una valoración realizada mediante un método basado en la inversión, en particular, la “base de activos regulatorios” (RAB) no resulta apropiada puesto que: (i) no hay jurisprudencia relativa a las inversiones-tratados que haya empleado dicho método, (ii) resulta inadecuado valorar las instalaciones de ER, cuyo valor depende fundamentalmente de los flujos de caja regulatorios futuros, y (iii) el método RAB ignora el cambio en el régimen de las ER, y que las Demandantes esperaban un régimen de la FIT para toda la vida operativa de las instalaciones de ER<sup>924</sup>.
691. Compass Lexecon ha desarrollado una valoración DCF de los activos de las Demandantes al 20 de junio de 2014, mediante una comparación del (i) escenario “contrafáctico” y el (ii) escenario “real”. La diferencia entre estos dos escenarios radica en la indemnización que correspondería a las Demandantes por la pérdida de valor de sus inversiones a la fecha de la valoración<sup>925</sup>. El escenario contrafáctico supone que las Medidas en Disputa nunca se implementaron y, por ende, las instalaciones de las Demandantes continúan funcionando durante toda la vida operativa en virtud del Régimen Especial del RD 661/2007. El escenario real desarrolla una valoración con el pleno efecto de las Medidas en Disputa<sup>926</sup>.

---

**CL-0039**, *LG&E*, ¶ 146; **CL-0153**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.*, y *Vivendi Universal S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, y *AWG Group Ltd c. La República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Responsabilidad de 30 de julio de 2010; y **CL-0143**, *GAMI Investments, Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo de 15 de noviembre de 2004; **CL-0131**, *Asian Agricultural Products Ltd. c. La República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Definitivo de 27 de junio de 1990.

<sup>922</sup> **R-0147**, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012, Recurso Ordinario Núm. 60/2011, Fundamento de Derecho Sexto.

<sup>923</sup> Cl. Reply ¶ 651.

<sup>924</sup> Cl. Reply ¶¶ 708-719. Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶¶ 239-240. Véase también Alegato de Apertura de las Demandantes, Día 1/232-234.

<sup>925</sup> Cl. Mem. ¶ 531.

<sup>926</sup> Cl. Mem. ¶ 531.

692. Las Demandantes sostienen que la fecha correcta para el cálculo del DCF es el 20 de junio de 2014 tras el test de “privación irreversible” en los casos de expropiación indirecta, que ha sido adoptado por distintos tribunales en casos no relacionados con expropiaciones<sup>927</sup>. Según las Demandantes, en aquellos casos en los que hubo una expropiación indirecta derivada de una serie de medidas, la fecha apropiada para determinar la responsabilidad y valorar los daños debería ser aquella en la que culminan todos los sucesos en lugar de la fecha del acaecimiento del primer suceso<sup>928</sup>. Se sostiene que la fecha correcta para la valoración es el 20 de junio de 2014 puesto que (i) España publicó la Orden IET/1045/2014, mediante la que finalmente definió los parámetros del Nuevo Régimen, y que (ii) el Régimen Transitorio posterior a la entrada en vigor del Nuevo Régimen no permitiría a las Demandantes valorar sus inversiones con un nivel de certeza razonable y, por ello, la valoración realizada durante dicho período sería artificial<sup>929</sup>, y (iii) la Orden IET/1045/2014 representó el acto final de un retroceso parlamentario de dos años en contra de las ER que redujo en un 56% el valor de las Inversiones de las Demandantes<sup>930</sup>.
693. Además, Compass Lexecon ha utilizado dos métodos al efectuar el análisis de descuentos de flujos de caja: (i) un método de flujos de caja libres de la empresa (“**FCFF**”, por sus siglas en inglés), consistente del flujo de efectivo del que dispone la empresa, basado en los ingresos durante el período de vigencia del proyecto, una vez que se han deducido todos los gastos de la explotación, los gastos de capital circulante y capital fijo, descontados a un tipo que refleje el coste de obtención de capital, tanto de fondos propios como de deuda de una empresa similar y (ii) y el método del flujo de caja libre del accionista (“**FCFE**”, por sus siglas en inglés), que también deduce todos los pagos de capital de la deuda neta y de intereses de deuda, descontados a un tipo que refleje el coste de obtención de capital accionarial de un proyecto similar<sup>931</sup>.

---

<sup>927</sup> CL-0035, *Azurix*, ¶¶ 417-418.

<sup>928</sup> Cl. Mem. ¶ 547; CL-0081, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo de 17 de febrero de 2000, ¶ 76.

<sup>929</sup> Declaración de Navarro, ¶¶ 83-84.

<sup>930</sup> Cl. Mem. ¶ 556. Informe de Compass, ¶¶ 22, 29-30 y 219.

<sup>931</sup> Cl. Mem. ¶ 542; Informe de Compass, ¶ 185.

694. En el escenario contrafáctico y en el escenario real, la valoración de Compass Lexecon comprende dos elementos principales: (i) los flujos de caja perdidos de las Demandantes entre el 1 de enero de 2013 (fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2012) y el 20 de junio de 2014 (“**Flujos de Caja Perdidos**”) y (ii) los futuros flujos de caja perdidos al 20 de junio de 2014 (“**Valor Perdido**”)<sup>932</sup>.
695. En aras de calcular los Flujos de Caja Perdidos, Compass Lexecon compara lo que las Demandantes habrían obtenido si no fuera por las Medidas en Disputa y lo que las Demandantes en realidad obtuvieron (utilizando datos reales) con la implementación de las Medidas en Disputa. La diferencia entre los dos escenarios asciende a los flujos de caja históricos perdidos<sup>933</sup>. Este análisis tiene la ventaja de contar con información financiera y operativa real de las plantas eólicas e hidroeléctricas (también denominadas “hidráulicas”) para ese período<sup>934</sup>.
696. Compass Lexecon asume las premisas que se mencionan a continuación para definir el escenario contrafáctico en aras de calcular los Flujos de Caja Perdidos:
- a) La FIT se mantiene en virtud del RD 661/2007 en el escenario contrafáctico, mientras que, en el escenario real, la Prima se ha retirado. En el escenario real, Compass Lexecon asume que a las plantas se les paga de acuerdo con lo que ellos definen como el “**Segundo Marco Regulatorio**”<sup>935</sup> (es decir, con carácter temporal desde el 14 de julio de 2013) hasta el 20 de junio de 2014<sup>936</sup>.

---

<sup>932</sup> Cl. Mem. ¶ 533.

<sup>933</sup> Cl. Reply ¶ 652.

<sup>934</sup> Cl. Mem. ¶ 559; Cl. Reply ¶ 650; Informe de Compass, ¶ 269.

<sup>935</sup> Informe de Compass ¶ 4(a): “El “*Segundo Marco Regulatorio*”, en vigor desde el 1 de enero de 2013 al 13 de julio de 2013, se aplicó por medio de la Ley 15/2012 de 27 de diciembre de 2012 (la “Ley 15/2012”) y el Real Decreto-Ley 2/2013 del 1 de febrero de 2013 (el “RDL 2/2013”). Eliminó ciertas opciones de los incentivos, modificó el mecanismo anual de actualización de los incentivos e introdujo un impuesto del 7,0 % para los ingresos de las centrales energéticas y un impuesto adicional del 2,2 % para los ingresos de las minicentrales hidroeléctricas, impuestos que continúan en vigor”.

<sup>936</sup> Cl. Mem. ¶ 561(i); Informe de Compass, Apéndice D, ¶¶ 271-272.

- b) Las Medidas en Disputa no tienen ningún efecto sobre los MWh reales de la producción<sup>937</sup>.
  - c) En el escenario contrafáctico, no existe la aplicación de un impuesto del 7%, que evidentemente se aplica en el escenario real (lo cual probablemente incrementó el precio del mercado mayorista de la electricidad). Por lo tanto, Compass baja los precios del mercado mayorista un 7% en el escenario contrafáctico para compensar este efecto<sup>938</sup>.
  - d) Los gastos de explotación (“**OPEX**”) son los mismos en el escenario contrafáctico y en el real, a excepción del impuesto del 7% sobre la producción de todos los proyectos eólicos y los impuestos del 7% y 2,2% aplicados al uso de cauces de agua interiores en el caso de las plantas hidroeléctricas, que solo se aplican al escenario real<sup>939</sup>.
  - e) Los gastos de capital (“**CAPEX**”) son los mismos en ambos escenarios<sup>940</sup>.
697. En referencia a lo que antecede, Compass Lexecon ha calculado los Flujos de Caja Perdidos en EUR 8,3 millones<sup>941</sup>.
698. En aras de medir el Valor Perdido al 20 de junio de 2014, Compass Lexecon realiza un pronóstico de los flujos de caja que se prevé generen los activos contrafáctico y, después, calcula la diferencia entre ellos. Esta diferencia representa el impacto de las Medidas en Disputa en las inversiones de las Demandantes<sup>942</sup>.
699. Compass Lexecon calcula el valor neto actual (VNA) de los flujos de caja de las instalaciones eólicas e hidroeléctricas previstos de manera razonable tanto en el caso del

<sup>937</sup> Cl. Mem. ¶ 561(ii); Informe de Compass, Apéndice D, nota al pie 268.

<sup>938</sup> Cl. Mem. ¶ 561(iii); Informe de Compass, nota al pie 74 y Apéndice D ¶¶ 201-202, 274-275 y 280.

<sup>939</sup> Cl. Mem. ¶ 561(iv); Informe de Compass, ¶¶ 201-203 y 274-275.

<sup>940</sup> Cl. Mem. ¶ 561(v); Informe de Compass, ¶ 204, Apéndice D, ¶ 276.

<sup>941</sup> Cl. Reply ¶ 652; Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶¶ 244-245. Compass había calculado los Flujos de Caja Perdidos en el Informe de Compass en EUR 8,5 millones, pero antes corrigió tres errores de menor importancia (i) producción para las plantas energéticas, (ii) coste de las cuotas de acceso, y (iii) pérdidas operativas netas, que supusieron una reducción de los daños (véase Segundo Informe de Compass Lexecon ¶¶ 243-244).

<sup>942</sup> Cl. Reply ¶ 653; Cl. Mem. ¶ 563.

escenario contrafáctico como del escenario real. Compass ha efectuado dos cálculos en ambos escenarios: (i) un cálculo de los flujos de caja libres de la empresa (FCFF)<sup>943</sup> y (ii) un cálculo de los flujos de caja libres de los accionistas<sup>944</sup> (FCFE)<sup>945</sup>. En aras de realizar el cálculo del VNA:

- a) Se asume que las plantas funcionan hasta el final de su vida técnica, tras la cual se dismantelarían (i) 20 años en el caso de las plantas eólicas y (ii) de entre 25 y 40 años en el caso de las plantas hidroeléctricas, tanto en el escenario real como en el contrafáctico<sup>946</sup>.
- b) En el escenario contrafáctico, los ingresos se calculan como producto de la producción de electricidad (basándose en el último plan de negocio de Aersa antes de las Medidas en Disputa) y la remuneración unitaria. Para ello, las opciones de prima y tarifa regulada se prevén usando la previsión más reciente del dato de inflación para España publicado por el Fondo Monetario Internacional (FMI) menos un 0,5% y asume que las plantas siempre se decantarán por la alternativa que reporte el máximo pago esperado. En el caso del escenario real, Compass Lexecon calcula los ingresos como la suma de la amortización de la inversión y de los ingresos recibidos del mercado mayorista, ya que las plantas no reciben ningún pago de explotación. En el escenario real, Compass Lexecon ha tenido en cuenta además el pago de “reembolso” previsto para devolver los ingresos cobrados durante el Periodo Transitorio a mayores de los ingresos que correspondían a las plantas en el marco del Tercer Período Regulatorio. Como parte de los ingresos, Compass Lexecon ha tenido en cuenta también los ingresos de la energía reactiva<sup>947</sup>.

---

<sup>943</sup> Cl. Mem. ¶ 564. Dicho cálculo mide el valor de una empresa sumando los flujos de caja que la empresa espera generar en el futuro, descontados a una tasa que refleje el coste de oportunidad que representa para la empresa la inversión en el/los proyecto/s

<sup>944</sup> Cl. Mem. ¶ 564. Dicho cálculo contabiliza los flujos de caja disponibles para los accionistas tras haber deducido todos los pagos del principal más intereses de la deuda, descontados a una tasa que refleje el coste de obtención de capital para un proyecto similar.

<sup>945</sup> Cl. Mem. ¶¶ 563-564; Informe de Compass, ¶ 185.

<sup>946</sup> Cl. Mem. ¶ 565; Informe de Compass, ¶¶ 43 y 191.

<sup>947</sup> Cl. Mem. ¶ 565; Informe de Compass, ¶¶ 195-198.

- c) Compass Lexecon ha previsto los precios al contado para el periodo 2014-2017 en el Escenario Real utilizando los contratos de futuros negociados en OMIP, el Operador de Mercado Ibérico de Energía<sup>948</sup>. Más tarde, presume que los precios convergerán con los costes variables de los generadores con turbina de gas de ciclo combinado en 2025 y que, a partir de entonces, los precios se incrementarán al tipo de la inflación. En el caso del Escenario Contrafáctico, Compass emplea los mismos precios, pero ajustándolos para reflejar el efecto del impuesto del 7%<sup>949</sup>.
- d) Hasta 2019, Compass emplea las previsiones del FMI respecto a la inflación. Después de 2019, al no disponer de previsiones del FMI, Compass utiliza el tipo de inflación objetivo del Banco Central Europeo, fijado en un 2%<sup>950</sup>.
- e) Los gastos de explotación son los mismos en ambos escenarios y se han ajustado de acuerdo con la inflación, a excepción de la tasa de acceso a la red. Sin embargo, en el Escenario Real, Compass ha tenido en cuenta también el impuesto del 7% que se impone a la producción de electricidad y el impuesto del 2,2% sobre el uso de cauces de aguas interiores en el caso de instalaciones hidroeléctricas<sup>951</sup>.
- f) Compass Lexecon se basa en los pronósticos de gastos de Aersa hasta 2023 para los gastos de capital. Luego, mantiene un nivel estable de gastos de capital para cada proyecto, hasta el fin de su vida útil<sup>952</sup>.
- g) El valor de toda la amortización de deuda programada se calcula al coste de deuda de la empresa, de un 5,79%. Compass Lexecon también asume que no habrá más emisión de deuda<sup>953</sup>.

---

<sup>948</sup> CLEX-104, OMIP, Futuros de la Electricidad española al 20 de junio de 2014.

<sup>949</sup> Cl. Mem. ¶ 565; Informe de Compass, Apéndice D, ¶¶ 279-280.

<sup>950</sup> Cl. Mem. ¶ 565; Informe de Compass, Apéndice E, ¶ 278.

<sup>951</sup> Cl. Mem. ¶ 565; Informe de Compass, ¶¶ 202 y 274.

<sup>952</sup> Cl. Mem. ¶ 565; Informe de Compass, ¶ 204.

<sup>953</sup> Cl. Mem. ¶ 565; Informe de Compass, ¶ 205.

- h)* El impuesto de sociedades de las inversiones de las Demandantes es del 30%, fijado por ley vigente a la fecha de la valoración<sup>954</sup>.
- i)* La tasa de retorno en el escenario real es del 7,398% durante el primer periodo regulatorio. Para los períodos de programación siguientes, Compass Lexecon ha utilizado la rentabilidad media a un año de los bonos soberanos españoles a diez años, del 3,79% más 300 puntos básicos, con lo cual se obtiene una tasa de rentabilidad antes de impuestos del 6,79%<sup>955</sup>.
700. Compass Lexecon luego calcula el factor de descuento en el método de flujos de caja libres de la empresa, y descuenta los flujos de caja libres esperados usando el coste de capital medio ponderado (“**WACC**”, por sus siglas en inglés), un tipo que representa el coste de obtención de deuda y de capital en el sector y la ubicación correspondientes<sup>956</sup>.
701. El Modelo de Precios de Activos de Capital (“**CAPM**”, por sus siglas en inglés)<sup>957</sup> se utiliza entonces para calcular el coste del capital. El coste del capital se calcula empleando los parámetros estándar de una tasa libre de riesgo, el " $\beta$ " (beta), la prima de riesgo del mercado y la prima de riesgo del país<sup>958</sup>: Compass Lexecon utiliza una tasa sin riesgo del 1,61%<sup>959</sup>, un  $\beta$  del 0,76<sup>960</sup>, una prima del riesgo del mercado del 5%<sup>961</sup>, y una prima de riesgo del país del 2,18%<sup>962</sup>, que se emplean entonces en la ecuación CAPM estándar para obtener una tasa de descuento del 7,61%<sup>963</sup>.
702. Con respecto al costo de la deuda, Compass Lexecon calcula una prima por riesgo sectorial del 2% y utiliza la misma tasa sin riesgo y prima por riesgo del país que emplea

---

<sup>954</sup> Cl. Mem. ¶ 565; Informe de Compass, ¶ 208.

<sup>955</sup> Cl. Mem. ¶ 565; Informe de Compass, Apéndice D, ¶¶ 287-288.

<sup>956</sup> Cl. Mem. ¶ 566.

<sup>957</sup> **CL-0079**, M. Kantor, Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence (Kluwer Law International, 2008), p. 163.

<sup>958</sup> Cl. Mem. ¶¶ 566-567.

<sup>959</sup> Informe de Compass, Apéndice C, ¶ 248.

<sup>960</sup> Informe de Compass, Apéndice C, ¶ 251.

<sup>961</sup> Cl. Mem. ¶ 567(i); Informe de Compass, Apéndice C, ¶ 249.

<sup>962</sup> Cl. Mem. ¶ 567(iv); Informe de Compass, Apéndice C, ¶ 259; Informe de Compass, Apéndice C, ¶¶ 260 y 261.

<sup>963</sup> Informe de Compass, Apéndice C, Tabla 11.

para calcular el coste del capital, con el resultado de un coste de deuda antes de impuestos del 5,79% o un coste de deuda después de impuestos del 4,05% (en euros)<sup>964</sup>.

703. En el caso del método de flujos de caja de los accionistas, la tasa de descuento viene representada sencillamente por el coste del capital, que se calcula de acuerdo con la metodología descrita anteriormente (tasa de descuento del 7,61%)<sup>965</sup>.
704. Las Demandantes solicitan asimismo al Tribunal que fije intereses anteriores y posteriores al laudo. Las Demandantes sostienen que el marco comparativo adecuado para calcular el interés se encuentra establecido en el Artículo 13 del TCE, que establece que el interés debe calcularse “*según un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado, desde la fecha de la expropiación hasta la del pago*”. Las Demandantes sostienen que este Artículo también aplica a la evaluación de los daños y perjuicios derivados de los quebrantamientos del TCE que no constituyan una expropiación<sup>966</sup>.
705. Las Demandantes sostienen que los intereses anteriores y posteriores al laudo deberían otorgarse a un tipo capitalizados mensualmente del 7,61%<sup>967</sup>.
706. En el Memorial, las Demandantes sostienen que, en aras de obtener una reparación plena, los daños y perjuicios deberían incluir un gross-up superior a la suma concedida por impuestos, y se reservaron los derechos de proponer una cifra para el gross-up en una etapa posterior puesto que no resultaba claro en qué ejercicio fiscal se dictaría el laudo<sup>968</sup>. En su Réplica, las Demandantes incluyeron un cálculo del tax gross-up por una suma de EUR 55,9 millones o 15,5%. Este cálculo es el siguiente: (i) RWE Aersa es la destinataria de cualquier potencial indemnización; (ii) un tipo de impuesto de las sociedades del 25%; (iii) que el laudo se dicta en 2018; y (iv) las ganancias de explotación netas del 2018 en EUR 192,1 millones<sup>969</sup>.

---

<sup>964</sup> Informe de Compass, Apéndice C, ¶ 265.

<sup>965</sup> Informe de Compass, Apéndice C, ¶ 243.

<sup>966</sup> Cl. Mem. ¶ 571.

<sup>967</sup> Cl. Mem. ¶¶ 575-578.

<sup>968</sup> Cl. Mem. ¶ 579.

<sup>969</sup> Cl. Reply ¶¶ 638 y 731-735.



707. En síntesis, las Demandantes sostienen que sus daños y perjuicios se calcularon correctamente en EUR 267,7 millones<sup>970</sup> (con exclusión del interés y del tax gross-up) en virtud del método de flujos de caja libres de la empresa (FCFF), o EUR 263,7 millones<sup>971</sup> (sin incluir intereses ni el tax gross-up) en virtud del método del flujo de caja libre del accionista (FCFE)<sup>972</sup>.
708. Compass Lexecon capitaliza los daños sufridos por las Demandantes en virtud del método FCFF al tipo anterior al laudo de 7,61% para alcanzar la cifra capitalizada de daños de EUR 359,7 millones<sup>973</sup>. Además, con inclusión del cálculo del tax gross-up de EUR 55,9 millones o 15,5%, el monto indemnizatorio total asciende a EUR 415,6 millones<sup>974</sup>.
709. Las Demandantes sostienen que la indemnización pretendida no resulta especulativa puesto que las expectativas de las Demandantes no estaban limitadas a una rentabilidad razonable. Además, incluso si el Tribunal determinase que de hecho estuvieron limitados por el concepto de una rentabilidad razonable, las Demandantes no han recibido (y no recibirán) una rentabilidad razonable en virtud del Nuevo Régimen. Por lo tanto, España todavía sería responsable y tendría que indemnizar a las Demandantes por las pérdidas que sufrieron<sup>975</sup>.

(ii) **Reclamación alternativa en referencia a la rentabilidad razonable**

710. En el supuesto de que el Tribunal determine que las expectativas de las Demandantes estuvieron limitadas a una rentabilidad razonable, las Demandantes sostienen que todavía sufren pérdidas, y han calculado el valor justo de mercado de sus inversiones con y sin las Medidas en Disputa dentro de un paradigma de rentabilidad razonable<sup>976</sup>.

---

<sup>970</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 44 y Sección VI.4.

<sup>971</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 45 y Sección VI.4.

<sup>972</sup> Cl. Reply ¶ 637.

<sup>973</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 258.

<sup>974</sup> Cl. Reply ¶ 638; Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 259.

<sup>975</sup> Cl. Reply ¶ 648.

<sup>976</sup> Cl. Reply ¶ 724.

711. Para esta valoración alternativa, Compass Lexecon asume que el único derecho que asiste a las plantas de las Demandantes es el de obtener la rentabilidad que la CNE consideró razonable cuando España implementó el RD 661/2007, es decir, 8,2%-11,2% después de impuestos<sup>977</sup>. Esta rentabilidad se aplica a las instalaciones modelo definidas en virtud del Nuevo Régimen que España ha asignado a las instalaciones de las Demandantes<sup>978</sup>.
712. Compass Lexecon efectúa este cálculo mediante dos métodos: (i) el enfoque de la FIT Alternativa Hipotética<sup>979</sup> y (ii) el criterio de Pago por Capacidad Alternativo Hipotético<sup>980</sup>, mediante la aplicación de un método DCF<sup>981</sup>.
713. En virtud del enfoque de la FIT Alternativa Hipotética, las pérdidas ascienden a EUR 320,5 millones con el método FCFF, y a EUR 311,2 millones con el método FCFE<sup>982</sup>. En virtud del criterio de Pago por Capacidad Alternativo Hipotético, las pérdidas ascienden a EUR 261,5 millones en virtud del método FCFF, y a EUR 254,7 millones con el método FCFE<sup>983</sup>. Estas cifras resultan tras la deducción de impuestos e intereses<sup>984</sup>.

**b. La Posición del Demandado**

714. El Demandado sostiene que las Demandantes no tienen derecho a reparación alguna. No obstante, el Demandado sostiene asimismo sus propias valoraciones alternativas en el

---

<sup>977</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶¶ 7, 47 y 256.

<sup>978</sup> Cl. Reply ¶ 725.

<sup>979</sup> Compass Lexecon calcula los valores alternativos de la Tarifa Regulada del RD 661/2007 y la Prima que aplicarían a las instalaciones eólicas e hidroeléctricas de las Demandantes desde el 1 de enero de 2013, sobre la base del concepto de “rentabilidad razonable”. Los valores de la Tarifa Regulada y la Prima son fijos de modo tal que “*los rendimientos esperados de las Plantas de los Demandantes de acuerdo con el RD 661/2007 están en línea con los rendimientos considerados razonables por el regulador ... de conformidad con la norma de rendimiento razonable de la CNE definida en 2007*”, Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 96.

<sup>980</sup> Compass Lexecon calcula la indemnización asumiendo que el Gobierno reemplazó el sistema FIT “*con un pago anual fijo por MW de capacidad instalada análogo al pago de la inversión fija definido en el marco regulatorio vigente*”, Segundo Informe de Compass Lexecon, ¶ 251(b).

<sup>981</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, p. 253.

<sup>982</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, p. 254.

<sup>983</sup> Segundo Informe de Compass Lexecon, p. 255.

<sup>984</sup> CL. Reply ¶ 730; Segundo Informe de Compass Lexecon, pp. 254-255.

caso de que el Tribunal determine que goza de jurisdicción, que España incumplió sus obligaciones emanadas del TCE, y que el método DCF es el apropiado en este caso<sup>985</sup>.

715. El Demandado sostiene que los supuestos daños ocasionados a las Demandantes no son indemnizables al ser total y absolutamente especulativos. El Demandado sostiene que “[el] planteamiento [de las Demandantes] oponiendo el distingo entre flujos ‘históricos’ y flujos futuros ignora el elemental concepto de vida útil regulatoria y obvia la consideración conjunta de los flujos de caja, pasados y futuribles, para garantizar la rentabilidad razonable de las inversiones acometidas. En consecuencia, dicho planteamiento debe rechazarse de plano”<sup>986</sup>.
716. El Demandado sostiene que las Demandantes basan su reclamación en una comparación entre el escenario real y contrafáctico, asumiendo que el escenario real se va a mantener durante la próxima década e ignorando los principios de rentabilidad razonable. En este sentido, las Demandantes tratan de predecir “datos como el precio del pool (dependiente del precio del crudo) y la demanda energética. Es por todo ello que la proyección de los parámetros vigentes resulta hipotética e ilusoria”<sup>987</sup>. El dilatado horizonte temporal en el que se efectúa el cálculo, junto con el hecho de que nada garantiza que la retribución quede petrificada en la forma actual (siempre garantizando la rentabilidad razonable), hace especulativo el cálculo de daños realizado<sup>988</sup>.
717. El Demandado se basa en el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España de 24 de septiembre de 2012<sup>989</sup>, en el que, según el Demandado, el Tribunal Supremo sostiene que las extrapolaciones a un futuro tan lejano carecen de seguridad y por ello dichas suposiciones no cumplen con la carga de la prueba. El Demandado sostiene que las suposiciones de Compass Lexecon son las mismas a las que hace referencia el Tribunal Supremo<sup>990</sup>.

---

<sup>985</sup> Cl. Reply ¶ 1082.

<sup>986</sup> Resp. C-Mem. ¶¶ 1049-1051.

<sup>987</sup> Resp. Rej. ¶ 1085.

<sup>988</sup> Resp. Rej. ¶ 1086.

<sup>989</sup> **R-0147**, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012, Fundamento Jurídico Sexto.

<sup>990</sup> Resp. Rej. ¶ 1089.

718. Con respecto al método DCF, el Demandado sostiene que este último no es adecuado puesto que también resulta especulativo. Se sostiene que ambas Partes aceptan que el método DCF no es apropiado en todos los casos, tal como se determinó en el laudo de *Rusoro c. Venezuela*<sup>991</sup>.

719. Según el Demandado, *Ripinsky*<sup>992</sup> ha determinado que el uso del método DCF podría resultar en una sobrevaloración de los impactos financieros sobre la base de sucesos futuros cuando se requiere formular numerosas suposiciones en cuanto al futuro<sup>993</sup>. El Demandado asegura que concurren varias circunstancias en este caso que tornan inapropiado el uso del método DCF:

“(a) El hecho de que se trate de un negocio intensivo en capital, con una importante base de activos. La práctica totalidad de sus costes son costes de inversión en infraestructuras tangibles. No existen intangibles relevantes que valorar.

(b) La alta dependencia de los flujos de caja de elementos exógenos volátiles e impredecibles, como el precio del pool, entre otros.

(c) El largo plazo en el que se proyectan las predicciones.

(d) La contradicción entre dicho horizonte temporal y la vida útil declarada en la contabilidad oficial de algunas de las plantas, que es inferior.

(e) La desproporción entre las supuestas inversiones (y el pretendido riesgo asumido) y el importe reclamado, evidenciado por las rentabilidades obtenidas”<sup>994</sup>.

720. A la luz de estas circunstancias, el Demandado sostiene que los métodos de valoración adecuados son aquellos basados en el coste de los activos, dependiendo de si se recuperan o no y de si se obtiene una rentabilidad razonable<sup>995</sup>. Según el Demandado, *Marboe* también enfatiza las ventajas de los métodos basados en activos, que son menos

---

<sup>991</sup> Resp. Rej. ¶¶ 1091-1093. **RL-0074**, *Rusoro Mining Limited c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo de 22 de agosto de 2016 ¶ 760.

<sup>992</sup> **RL-0057**, S. Ripinsky & K. Williams, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law, 2008) (en Adelante “**Ripinsky y Williams**”), pp. 200 y 201.

<sup>993</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1062.

<sup>994</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1063.

<sup>995</sup> Resp. Rej. ¶ 1096; **RL-0057**, Ripinsky & Williams, p. 227.

especulativos y se aplican más simplemente, y hace alusión a rentabilidades normales y al valor en libros como referencias obligatorias, particularmente cuando la inversión es muy reciente<sup>996</sup>.

721. El perito del Demandado, BDO, sostiene que “*un modelo de retribución basado en el valor de los activos regulados, es perfectamente válido para retribuir a los productores de energías renovables. Así, Reino Unido, ya consideró un modelo retributivo basado en el RAB dentro de las diferentes alternativas de apoyo a las energías renovables*”<sup>997</sup>.

722. El Demandado entonces sostiene que las tasas de rentabilidad obtenidas por las instalaciones de las Demandantes son más elevadas que las tasas de rentabilidad de referencia, lo cual desestima los fundamentos para reclamar una indemnización relativa a las inversiones. Además, el Demandado sostiene que el método de valoración de Compass Lexecon debería desestimarse porque brinda resultados anormales<sup>998</sup>. Según BDO:

“los resultados obtenidos no hacen que varíen nuestras conclusiones alcanzadas en nuestro Primer Informe, esto es, que las rentabilidades en el escenario Real están por encima de la rentabilidad exigida por los mercados de capitales y que, las rentabilidades que se habrían alcanzado en el escenario But-for planteado por Compass Lexecon serían excesivas para un negocio como el que es objeto de análisis”<sup>999</sup>.

723. También según BDO: (i) en el escenario contrafáctico las tasas promedio de rentabilidad para las instalaciones de las Demandantes serían del 17,9% para las plantas eólicas y 9,4% para las plantas hidroeléctricas. Estas tasas de rentabilidad no resultan proporcionadas con relación al perfil de riesgo de las inversiones<sup>1000</sup>; (ii) en el escenario real, BDO calculó las tasas de rentabilidad en un 15,1% para la energía eólica y 7,8% para la hidroeléctrica<sup>1001</sup>; (iii) BDO calculó la rentabilidad promedio para las

---

<sup>996</sup> Resp. C-Mem.em. ¶¶ 1066-1067; **RL-0058**, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford, Oxford International Arbitration Series, 2009), pp.267 y 275; Segundo Informe de BDO ¶¶ 19-22.

<sup>997</sup> Segundo Informe de BDO ¶ 18.

<sup>998</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1071; Informe de BDO, ¶¶ 100 y ss.

<sup>999</sup> Segundo Informe de BDO, ¶ 244.

<sup>1000</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1072; Primer Informe de BDO ¶¶ 29-34.

<sup>1001</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1073; Primer Informe de BDO ¶ 112.

instalaciones obtenidas durante toda su vida útil, tomando como la fecha de valoración julio de 2013, resultando en un 16,0% para las plantas eólicas y en un 8,0% para las hidroeléctricas<sup>1002</sup>; y (iv) BDO calculó asimismo las tasas de rentabilidad obtenidas por las plantas tras las medidas en un 10,7% para la energía eólica y en un 7,5% para las hidroeléctricas, antes de impuestos (promedio, 10,6% antes de impuestos, equivalente al 8,27% después de impuestos)<sup>1003</sup>.

724. El Demandado sostiene, sobre la base de las cifras mencionadas anteriormente, que *“resulta patente que las cifras de rentabilidad son notoriamente elevadas, máxime si las comparamos con tasas como: la rentabilidad razonable establecida en la norma vigente en el 7,398%; la wacc del sector calculada por BDO, un 4,9%; la wacc del sector en Alemania, un 4,6%; incluso la propia wacc calculada por Compass Lexecon, 6,06%; y, por último, el interés del bono español a 10 años, en torno al 1,8%”*<sup>1004</sup>.

725. Con respecto a la tasa de interés reclamada del 7,61%, compuesta mensualmente, el Demandado sostiene que no se brinda justificación alguna para la propuesta de BDO de una tasa de interés “más razonable” conforme al coste de la deuda pública de España, el bono español a 2 años, al 0,60%<sup>1005</sup>. El Demandado sostiene que Mark Kantor<sup>1006</sup> y laudos como el de *National Grid c. Argentina*<sup>1007</sup>, abogan por una “tasa de interés libre de riesgo”<sup>1008</sup>.

726. Con respecto al Tax Gross-Up, el Demandado sostiene que, además de que las Demandantes no alegaron en su Memorial *“ni el impuesto (o los impuestos) en particular que serían aplicables; ni el Estado que supuestamente impondría dicho impuesto (el home country o el host country); ni, por supuesto, ofrecía una cuantificación, siquiera*

---

<sup>1002</sup> Resp. C-Mem. ¶ 1074; Primer Informe de BDO ¶¶ 125-128.

<sup>1003</sup> Resp. Rej. ¶ 1102; Segundo Informe de BDO, ¶¶ 244-245 y tabla 13.

<sup>1004</sup> Resp. C-Mem.em. ¶ 1075, Segundo Informe de BDO ¶¶ 52-54.

<sup>1005</sup> Primer Informe de BDO ¶ 263; Resp. Rej. ¶¶ 110-111.

<sup>1006</sup> **RL-0076**, Mark Kantor, *“Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods y Expert Evidence”* (Kluwer Law International, 2008), p. 49.

<sup>1007</sup> **RL-0079**, *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo de 3 de noviembre de 2008, nota al pie 122.

<sup>1008</sup> Resp. Rej. ¶¶ 1113-1114.

*aproximada, de su importe*”, el Tax Gross-Up carece de justificación<sup>1009</sup>. Con respecto al argumento de Tax Gross-Up esgrimido por las Demandantes en su Réplica, sobre la base de un impuesto a las sociedades de RWE Aersa del 25%, el Demandado sostiene que *“En ningún momento del procedimiento anterior al Memorial de Réplica se ha manifestado por la representación de la parte Demandante que la compensación se pague únicamente al Demandante nacional de España [RWE Aersa]. No se manifestó en el Request; y tampoco se manifestó en el Memorial de Demanda”*<sup>1010</sup>. Además, se argumenta que dicha solicitud carece de justificación puesto que las Demandantes no ha aportado antecedentes de hecho ni fundamentos de derecho, así como tampoco ningún informe pericial como sustanciación de la misma.

727. Además, el Demandado sostiene que el Tax Gross-Up resulta inadmisibile por los siguientes motivos: (i) el Tax Gross-Up se encuentra prohibido por el Artículo 21 del TCE<sup>1011</sup>, que establece un carve out al Tax Gross-Up<sup>1012</sup> y (ii) incluso si se considerase que el TCE no contiene un Tax Gross-Up carve out, por los motivos que anteceden —a saber, que la solicitud es esencialmente especulativa, contingente e incierta— no debería aplicarse ningún Tax Gross-Up<sup>1013</sup>.
728. Por último, con respecto a la valoración alternativa de la FIT de las Demandantes, BDO sostiene que Compass Lexecon no ha llegado a comprender el funcionamiento del marco regulatorio del Sistema Eléctrico Español relativo a los incentivos asociados a las energías renovables. Se sostiene que no es racional asumir que la supuesta rentabilidad razonable con la que se calculó la retribución del RD 661/2007 fuera a permanecer invariable durante la vida útil de las plantas. Además, el cálculo debería haber

---

<sup>1009</sup> Resp. Rej. ¶¶ 1115-1116.

<sup>1010</sup> Resp. Rej. ¶ 1120.

<sup>1011</sup> “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 a las medidas impositivas de las Partes Contratantes. En caso de que hubiese incompatibilidad entre el presente artículo y cualquier otra disposición del Tratado, prevalecerá lo dispuesto en el presente artículo en la medida en que haya incompatibilidad”.

<sup>1012</sup> Resp. Rej. ¶¶ 1125-1128.

<sup>1013</sup> Resp. Rej. ¶¶ 1129-1135; **RL-0083**, *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, Laudo de 18 de abril de 2013 ¶¶ 775, 776 y 777.

considerado el hecho de que “*el régimen actual tiene un menor riesgo que el anterior ya que sus ingresos están vinculados, mayormente, a la inversión*”<sup>1014</sup>.

(2) **El Análisis del Tribunal**

729. Los peritos de las Partes han adoptado enfoques muy diferentes para la valoración de los daños, y, por consiguiente, han arribado a resultados radicalmente distintos (esto, de hecho, no es poco común en casos relativos a tratados de inversión). El presente caso, no obstante, no es un caso en el que el Tribunal pueda optar preferentemente por la prueba de un perito sobre el otro y luego elegir uno de dos montos indemnizatorios muy distintos, al menos como punto de partida sobre el que realizar sus propios cálculos. El Tribunal ha determinado la existencia de un incumplimiento del Artículo 10(1), pero este incumplimiento solo afecta a lo siguiente–

- i. la devolución de las sumas ya pagadas a las Demandantes en el período comprendido entre la implementación del RDL 9/2013 y la Orden IET 1025/2014;
- ii. la desproporcionalidad con respecto a algunas plantas de las Demandantes, a saber, las plantas eólicas Urano, Grisel II, Bancal I y II, Siglos I y II, y la planta hidroeléctrica Cepeda;

730. No hay motivo alguno para que el Tribunal intente fijar y conceder una indemnización con referencia al valor justo de mercado de las Inversiones de las Demandantes, que las Demandantes todavía poseen, y que les continúan generando ganancias significativas. En sentido similar, el Tribunal no considera procedente conceder una indemnización con referencia a la supuesta rentabilidad razonable en el rango del 8,2% y el 11,2%.

731. En cuanto al incumplimiento (i) identificado *supra*, las Demandantes sostienen que debe restituirse una suma de EUR 19,4 millones, lo cual no se ha objetado. Solo se requiere una verificación y cuantificación exacta de las sumas abonadas.

732. En cuanto al incumplimiento (ii), ello configura una indemnización con respecto al incumplimiento relativo a los impactos desproporcionados en las plantas específicas que

---

<sup>1014</sup> Segundo Informe de BDO, ¶¶ 95-99.



el Tribunal debe evaluar, en contraste con un incumplimiento con respecto a las Inversiones de las Demandantes como un todo en referencia a la frustración de las expectativas legítimas o a uno de los otros motivos en virtud de los cuales las Demandantes han formulado sus pretensiones indemnizatorias con relación al valor justo de mercado o (alternativamente) a la rentabilidad razonable. La prueba, tal como se sintetiza en la Sección VI(D)(2) *supra*, en particular aquella contenida en la Tabla 10 del segundo informe de Compass Lexecon, el cual el Tribunal ha aceptado como confiable, demuestra que algunas plantas obtendrán una rentabilidad significativamente menor que el estándar antes de impuestos de 7,398% que el Tribunal ha adoptado en consideración de la desproporcionalidad, a saber: Urano (2,8%), Grisel II (5,8%), Bancal I (4,4%), Bancal II (4,2%), Siglos I (4,7%) y Siglos II (4,7%), y la planta hidroeléctrica Cepeda (-1,4%). Según la Tabla 10, si no fuera por las Medidas en Disputa, las tasas de rentabilidad internacionales para estas plantas habrían sido las siguientes: Urano (9,1%), Grisel II (9,9%), Bancal I (4,7%), Bancal II (4,6%), Siglos I (5,6%) y Siglos II (5,5%), y la planta hidroeléctrica Cepeda (2,7%)<sup>1015</sup>.

733. Tal como se observa en el Comentario al Artículo 31 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado:

“La obligación impuesta al Estado responsable por el Artículo 31 es ‘reparar íntegramente’ en el sentido del caso *Usine de Chorzów*. En otras palabras, el Estado responsable debe tratar de ‘hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho’ ofreciendo una o más de las formas de reparación que figuran en el capítulo II de esta parte”.

734. Esto requiere, en primera instancia, la identificación del hecho ilícito correspondiente: en este caso, el incumplimiento del Demandado del Artículo 10(1) mediante el impacto desproporcionado de las Medidas en Disputa sobre las plantas de las Demandante tal como se menciona *supra*. La tarea del Tribunal consiste en identificar el nivel de indemnización adecuado para hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y “reestablecer” —en contraste con “establecer”— la situación que, con toda

---

<sup>1015</sup> El detalle de los cálculos se encuentra en el documento **CLEX-0235**, Corrección de los documentos de trabajo de BDO, Tabla A, 22 de marzo de 2017.

probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho. Por consiguiente, este postulado ampliamente conocido sugiere que hay cierto límite en la extensión en la que el Tribunal puede calcular las indemnizaciones pertinentes en referencia al escenario hipotético.

735. Con los hechos actuales, en el escenario ‘contrafáctico’ desplegado por los peritos de las Demandantes en su Tabla 10, algunas de las plantas que el Tribunal ha identificado como afectadas por un impacto desproporcionado obtendrían una rentabilidad de más de un 7,398%, pero algunas obtendrían menos que esto. Es en ese contexto que el Tribunal identifica tres posibles enfoques para establecer la medida apropiada de indemnización:

- a) El objetivo de las Medidas en Disputa debe considerarse como garantía de que, dado el alto coste de inversión de las plantas de las ER comparado con otras formas de generación, se obtendría una rentabilidad mínima de 7,398% (sujeto a ineficiencias de la planta o del operador), y por ello la indemnización debería estar enfocada en la obtención de una rentabilidad razonable para todas las plantas de las Demandantes.
- b) La indemnización debería determinarse conforme al escenario ‘contrafáctico’, lo que puede interpretarse como un medio de indemnización simple y armónico en las circunstancias ligeramente inusuales del caso, en virtud de las que las plantas habrían recibido, aunque algunas menos, un mínimo superior al 7,398% que el Tribunal ha adoptado como indicador de lo que resulta o no desproporcionado.
- c) La indemnización debería otorgarse en referencia al escenario ‘contrafáctico’, pero debería imponerse un tope para garantizar que el recuperado no supere un retorno del 7,398%.

736. El enfoque (a) resulta problemático puesto que, con respecto a las plantas menos rentables (Bancal I y II, Siglos I y II, y Cepeda), las Demandantes en efecto recibirían una indemnización basada en una rentabilidad más elevada que si el RD 661/2007 se hubiera mantenido vigente. En otras palabras, con respecto a estas plantas, se pondría a las Demandantes en una situación más positiva que aquella en la que, con toda

probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho. Por ende, este enfoque se rechaza.

737. En cuanto al enfoque (b), no hay motivo alguno para que las plantas que aparentemente no estaban destinadas a obtener una rentabilidad del 7,398% en virtud del RD 661/2007 (Bancal I y II, Siglos I y II, y Cepeda) ameritarían una indemnización superior a lo que habrían recibido ‘si no fuera’ por el cambio de régimen. Por lo tanto, la diferencia entre ‘contrafáctico’ y ‘real’ proporciona una medida adecuada para la indemnización. En cuanto a las plantas que se compensarían sobre la base de la rentabilidad del escenario ‘contrafáctico’ superior al 7,398% (Urano y Grisel II), se suscita una cuestión relativa a si el enfoque (b) resulta el adecuado —y, por ello, la inclusión del enfoque (c), en virtud del cual estas dos plantas solo obtendrían una indemnización en la medida en que la disminución de las ganancias es menor que el umbral de 7,398% que el Tribunal ha adoptado para determinar la proporcionalidad o desproporcionalidad de la indemnización.

738. Al efecto del análisis relativo a cuál de los enfoques (b) y (c) debe adoptarse, resulta útil considerar el análisis relativo al quantum del caso *RREEF*. En dicho caso, el tribunal determinó que:

“... los Demandantes no eran inmunes a cambios razonables en el régimen aplicable a su inversión; por lo tanto, se adeudará y calculará una indemnización solo en la medida en que las modificaciones hubieran excedido los límites de lo que es razonable”<sup>1016</sup>.

739. Se sostuvo, asimismo, que:

“... el Tribunal considera que, si bien tienen derecho a recibir una indemnización por el retorno irrazonable de sus inversiones, de establecerse, los Demandantes no pueden reclamar una indemnización plena por la disminución total de sus ganancias como resultado de la adopción del nuevo régimen por parte del Demandado; solo pueden obtener una indemnización en la medida en que dicha disminución se encuentre por debajo del umbral de un retorno razonable”<sup>1017</sup>.

---

<sup>1016</sup> Cf. **RL-0099**, *RREEF*, Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación de Daños, ¶ 515. Cf., por ejemplo, Cl. Mem. ¶¶ 525-526.

<sup>1017</sup> **RL-0099**, *RREEF*, ¶ 523.

740. En el contexto de las decisiones sobre responsabilidad adoptadas en el caso *RREEF*, este razonamiento puede resultar persuasivo. El hecho ilícito en cuestión se consideró un incumplimiento del estándar de TJE mediante la frustración de la expectativa legítima a una rentabilidad razonable<sup>1018</sup>. En términos del restablecimiento de la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho, se entiende que el tribunal analizó la cuestión de la indemnización por vía de referencia al derecho preexistente en virtud del (y de la expectativa generada por el) Artículo 30(4) de la Ley 54/1997, es decir, de un retorno razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales<sup>1019</sup>.
741. La cuestión que debe determinar el Tribunal consiste en si un razonamiento similar resultaría aplicable en este caso, es decir, si podría sostenerse que las Demandantes no fueron inmunes a los cambios en el régimen aplicable a su inversión, la cual no fue desproporcionada; por lo tanto, solo en la medida que las modificaciones habrían excedido los límites de lo que se considera proporcionado se debería dicha indemnización, la cual debería calcularse. Resulta necesario preguntarse si, por supuesto, este enfoque resulta consistente con el Artículo 31 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado y con el fallo de la *Fábrica de Chorzów*. El Tribunal considera que este es el caso. De conformidad con las conclusiones del Tribunal en materia de responsabilidad, el Demandado ha incumplido el Artículo 10(1) mediante la adopción de las Medidas en Disputa y, en particular, del RD 413/2014 y la Orden IET 1045/2014 que, tal como ha observado la Demandante, definieron los parámetros del Nuevo Régimen<sup>1020</sup>. Si dichos parámetros hubieran sido formulados de manera diferente, los impactos desproporcionados podrían haberse evitado, sin perjuicio de la adopción/dictado previo del RDL 2/2013, el RDL 9/2013 y la Ley 24/2013. En estas circunstancias tan particulares, en términos del restablecimiento de la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho, el Tribunal no

---

<sup>1018</sup> El tribunal determinó asimismo que había existido un incumplimiento sobre la base de la retroactividad, pero esto se consideró subsumido dentro de los daños más amplios o como generador de cuestiones separadas que no resultan relevantes al efecto de este caso.

<sup>1019</sup> **RL-0099**, *RREEF*, ¶ 523.

<sup>1020</sup> Resp. Counter-Memorial ¶ 60.

considera apropiado tratar de reestablecer la situación establecida en virtud del RD 661/2007 y las posteriores reglamentaciones en virtud del viejo Régimen Especial.

742. Por lo tanto, haciendo referencia a la determinación de responsabilidad de este Tribunal, la “la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho [ilícito]” constituye el reemplazo del régimen establecido por el RD 661/2007 mediante la adopción de un régimen prácticamente equivalente en virtud de las Medidas en Disputa que, no obstante, no produjeron un impacto desproporcionado debido al establecimiento de distintos. A la luz de lo que antecede, el Tribunal considera procedente adoptar el enfoque (c), tal como se describe *supra*.
743. En términos del cálculo de la indemnización adeudada a las Demandantes con referencia a los flujos de caja que estas últimas habrían obtenido ‘de no haber sido’ por los impactos desproporcionados del RDL 9/2013 y la Orden IET/1045/2014 en las plantas de las Demandantes tal como ya se ha identificado, el Tribunal encuentra de mucha utilidad la hoja de cálculo que respalda la Tabla 10 del segundo informe de Compass Lexecon<sup>1021</sup>. Dicha hoja contiene las cifras de las ganancias y los flujos de caja anuales hasta el cierre del ejercicio fiscal pertinente.
744. No obstante, el Tribunal no puede realizar un cálculo definitivo de la indemnización haciendo referencia a esta hoja de cálculo puesto que: (a) Compass Lexecon ha excluido el coste impositivo del 7% en sus proyecciones ‘contrafácticas’ de los flujos de caja para el 2013 en adelante, y ello constituye una cuestión respecto de la cual el Tribunal ha determinado que carece de competencia, y por ello el coste impositivo debe incluirse; (b) los flujos de caja de Urano y Grisel II necesitan limitarse por la tasa de rentabilidad razonable internacional del 7,398%; y (c) la tasa de descuento correspondiente debe aplicarse con respecto a los flujos de caja que se habrían obtenido solo en el futuro. Con respecto a esto último, el Tribunal acepta la tasa de descuento de 7,61% propuesta por las Demandantes<sup>1022</sup>.

---

<sup>1021</sup> CLEX-0235, Corrección de los documentos de trabajo de BDO, Tabla A, 22 de marzo de 2017.

<sup>1022</sup> C. Memorial ¶ 568; Informe de Compass, Apéndice C, Tabla 11.

745. En consideración de las cifras contenidas en la hoja de cálculo detallada, y la disponibilidad de los peritos de cada una de las Partes, el Tribunal considera que estas cuestiones podrían ser fácilmente resueltas entre las Partes, permitiendo así a las Partes que ellas presenten una cifra acordada ante el Tribunal. El Tribunal entonces procedería a determinar las cifras de indemnización finales, resolviendo las cuestiones de intereses y del tax gross-up que se han reclamado, así como las costas.
746. Si las Partes no logran llegar a un acuerdo a más tardar el **23 de enero de 2020**, el Tribunal, previa consulta a las Partes, fijará un calendario para presentaciones adicionales de las Partes sobre la indemnización adeudada a las Demandantes con respecto a (i) la verificación y precisa cuantificación de las sumas restituidas con respecto a aquellas plantas que no tienen derecho al pago especial en virtud del nuevo régimen, (ii) Urano, Grisel II, Bancal I y II, Siglos I y II, y Cepeda, utilizando como base la Tabla 10 del segundo informe de Compass Lexecon y la hoja de cálculo subyacente.
747. Por lo tanto, con referencia al acuerdo de las Partes, o sobre la base de presentaciones adicionales, el Tribunal emitirá una decisión respecto del monto de la indemnización que se debe pagar a las Demandantes. El Tribunal se reserva la emisión de su decisión relativa a los intereses, al tax gross-up y también a las costas.

## VIII. DECISIÓN

748. Por los motivos que anteceden, el Tribunal decide lo siguiente:
- (1) Que no goza de jurisdicción para dirimir las reclamaciones relativas al incumplimiento del Artículo 10(1) del TCE con respecto a las dos Medidas Impositivas introducidas por la Ley 15/2012 de 27 de diciembre de 2017, pero que las excepciones jurisdiccionales del Demandado por lo demás se rechazan.
  - (2) Que el Demandado ha incumplido el Artículo 10(1) del TCE (i) en la medida en que ha procurado la restitución por las Demandantes de las sumas que el Demandado había pagado previamente en virtud del régimen vigente con anterioridad a la adopción de las Medidas en Disputa, y (ii) la naturaleza

desproporcionada de las nuevas medidas que ha adoptado, específicamente con respecto a Urano, Grisel II, Bancal I y II, Siglos I y II, y Cepeda.

- (3) Todas las otras reclamaciones y solicitudes de las Partes se rechazan.
- (4) Se ordena a las Partes a que traten de lograr un acuerdo respecto al monto indemnizatorio que debe pagar el Demandado a las Demandantes con respecto a sus incumplimientos de las obligaciones tal como se identifica en el párrafo (2), de conformidad con las determinaciones del Tribunal. En una primera etapa se invita a las Partes a negociar, a más tardar el **23 de enero de 2020**, un calendario razonable dentro del que deberán tratar de lograr a un acuerdo. Si las Partes no lo logran, dicho calendario será fijado por el Tribunal mediante indicaciones ulteriores.
- (5) Si las Partes no logran un acuerdo de conformidad con (4) *supra*, el Tribunal, previa consulta a las Partes, establecerá un calendario para presentaciones posteriores de las Partes sobre la indemnización que debe pagarse a las Demandantes.
- (6) La decisión sobre la determinación final de la indemnización se reserva y se determinará en el Laudo, junto con las decisiones del Tribunal sobre intereses, impuestos y costas.

[Firmado]

---

Sra. Anna Joubin-Bret  
Árbitro

[Firmado]

---

Sr. Judd L. Kessler  
Árbitro

[Firmado]

---

Sr. Samuel Wordsworth  
Presidente del Tribunal