

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

**Isolux Infrastructure Netherlands B.V.**

*Demandante*

**c.**

**El Reino de España**

*Demandada*

**Arbitraje SSC V2013/153**

---

**Opinión disidente del Árbitro  
Prof. Dr. Guido Santiago Tawil**

1. Concuerdo con las conclusiones de mis distinguidos colegas árbitros en cuanto al reconocimiento de la jurisdicción de este Tribunal Arbitral para resolver la presente disputa entre la Demandante y el Reino de España.
2. En cuanto al fondo del asunto, coincido con mis co-árbitros en que no se ha acreditado, en el presente caso, la existencia de una expropiación indirecta de la inversión de la Demandante bajo el Artículo 13(1) del Tratado de la Carta de la Energía ("TCE") a raíz de las medidas adoptadas por el Reino de España. En este punto, concuerdo con el *standard* aplicado por el voto mayoritario en el párrafo 839 del Laudo en cuanto a que, para que exista una expropiación indirecta, tiene que probarse una afectación sustancial o significativa sobre los derechos o los bienes del inversor que equivalga a una privación de su propiedad, situación que no se ha acreditado debidamente en este caso.
3. Lamentablemente, no puedo coincidir con la visión expresada por la mayoría sobre el tratamiento, en el caso concreto, de las "*expectativas legítimas*" que integran el estándar de "*trato justo y equitativo*" establecido en el Artículo 10(1) del TCE.
4. En primer lugar, no comparto las conclusiones explicitadas en los párrafos 772 y 775 del Laudo según las cuales el Reino de España no habría contraído compromisos con los inversores en razón del "*carácter general*" de las normas aplicables o de los potenciales destinatarios de ellas. Si bien el régimen de incentivos implementado por los RD 661/2007 y 1578/2008 no estaba dirigido a una "generalidad" indeterminada sino a un número reducido de interesados (como lo he expresado en otra oportunidad),<sup>1</sup> soy de la opinión que las expectativas legítimas pueden generarse a partir del ordenamiento jurídico vigente al momento de realizarse la inversión, máxime cuando las normas dictadas –como sucedió en este caso con los RD 661/2007 y 1578/2008– tuvieron la finalidad declarada de atraer inversiones en un determinado sector de la economía (es decir, en la generación de energías renovables). En este aspecto, mi posición es coincidente con las conclusiones expresadas por la UNCTAD sobre este punto.<sup>2</sup>



---

<sup>1</sup> Ver: mi Opinión Disidente en el caso SCC V 062/2012, *Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, de 21 de diciembre de 2015, ¶ 8.

<sup>2</sup> Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Trato Justo y Equitativo*, 2012, p. 69: "*Arbitral decisions suggest [...] that an investor may derive legitimate expectations either from (a) specific commitments addressed to it personally, for example, in the form of a stabilization clause, or (b) rules that are not specifically addressed to a particular investor but which are put in place with a specific aim to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment*". En el mismo sentido, Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, "*Principles of International Investment Law*", Oxford University Press, Second Edition, 2012, p. 145.

5. En segundo lugar, no considero acertada la conclusión a la que arriba el voto mayoritario en cuanto a que la fecha a adoptar como referencia para determinar si se generaron expectativas legítimas en el caso concreto debía ser el 29 de octubre de 2012. En mi opinión, la fecha relevante a esos efectos era la de 29 de junio de 2012, es decir, el día en que la Demandante celebró (y entró en vigencia) el Acuerdo de Inversión.<sup>3</sup> La existencia de condiciones suspensivas en el Acuerdo de Inversión o la posibilidad de que la Demandante pudiera retractar su decisión de inversión sin penalidades hasta el 29 de octubre de 2012 no son razones convincentes a efectos de determinar el momento a partir del cual las expectativas legítimas pudieron haberse generado. La fecha de 29 de octubre de 2012 podría resultar un límite válido en relación a eventuales acciones o reclamos entre accionistas, pero no adquiere similar relevancia frente al Estado receptor de la inversión y respecto de cuyas conductas debe evaluarse esa fecha a fin de determinar si se generaron o no expectativas legítimas.
6. Mi principal discrepancia con la decisión de la mayoría radica, sin embargo, en el modo en que se valoraron las circunstancias de hecho para determinar la "previsibilidad" de las medidas adoptadas por el Reino de España. En otras palabras, si el cambio de régimen jurídico producido en España luego de haberse realizado la inversión era previsible para la Demandante, circunstancia que —en caso afirmativo— le impediría invocar expectativas legítimas como fundamento de su reclamo.
7. Sea que se adopte al efecto la fecha de 29 de junio o la de 29 de octubre de 2012, al tiempo de la inversión se encontraba plenamente vigente el esquema normativo en régimen especial puesto en funcionamiento por los RD 661/2007 y 1578/2008, fijando un "Feed in Tariff" ("FIT") fijo con una vigencia temporal, que se declaraba no alcanzado por futuras revisiones tarifarias. La Demandante realizó su inversión —obteniendo los derechos adquiridos de una inversión anterior— bajo un marco normativo específico que le garantizaba un régimen de remuneración especial y las medidas cuestionadas por la Demandante (la Ley 15/2012, el RDL 2/2013 y, fundamentalmente, el RDL 9/2013) fueron, en todos los casos, posteriores a la fecha de la inversión.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Tanto la mayoría como la minoría del Tribunal Arbitral coinciden que, en el caso, se verificó la existencia de una inversión y que ella califica para ser protegida por el derecho internacional. Ver, así, Laudo, ¶¶ 687 a 693 y 834.

<sup>4</sup> En este aspecto, tanto el voto mayoritario como esta opinión disidente coinciden en que el origen del conflicto es posterior a la fecha de la inversión. La discrepancia se suscita en relación a la fecha que debe considerarse como de referencia a fin de determinar si el obrar previo del Reino de España permitía o no al inversor invocar

8. Si bien el régimen establecido por los RD 661/2007 y 1578/2008 había sido parcialmente modificado por los RD 1565/2010 y RDL 14/2010 y se conocía el informe de la Comisión Nacional de Energía (CNE)<sup>5</sup> de 7 de marzo de 2012 que daba cuenta de ciertas dificultades en el financiamiento del sistema y la necesidad de adoptar reformas, no se han aportado elementos que permitieran suponer, al 29 de junio o al 29 de octubre de 2012, que el Reino de España eliminaría por completo el FIT –lo que sucedió recién un año después con la sanción del RDL 9/2013 de 12 de julio de 2013–, sin reconocer una compensación para los eventuales titulares de derechos afectados por esa medida. Entre el 29 de junio y el 29 de octubre de 2012 el único hecho relevante ocurrido en materia regulatoria fue el comienzo de la tramitación de la que varios meses después resultaría la Ley 15/2012 de medidas fiscales para la sostenibilidad energética de 27 de diciembre de 2012 que estableció, entre otros, un impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (“IPVEE”) y respecto de cuyo cuestionamiento el Tribunal Arbitral ha declarado su falta de jurisdicción.<sup>6</sup>
9. No está en discusión la potestad del Estado receptor de modificar su legislación en cualquier momento, en tanto nadie cuenta con un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes y reglamentos. El Estado receptor puede siempre modificar un régimen jurídico de alcance general o particular por razones de interés público. Pero ello no impide reconocer que si con dicho accionar legítimo se afectan derechos adquiridos o expectativas legítimas, corresponde indemnizar los perjuicios ocasionados. Se trata de un típico supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita, ampliamente reconocida en la doctrina y jurisprudencia comparada y en relación a la cual el derecho español se ha transformado mercedamente, desde al menos mediados del siglo XX, en una fuente de conocimiento de particular valía.<sup>7</sup>

---

las expectativas legítimas por él alegadas y sus consecuencias. Ver, al respecto, Laudo, ¶¶ 704 y 781/804, en especial 787.

<sup>5</sup> Ver: Informe de la Comisión Nacional de Energía sobre el Sector Eléctrico Español, del 7 de marzo de 2012, Anexo R-69.

<sup>6</sup> Laudo, ¶ 741.

<sup>7</sup> Si bien pueden rastrearse algunos supuestos de reconocimiento de responsabilidad estatal por actividad lícita ya en la Ley de 9 de abril de 1842 que –como consecuencia de la Primera Guerra Carlista– declaraba obligación de la Nación “indemnizar los daños materiales causados así en el ataque, como en la defensa de las plazas, pueblos, edificios, etc.”, la sanción de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (“LEF”) importó la consagración legislativa en España de la responsabilidad patrimonial de la Administración tanto por su actividad lícita como ilícita. La LEF –norma de avanzada al tiempo de su sanción en el derecho comparado– consagró en el artículo 121.1 de su texto original un principio de alcance general de singular importancia al señalar que “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran

10. En consecuencia, una vez que la Demandante realizó su inversión, adquiriendo el derecho al FIT bajo la normativa entonces vigente, no resulta razonable suponer que el Estado eliminaría ese derecho sin una adecuada compensación.
11. Por el contrario, tener que prever que el Estado eliminará un derecho adquirido sin la correspondiente compensación no parece ser una conducta exigible razonablemente a un inversor con anterioridad al conocimiento efectivo de las normas implicadas, hecho éste que de ningún modo pudo suceder, en este caso, con anterioridad al 29 de junio de 2012 o, a todo evento, al 29 de octubre de 2012.
12. Si se admite, por hipótesis, que el sistema de retribución especial (FIT) podía ser eliminado por el Reino de España sin compensación, lo mismo podría eventualmente alegarse, en el futuro, en relación a la posibilidad de que el Estado decida eliminar la garantía de rentabilidad razonable contenida en el artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico (LSE). Frente al potencial ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria no encuentro razón válida para distinguir, a diferencia del voto en mayoría, entre una garantía (el derecho al FIT) y otra (el derecho a una rentabilidad razonable) a efectos compensatorios.<sup>8</sup>
13. En síntesis, cuando un inversor cumple con los requisitos establecidos por la normativa vigente para ser acreedor a un beneficio específico y determinado, su desconocimiento posterior por parte del Estado receptor de la inversión viola una expectativa legítima. El Reino de España se encontraba facultado para modificar o eliminar el régimen de promoción instaurado. No obstante ello, eliminar el beneficio otorgado a quienes habían invertido en función de ese régimen especial sin reconocer una compensación adecuada representa, en mi opinión, una violación de las expectativas legítimas creadas y, con ello, del trato justo y equitativo protegido en el artículo 10 del TCE.

---

en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento *normal* o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo" (la cursiva me pertenece). Ver, en sentido concordante, el principio general consagrado en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978.

<sup>8</sup> No sostengo que esto último sería válido sino que —a modo de hipótesis y a fin de evidenciar los problemas que me presenta esa construcción— la eliminación de uno u otro derecho sin compensación encontrarían sustento y objeciones análogas.

14. En función de la decisión adoptada por la mayoría del Tribunal Arbitral, no corresponde que me pronuncie respecto a la existencia o inexistencia del daño alegado, el método de valuación utilizado o el *quantum* de la compensación requerida.



---

Prof. Dr. Guido Santiago Tawil

Árbitro

Fecha: 6 de julio de 2016