

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO / EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

FACULTAD DE DERECHO



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

ZUZENBIDE  
FAKULTATEA  
FACULTAD  
DE DERECHO

**EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE  
INVERSIONES: ANÁLISIS DE LA EXPROPIACIÓN  
DE INVERSIONES. ESPECIAL REFERENCIA AL  
SUPUESTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN  
ESPAÑA**

Trabajo realizado por: Iñigo Cortés Sémper

Dirigido por: Dr. Juan José Álvarez Rubio, Catedrático de Derecho Internacional

Privado

UPV / EHU

Grado en Derecho

2020 / 2021

Trabajo de Fin de Grado

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	p. 5
--------------------	------

### CAPÍTULO I.- LA EXPROPIACIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS

<b>1.- Delimitación del término “expropiación”. Diferentes tipos de expropiaciones</b> .....	p. 10
1.1. <i>Concepto de expropiación. Problemas calificadorios y pluralidad de interpretaciones</i> .....	p. 10
1.2. <i>Características esenciales de la expropiación</i> .....	p. 16
A) <i>Atribuible al Estado, carácter forzoso e idoneidad del acto</i> .....	p. 17
B) <i>Privación y beneficio</i> .....	p. 19
1.3. <i>Expropiaciones directas, indirectas y medidas de efecto equivalente</i> .....	p. 21
<b>2.- La licitud de las expropiaciones de inversiones extranjeras</b> .....	p. 26
2.1. <i>Condiciones de licitud: discrepancias y análisis</i> .....	p. 26
A) <i>Interés público</i> .....	p. 27
B) <i>Trato no discriminatorio</i> .....	p. 27
C) <i>Proceso legal debido</i> .....	p. 28
2.2. <i>Las cláusulas de estabilización y la licitud de las expropiaciones</i> .....	p. 29
<b>3.- La compensación por actos expropiatorios</b> .....	p. 31
3.1. <i>La compensación en expropiaciones lícitas e ilícitas. Diferencias</i> .....	p.32
3.2. <i>Falta de consenso internacional</i> .....	p. 35
3.3. <i>El cálculo de las indemnizaciones. Una breve aproximación</i> .....	p. 38

### CAPÍTULO II.- RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

<b>1.- Relevancia y problemática de la cuestión</b> .....	p.45
<b>2.- Determinación del Derecho aplicable</b> .....	p. 48
2.1. <i>Elección de las partes. Ordenamientos seleccionables</i> .....	p. 48
2.2. <i>Elección expresa y elección tácita</i> .....	p. 53
A) <i>Elección expresa</i> .....	p. 53

B) Elección tácita .....	p. 56
2.3. Determinación en ausencia de elección .....	p. 59

### **CAPÍTULO III.- EXPROPIACIONES DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL SECTOR DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES. EL CASO DE ESPAÑA**

<b>1.- Expropiación de inversiones en el sector de las ER. Situación de España en el marco de la UE .....</b>	<b>p. 65</b>
<b>2.- El sector de las energías renovables en España .....</b>	<b>p. 77</b>
2.1. Promoción de las inversiones en España .....	p. 77
2.2. Recortes en el fomento de inversiones en el sector .....	p. 79
<b>3.- Protección ante las expropiaciones. El Tratado sobre la Carta de la Energía .....</b>	<b>p. 81</b>
3.1. El TCE. Ámbito de aplicación y mecanismos de protección de las inversiones .....	p. 81
3.2. La protección del TCE ante las expropiaciones .....	p. 85
<b>4.- El paradigmático caso de España y el arbitraje de inversión en el sector de las energías renovables .....</b>	<b>p. 91</b>
4.1. El inicio de la saga de arbitrajes: los casos Charanne e Isolux .....	p. 92
A) Charanne c. España .....	p. 92
B) Isolux c. España .....	p. 94
4.2. El caso Eiser. Primera condena y posterior anulación .....	p. 95
4.3. El caso Novenergía II., nueva condena a España .....	p. 98
4.4. Situación actual y previsión a futuro .....	p. 100
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>p. 104</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>p. 109</b>

## **ABREVIATURAS**

APPRI: Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

BIRD: Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo.

CCI: Cámara de Comercio Internacional.

CETA: Acuerdo Económico y Comercial Global.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

CIJ: Corte Internacional de Justicia.

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

CPJI: Corte Permanente de Justicia Internacional.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

ER: Energías renovables.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

TBI: Tratado Bilateral de Inversión.

TCE: Tratado sobre la Carta de la Energía.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

## INTRODUCCIÓN

La atracción de capital extranjero siempre ha sido uno de los objetivos perseguidos por todo Estado. El desarrollo económico y social que se presume con la entrada de capital extranjero ha sido el gran aliciente para el impulso de políticas estatales que ofrecieran condiciones favorables para estos inversores, que han visto en ellas una gran posibilidad de lucrarse. Así, se ha intentado crear un entorno de armonía entre los inversores extranjeros y los Estados receptores de esas inversiones, empujados por los beneficios que reporta para ambas partes el buen devenir de una inversión de esta naturaleza.

Sin embargo, el inversor no siempre ha visto cumplidas todas las condiciones prometidas en un primer momento por el Estado receptor. Las actuaciones del Estado, en su concepción más amplia, pueden llegar a producir efectos dañinos sobre la propiedad del inversor, privándole de su posesión o exigiéndole más obligaciones que las pactadas en un primer momento. La actividad económica del inversor extranjero queda enmarcada dentro del alcance territorial de la soberanía del Estado receptor, lo que puede hacer que ésta se vea afectada por el ejercicio de los poderes estatales.

El inversor que ve afectada la propiedad sobre su inversión dispone, como cualquier inversor nacional del Estado receptor, la posibilidad de acudir a los tribunales internos de dicho Estado para solicitar el enjuiciamiento de su actuación. No obstante, la lógica invita a pensar que este mecanismo de defensa puede resultar insuficiente para los inversores extranjeros, pues pocas veces podrán encontrar un resarcimiento satisfactorio en la jurisdicción interna del Estado receptor, que si bien se presume independiente, no deja de ser parte de los poderes públicos de dicho Estado, pudiendo ser ésto un impedimento para la obtención de una resolución totalmente imparcial de la controversia.

Podría pensarse, en tanto que las inversiones extranjeras pueden ser consideradas actividades comerciales de carácter internacional, en el arbitraje como alternativa para el enjuiciamiento de las actuaciones estatales que afecten negativamente a la propiedad

del inversor. Las ventajas que ofrece el arbitraje comercial internacional para los operadores en el sector, tales como la rapidez, especialización y economía de costes entre otras, ha hecho que este método de resolución de controversias se haya alzado como la opción preferente para las empresas.<sup>1</sup>

No obstante, la particular naturaleza de las inversiones extranjeras, donde las partes las conforman un Estado -ente soberano- y un inversor -particular- de otro Estado, hace que este tipo de relaciones económicas no encaje en los típicos supuestos que se enjuician en el arbitraje comercial internacional, donde las dos partes son siempre empresas -particulares-. No se puede afirmar que en una controversia entre un particular extranjero y un ente estatal exista igualdad de partes, pues indudablemente el particular queda en una posición de desventaja respecto del Estado. Así, para resolver controversias sobre inversiones extranjeras surge el arbitraje de inversiones. Previsto en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 -Convenio de Washington-, el arbitraje de inversiones se erige como una alternativa a la jurisdicción interna del Estado receptor para resolver eventuales disputas que puedan surgir en torno a las inversiones extranjeras. Estas partes se someten al arbitraje de inversión en virtud de un convenio arbitral, que normalmente se encuentra inserto en el tratado bilateral de inversión -TBI- existente entre el Estado receptor y el Estado del que es nacional el inversor extranjero. En estos TBI suele incluirse, además de la opción de acudir a la jurisdicción interna del Estado receptor, la posibilidad de optar entre un arbitraje ad hoc para el caso o un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI-, creado al efecto por el artículo 10 del Convenio de Washington.<sup>2</sup>

Por tanto, el inversor extranjero que entienda afectada su inversión por actuaciones del Estado receptor podrá optar por acudir a los órganos jurisdiccionales de ese Estado,

---

<sup>1</sup> M. Gómez Jene, *Arbitraje Comercial Internacional*, Civitas - Thomson Reuters, 2018, pp. 50-55

<sup>2</sup> *Id.* pp. 50-55

incoar un procedimiento de arbitraje ad hoc o acudir al arbitraje institucional, principalmente ante el CIADI, pero también ante otros organismos tales como la Cámara de Comercio Internacional o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, donde también se enjuician procedimientos sobre inversiones extranjeras. Estas dos modalidades de arbitraje -ad hoc e institucional- conforman la oferta del arbitraje de inversión contenida en los diferentes tratados sobre inversiones. Con este arbitraje transnacional se busca otorgar una protección especial a los inversores, que como decimos no enfrentan a un ente soberano en una posición de igualdad, otorgándole la posibilidad de acudir a un foro internacional para resolver la disputa con el Estado de manera imparcial y eficaz.

Como se ha señalado, el consentimiento de las partes para el sometimiento de sus controversias al arbitraje de inversión suele venir contenido entre las disposiciones convencionales que conforman los TBI -denominados Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones o APPRI en el caso de España-. Estos TBI son acuerdos entre Estados que buscan la promoción y protección recíproca de inversiones, donde se suele regular una protección de contenido sustantivo para los inversores de las partes contratantes que decidan operar en los otros Estados contratantes. Entre las distintas disposiciones sustantivas de protección se incluyen la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo a los inversores, la prohibición de discriminación, la obligación de cumplir con las estipulaciones contractuales que deriven de la inversión y la obligación de no expropiar las inversiones extranjeras sin el cumplimiento de una serie de condiciones.<sup>3</sup>

La protección de todas estas obligaciones se garantiza con el sometimiento de las partes a un arbitraje transnacional para la resolución de disputas que deriven directamente de la inversión. Así, el arbitraje de inversiones se ha convertido en el mecanismo por excelencia de resolución de controversias de este tipo.

---

<sup>3</sup> L. Moreno Blesa, “El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes”, *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, volumen 4, número 1, 2015, pp. 74-97. En <http://ried.unizar.es/index.php/revista/article/viewFile/127/67>

Entre las ya señaladas instituciones arbitrales donde se incoan la mayoría de los procedimientos sobre inversiones extranjeras, interesa realizar una mención especial del CIADI. La mayor parte de jurisprudencia arbitral que va a ser utilizada en el presente estudio proviene de decisiones de tribunales CIADI, pues ante este centro han sido dirimidos algunos de los casos más relevantes sobre inversiones extranjeras, creándose a partir de ellos jurisprudencia arbitral que ayuda a la definición y delimitación de cuestiones esenciales en este tipo de controversias. Así, interesa conocer que este organismo, dependiente del Banco Mundial, es considerado la principal institución de arbitraje de inversiones, con 159 Estados firmantes del Convenio de Washington -por el que se crea el CIADI- y con 150 Estados que han expresado su consentimiento de obligarse por las normas del centro. Además, la gran mayoría de TBI o APPRI existentes prevén entre sus disposiciones la posibilidad de someter las controversias a un arbitraje CIADI. Estas cláusulas se adoptan con el claro objetivo de promocionar las inversiones extranjeras, ofreciendo la alternativa de acudir a un foro internacional que resolverá las disputas atendiendo a los intereses de ambas partes, creando un ambiente de confianza recíproca y buscando la estimulación del flujo de capital privado internacional entre Estados.<sup>4</sup>

El objeto del presente estudio se ha centrado en la protección ofrecida a los inversores extranjeros en los diferentes instrumentos convencionales sobre inversiones consistente en la prohibición de expropiar sus inversiones si no es por una serie de causas que justifiquen dicha expropiación. Así, ante la multitud de reclamaciones presentadas por inversores y resueltas mediante arbitrajes CIADI u otra modalidad de arbitraje de inversión, serán de interés para este examen los casos relativos a expropiaciones. La jurisprudencia arbitral que de ellos derive ayudará a la delimitación de conceptos clave tales como el de “expropiación indirecta”, “medidas de efecto equivalente a la expropiación” o “compensación debida al inversor”.

Si bien el presente estudio se limita al análisis de la protección convencional de inversiones extranjeras relativa a la prohibición de expropiar, se podrá apreciar la

---

<sup>4</sup> *Id.* pp. 74-97



conexión existente con las demás disposiciones convencionales de contenido sustantivo, tales como la obligación del trato justo y equitativo y la obligación de cumplir con las disposiciones contractuales vinculantes para el inversor extranjero y el Estado. Muchas reclamaciones efectuadas por inversores no se limitan a invocar únicamente la disposición relativa a la expropiación o al trato justo y equitativo, si no que suelen alegarse la violación de varias de estas disposiciones por la actuación del Estado receptor de la inversión.

Además del estudio de las expropiaciones de inversiones extranjeras, se hará un sucinto examen de la cuestión relativa al Derecho aplicable al fondo de los arbitrajes de inversión. Resulta necesario un análisis de esta cuestión en lo que a efectos de este estudio interesa, para poder conocer bajo qué ordenamiento u ordenamientos serán examinadas por el tribunal arbitral las actuaciones estatales consideradas expropiación por los inversores.

Finalmente, se hará un traslado de la cuestión de las expropiaciones al concreto ámbito de las inversiones en energías renovables en España. En la actualidad, nuestro país afronta una seria cantidad de reclamaciones de inversores extranjeros que han visto afectadas sus inversiones por la política de recortes en el sector de las renovables adoptada años atrás por el Gobierno, consecuencia de la crisis mundial del año 2008. La repercusión social y mediática que ha resultado de esta serie de reclamaciones invita a un estudio de la situación. El mismo se centrará en las reclamaciones relativas a supuestas expropiaciones, aunque siempre en relación con el resto de disposiciones convencionales invocadas por los inversores.

Con todo ello, el objetivo será brindar una visión del arbitraje de inversión como método de resolución de disputas entre inversores extranjeros y Estados, centrando el examen en las expropiaciones de inversiones extranjeras como objeto de controversia. Tras un análisis de la cuestión del Derecho aplicable al fondo del asunto enfocando la cuestión a las expropiaciones, el traslado de esta cuestión a la concreta situación que vive España respecto de las inversiones en el sector de las ER cerrará el estudio,

ofreciendo un enfoque actualizado y más cercano del arbitraje de inversión y las expropiaciones de inversiones extranjeras.

## **CAPÍTULO I.- LA EXPROPIACIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS**

### **1.- Delimitación del término “expropiación”. Diferentes tipos de expropiaciones**

#### *1.1. Concepto de expropiación. Problemas calificadorios y pluralidad de interpretaciones*

Una de las cuestiones que mayores problemas suscita en el ámbito de las expropiaciones de inversiones extranjeras es la indeterminación del concepto de “expropiación”. La vaguedad de la terminología empleada en los APPRI hace que un concepto fundamental como es el de expropiación, en su sentido más amplio, carezca de una delimitación clara.

Resulta esencial delimitar este concepto, ya no únicamente en lo que concierne a la cuestión de las compensaciones, sino sobre todo por la interacción en el ámbito de las inversiones extranjeras del Derecho internacional y de los distintos Derechos internos estatales. En cuanto a esta segunda cuestión, es necesario conocer que en el Derecho internacional existe una concepción más amplia de los actos estatales que suponen una expropiación en comparación con un Derecho interno determinado, pues la primera se extiende más allá de actos de nacionalización o expropiación directa. Así, podría suceder que un mismo acto o medida de un Estado pudiera ser calificado como expropiación en aplicación del Derecho internacional, mientras que según el Derecho interno el Estado no estaría acometiendo una actuación expropiatoria,<sup>5</sup> en ambos casos con las consecuencias que de ello derivan y que iremos analizando a lo largo del presente estudio.

---

<sup>5</sup> I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, 2010, p. 226

La amplitud y poca concreción con la que se regula el concepto de expropiación o medida de efecto equivalente en el Derecho internacional convencional, en concreto en los Tratados internacionales de promoción y protección de las inversiones extranjeras, supone una de las no pocas deficiencias achacadas al sistema. Esta inseguridad sobre las medidas estatales que constituyen medidas equivalente a la expropiación puede ser utilizada por los inversores extranjeros para interponer reclamaciones que en ciertos casos llegan a ser caprichosas o abusivas, dando lugar a la pérdida de la credibilidad del sistema de controversias en el ámbito de la expropiación. Un claro ejemplo al respecto es el caso *Telenor c. Hungría*<sup>6</sup>, donde la demandante -empresa noruega- alegaba como expropiación y consiguiente violación del Tratado bilateral de inversiones entre Noruega y Hungría unas medidas fiscales impuestas en los años 2002 y 2003, sin realmente aportar hechos objetivos que sustentaran dicha reclamación, y donde finalmente se terminó por apreciar, no sólo la no existencia de expropiación, sino además el carácter abusivo de la reclamación de Telenor, que en ese momento había obtenido con Pannon -su inversión respecto al APPRI- una rentabilidad altísima, llegando a obtener los mejores resultados financieros de su historia en 2002. El Tribunal CIADI, en el presente caso, utilizó como criterio revelador de la existencia de una medida expropiatoria, la magnitud de las pérdidas alegadas en comparación con el valor de la inversión, debiendo suponer dichas pérdidas al menos la privación esencial de la inversión. Se trata de un criterio extendido en la práctica arbitral.<sup>7</sup>

No pierde oportunidad el inversor extranjero para fundar su reclamación en la expropiación de la inversión, pues dispone de margen para poder dar encaje a los hechos alegados en un supuesto de medida adoptada por el Estado con efectos expropiatorios, al no existir un concepto claro y delimitado que no otorgue margen al ingenio no siempre fundado del reclamante.

---

<sup>6</sup> *Telenor Mobile Communications A. S. v. c. República de Hungría*, caso CIADI n° ARB/04/15. Laudo de 13 de septiembre de 2006. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf>

<sup>7</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 236-238

La apropiación de bienes extranjeros puede realizarse por medio de las clásicas expropiaciones directas, pero además, cabe realizarse también a través de medidas indirectas que interfieren en el uso económico de la inversión, y así ha sido reconocido por los tribunales internacionales, los diferentes Tratados internacionales de inversión y la doctrina más reciente.<sup>8</sup>

Cuestión también relevante en aras de aproximar un concepto más concreto de expropiación es la utilización de los términos de expropiación y nacionalización que, en concordancia con la gran mayoría de opinión experta, es necesario diferenciar. El objetivo de esta separación de ambas nociones es el de establecer estándares distintos de compensación para cada caso, por entenderse fenómenos diferentes que merecen tratos distintos. No obstante, la práctica convencional no ha sabido trazar una clara línea entre las expropiaciones y las nacionalizaciones, al menos en lo que a sus consecuencias respecta. Y esto no ha ocurrido únicamente en los tratados de inversión, incluidos los APPRI españoles, sino que además una parte de la doctrina emplea indistintamente ambos términos, utilizando el término expropiación para referirse a nacionalizaciones, a veces por actitudes interesadas y otras veces como simple consecuencia de la indefinición de los conceptos.<sup>9</sup>

Todo lo hasta ahora analizado no hace sino más difícil obtener una delimitación clara y definida del concepto de expropiación. Así se ha hecho ver incluso en la práctica arbitral, donde por ejemplo el Tribunal del caso *Marvin Feldman c. México* reconoce respecto del TLCAN, y en concreto de su art. 1110, que “*carece de una definición precisa de expropiación.*”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> *Id.* pp. 236-238

<sup>9</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 229-231

<sup>10</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n° ARB(AF)/99/1. Laudo de 16 de diciembre de 2002. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0320.pdf>, p. 97

Es difícil pero necesario fijar qué elementos constituyen una expropiación, así como encontrar aquellos que ayuden a distinguir una expropiación directa de una expropiación indirecta o de aquellas medidas con efectos equivalentes a la expropiación. Se ha podido apreciar también que los APPRI no ayudan a esclarecer esta cuestión, aportando definiciones vagas e indefinidas de términos tan relevantes en la práctica económica internacional como la nacionalización, la expropiación y medidas de efecto equivalente. Es por ello que para poder ser capaces de emplear una terminología lo más concreta posible será necesario acudir a la doctrina y al abanico de decisiones arbitrales existentes.<sup>11</sup> Sólo un exhaustivo análisis de la opinión experta y la jurisprudencia arbitral podrá alejarnos de la gran inseguridad que provoca la indefinición de esta cantidad de términos, acercándonos a una delimitación de los mismos que tan esencial resulta para un funcionamiento justo y eficaz del sistema.

Como ocurre en cualquier ámbito del Derecho, cuando no existe un término taxativo y claramente determinado, se suele proceder a realizar interpretaciones del mismo. En el caso de la interpretación del concepto de expropiación, ésta debería realizarse sobre la letra y el contexto de cada Tratado internacional de inversión. No obstante, existe una gran similitud entre el contenido de los Tratados internacionales de inversión, circunstancia a la que se suma el valor de precedente que disponen las decisiones arbitrales anteriores sobre las posteriores. Es por ello que, en la actualidad, se puede hablar de un único concepto amplio de expropiación en el Derecho internacional convencional, que engloba tanto las expropiaciones directas, indirectas y medidas de efecto equivalente a la expropiación.<sup>12</sup>

Los árbitros y la doctrina, en labores de interpretación del concepto de expropiación, debe atenerse a las normas internacionales de interpretación de Tratados, y en concreto a lo previsto en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de

---

<sup>11</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 231

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 232

1969.<sup>13</sup> De acuerdo con el citado precepto, la interpretación debería realizarse “*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>14</sup> Así, cuando se deban interpretar expresiones tales como “expropiación indirecta” o “medida de efecto equivalente”, se deberá tener especial atención en el contexto, además de en el objeto y fin del APPRI o cualquier otro Tratado de inversión, que no es otro que el aumento del flujo de inversiones extranjeras y el consiguiente desarrollo económico y social de los Estados firmantes.

No obstante lo hasta ahora expuesto, en la práctica arbitral, secundada por opinión experta, no existe una posición unánime a cerca de cómo debe interpretarse el concepto de expropiación. Así, existe una corriente que aboga por interpretar las cláusulas convencionales, y por extensión los términos como el de expropiación, en favor de la protección de la inversión cubierta; siendo ejemplo de esta postura la adoptada por el Tribunal arbitral del caso *SGS c. Filipinas*<sup>15</sup>. Posición contraria a la expuesta adoptan, entre otros, los Tribunales arbitrales de los casos *Noble Ventures c. Rumanía*, *El Paso c. Argentina*, y *Pan American, BP c. Argentina*, donde se propugna una interpretación que busque el equilibrio entre los intereses del inversor y los intereses estatales, esto es, aquella interpretación que mejor responda al beneficio mutuo, esencia de los Tratados de inversión.<sup>16</sup>

Esta segunda interpretación, defensora de la búsqueda del equilibrio de intereses estatales y del inversor, resulta a priori la más razonable y coherente. Sin perjuicio de

---

<sup>13</sup> A.J. SHARPEN, “NAFTA Chapter 11: A Step Forward in International Trade Law or a Step Backward for Democracy?”, *Temple International and comparative Law Journal*, vol. 17, núm.1, 2003, p. 323

<sup>14</sup> Al respecto, establece el primer apartado del artículo 31 del Convenio de Viena como regla general de interpretación que “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*”

<sup>15</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de las Filipinas*, caso CIADI nº ARB/02/6. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>

<sup>16</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, op.cit., p. 223

ello, entiéndase que debe tenerse siempre presente la situación del inversor que, atraído por condiciones pactadas con el Estado, emplea grandes sumas dinerarias que entran en dicho Estado y sobre las que, en cierto modo, pierde el control, que en principio debe ser absoluto, ante posibles vicisitudes que puedan surgir fruto de actuaciones o políticas estatales desconocidas para el inversor extranjero. Situaciones que colocan al inversor en una posición clara de inferioridad respecto del Estado, quien no va a renunciar a la soberanía que legítimamente le corresponde, pero que en ciertos casos puede llegar a contravenir las expectativas del inversor e incluso privarle del valor de su inversión. Son muchos los mecanismos convencionales que protegen al inversor ante estas posibles actuaciones estatales, pero ello no obsta a poder ampliar dicha protección dando pie a interpretaciones favorables a la protección y promoción de la inversión de las distintas cláusulas y términos incluidos en los Tratados internacionales, partiendo en todo caso del equilibrio de intereses como base.

La inseguridad que supone la no concreción de la noción de expropiación acarrea una serie de consecuencias negativas en la relación que surge entre las partes de la inversión, en tanto que daña las expectativas del Estado y de los inversores, pone en entredicho la seguridad, fiabilidad y confianza en la protección que ofrecen los Tratados internacionales de inversión y cuestiona la fiabilidad de las normas, al no ser posible en ciertas situaciones saber si un acto estatal determinado constituye expropiación o medida de efecto equivalente a efectos de la regulación convencional aplicable al caso. Esta inseguridad perjudica al flujo de inversiones privadas y, la que se presupone que es su consecuencia directa, el desarrollo económico y social del Estado receptor. Los inversores y Estados se muestran reacios a adoptar compromisos con la otra parte, los primeros por verse imposibilitados a calcular o prever los riesgos que pueden afectar a sus inversiones, y los segundos por no querer ver limitado el ejercicio del poder público, que legítimamente le corresponde, al poder incurrir actuaciones adoptadas incluso en favor del interés superior de los ciudadanos en actos de expropiación o medidas de efecto equivalente.<sup>17</sup> Todo ello hace del sistema de protección de inversiones un difícil

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 225-228

escenario de encuentro de intereses, objeto de muchas críticas y donde la búsqueda de un equilibrio entre las partes no supone ni mucho menos una tarea sencilla.

### *1.2. Características esenciales de la expropiación*

La práctica arbitral será la encargada de resolver el problema que supone la indefinición del concepto de expropiación, en interpretación de la normativa aplicable y dando un contenido a esos términos e intentando identificar los elementos que los constituyen. La identificación de esos elementos resulta una cuestión menos complicada en lo que a las expropiaciones directas supone, mientras que la problemática surge en lo que respecta a las expropiaciones indirectas y medidas de efecto equivalente a la expropiación.<sup>18</sup> Por ello, a continuación se tratarán los elementos que conforman una expropiación directa, en relación con las expropiaciones indirectas y medidas de efecto equivalente. Para ello, conviene partir de la definición de expropiación ofrecida por el Tribunal arbitral del caso *Tecmed c. México*, cuando señala que “*la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto*”.<sup>19</sup> De esta definición formal de expropiación que el Tribunal arbitral aporta se deducen los elementos que constituyen un acto o medida de expropiación, que pueden ser clasificados en dos grupos: de una parte los aspectos que atañen al acto y que conformarán el mismo y, de otra parte, los elementos que resultan de ese acto expropiatorio. Así, el acto deberá ser atribuible al Estado, de carácter forzoso e idóneo para provocar efectos expropiatorios -primer grupo de elementos-, además de que dicho acto deberá producir al inversor una privación sobre su inversión y, de otra parte, una apropiación o adquisición a favor del Estado -segundo grupo de elementos-.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 234

<sup>19</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n° ARB(AF)/00/2. Laudo de 29 de mayo de 2003. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>, p. 113

<sup>20</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...* *op.cit.*, p. 235



*A) Atribuible al Estado, carácter forzoso e idoneidad del acto*

Comenzando por el primero de los elementos constitutivos de la expropiación, la atribución del acto al Estado, ha sido reconocido como tal en varios laudos arbitrales, véase *Tradex Hellas c. Albania*, *Amco c. Indonesia* y *Tecmed c. México*, entre otros.<sup>21</sup> El Tribunal arbitral de este último caso señala, en su ya analizada definición de expropiación, que la misma es un acto del Estado efectuado a través de actos administrativos o legislativos.<sup>22</sup> Dichos actos son claramente atribuibles al Estado, pero mayor duda generan los actos de autoridades públicas descentralizadas, entes que no forman parte del organigrama estatal pero que ejercen función pública, así como actos de individuos que actúan en representación estatal. A ojos del orden internacional, el Estado también será responsable de los actos que perpetren estas autoridades, si bien no son directamente ejecutados por el mismo, no dejan de ser entes dependientes del propio Estado. Resulta, entonces, esencial el acreditar que la autoría del acto dañino sea atribuible al Estado para poder calificarlo como expropiatorio, no apreciándose en la práctica arbitral dicha atribución en casos donde quien ejecuta el acto es un sujeto totalmente independiente del Estado, pero también en casos más dudosos como una crisis general del mercado y la consiguiente crisis de una empresa, los riesgos comerciales normales que asume el inversor, y similares; no pudiendo, por lo tanto, apreciar expropiación en dichas circunstancias.<sup>23</sup>

El segundo de los elementos constitutivos de una expropiación es el carácter forzoso del acto perpetrado por el Estado. Es decir, si el acto ha sido adoptado de común acuerdo entre el Estado y el inversor no se podrá hablar, en ningún caso, de una expropiación. Así lo apreció el Tribunal arbitral del caso *Tradex Hellas c. Albania*<sup>24</sup>, donde la inversión se tradujo en la constitución de una *joint venture* entre el inversor y una empresa estatal, que fue posteriormente disuelta -acto que el inversor entendía

---

<sup>21</sup> *Id.* p. 235

<sup>22</sup> *Tecmed c. México*, p. 113

<sup>23</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 236

<sup>24</sup> *Tradex Hellas S.A. c. República de Albania*, caso CIADI n° ARB/94/2. Laudo de 29 de abril de 1999. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0871.pdf>

expropiatorio- de común acuerdo entre ambas partes, por lo que el Tribunal no apreció la imposición de la medida por parte del Estado, y por consiguiente no la calificó como expropiatoria.

Una vez se ha dado cuenta de que el acto en cuestión es atribuible al Estado y de su carácter forzoso, el tercer elemento necesario para considerarlo constitutivo de expropiación es la idoneidad del mismo. Así lo expresa el Tribunal del caso *Olguín c. Paraguay*, cuando apunta que “*para que se produzca una expropiación se requiere de actos que puedan considerarse razonablemente idóneos para producir el efecto de una privación del bien que pertenece al afectado*”.<sup>25</sup> En la misma línea, señala el Tribunal que “*la expropiación exige pues que se actúe teleológicamente en orden a su realización; para que se dé no es suficiente haber incurrido en omisiones, aunque estas fueren graves*.”<sup>26</sup> En relación con esto último, se debe saber que cuando se está tratando una expropiación se habla de un acto o medida, entendidas como acciones intencionadas y no como una conducta de acción u omisión. No es esta una afirmación irrefutable, pues existen posiciones tendentes a apreciar expropiación en omisiones del Estado, aunque en la práctica de las reclamaciones dichas omisiones se suelen combinar con actos estatales.<sup>27</sup>

La intencionalidad en la actuación estatal -actuación teleológica- que exige el Tribunal del caso *Olguín c. Paraguay* para la apreciación del requisito de idoneidad parece constituir una excepción en la práctica arbitral, pues en la mayoría de decisiones, a destacar el caso *Tecmed c. México*, y en gran parte de la doctrina no se aprecia o se atribuye relevancia al elemento intencional en la actuación estatal para poder apreciar en ella una expropiación.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> *Eudoro Armando Olguín c. República de Paraguay*, caso CIADI n° ARB 98/5. Laudo de 26 de julio de 2001. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0586.pdf>, p. 84

<sup>26</sup> *Id.* p. 84

<sup>27</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en litigios...*, *op.cit.*, p. 238

<sup>28</sup> *Id.* p. 238

En definitiva, la idoneidad del acto como tercer elemento constitutivo de una expropiación exige que exista una relación causal directa y objetiva entre la actuación del Estado y los efectos de la expropiación en la inversión extranjera, además de que dicha actuación estatal sea consciente y voluntaria de las consecuencias que va a producir, sin importar tanto la intención y objetivos perseguidos con su adopción.<sup>29</sup>

#### *B) Privación y beneficio*

Analizados ya los elementos constitutivos que propiamente atañen a la expropiación, es momento de examinar los elementos que se refieren al resultado de la misma. Así, por una parte es necesario que la expropiación tenga un efecto privativo sobre la inversión, y por la otra, se exige que exista una apropiación por parte del Estado de la titularidad o beneficios de esa inversión expropiada. En relación con este doble requisito exigido, cabe destacar la dualidad terminológica que se emplea en la doctrina, cuando se hace referencia por un lado al término “privación” y por otro a la noción del “*taking*”, refiriéndose en ambos casos una privación de la inversión pero únicamente en el caso del “*taking*”, además, implicando la adquisición por parte del Estado o de un tercero de los beneficios de la inversión.<sup>30</sup> La práctica arbitral parece decantarse a favor del término “*taking*”, como puede apreciarse en el caso *Myers c. Canadá*, donde el Tribunal hace alusión expresa a dicho término.<sup>31</sup>

Entrando en un análisis individualizado de los dos resultados, en lo que a privación respecta ésta debe revestir ciertos requisitos. El primero de ellos exige que la privación tenga la interferencia suficiente para despojar a la inversión de toda utilidad para el inversor o que suponga un deterioro total de la misma, requisito apreciado por el Tribunal del caso *Pope & Talbot c. Canadá*, entre otros.<sup>32</sup> En este sentido, es necesario

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 239

<sup>30</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en litigios...*, *op.cit.*, p. 239

<sup>31</sup> *S.D. Myers c. Canadá*, arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Laudo de 30 de diciembre de 2002. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0754.pdf> , p. 280

<sup>32</sup> *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Laudo de 31 de mayo de 2002. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf> , p.102

que la intensidad de la interferencia en la inversión sea fundamental o sustancial, pero ello no conlleva necesariamente que la expropiación sea respecto de la totalidad de la inversión, aceptándose que una privación parcial de la inversión puede hacer perder la utilidad de esta. Así se ha reconocido en la práctica arbitral, donde destacan casos como *Letco c. Liberia*<sup>33</sup> y *Southern Pacific Properties c. Egipto*<sup>34</sup>, cuyos Tribunales apreciaron expropiaciones en decisiones estatales que afectaban parcialmente a las inversiones extranjeras, argumentando que dichas actuaciones, si bien no suponían una expropiación total, afectaban de forma determinante y significativa a la utilidad de la inversión.

La privación que se considere con interferencia suficiente en la utilidad de la inversión deberá tener, además, un carácter permanente e irreversible. No obstante, se ha admitido también que la medida pueda ser temporal o transitoria, siempre que prive a la inversión de toda su utilidad de forma definitiva, afirmación secundada en las decisiones arbitrales de los casos *Myers c. Canadá*<sup>35</sup>, *Tecmed c. México*<sup>36</sup> y *RFCC c. Marruecos*<sup>37</sup>, entre otros.<sup>38</sup>

En lo que respecta al segundo resultado que una expropiación debe ocasionar, la práctica arbitral ha considerado que bien el Estado o bien un tercero deben beneficiarse directa o indirectamente de los frutos de la inversión, no pudiendo apreciarse expropiación cuando nadie se beneficia del acto adoptado por el Estado. Así, se debe

---

<sup>33</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) c. República de Liberia*, caso CIADI. Laudo de 31 de marzo de 1986, p. 26

<sup>34</sup> *Southern Pacific Properties Limited c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI n° ARB/84/3. Laudo de 20 de mayo de 1992. [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf), pp. 169-172

<sup>35</sup> *Myers c. Canadá*, p. 283

<sup>36</sup> *Tecmed c. México*, p.116

<sup>37</sup> *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos*, caso CIADI n° ARB/00/6. Laudo de 22 de diciembre de 2003. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0226.pdf>, p. 68

<sup>38</sup> A.J. Sharpen, “NAFTA Chapter 11...”, *loc.cit.*, p. 337

producir una verdadera y efectiva transmisión de la titularidad y del control de la inversión para poder evidenciar el beneficio para el Estado o para el tercero, es decir, para poder apreciar una expropiación directa; pero en ningún caso va a impedir la no existencia de dicha transferencia formal la apreciación de una expropiación indirecta o medida de efecto equivalente. En los casos en los que no exista una transferencia efectiva de la titularidad de la inversión, habrá de estarse a lo que se entienda por beneficio para el Estado o el tercero y si efectivamente se han visto favorecidos por el mismo, pero no es tarea sencilla por la cantidad de incógnitas que surgen al respecto. Parece que lo que exige una expropiación para su apreciación es que exista un beneficio económico, en forma de ganancia, para el Estado o el tercero fruto de la privación de la inversión; mientras que beneficios del tipo medioambientales, de salud pública y seguridad pública parecen ser consecuencia de una medida regulatoria legítima, adoptable por el Estado y que afecta a la propiedad del inversor, y que en su gran mayoría de casos queda exenta de la obligación de compensar.<sup>39</sup> Se tratan de medidas que analizaremos a lo largo del presente estudio.

### *1.3. Expropiaciones directas, indirectas y medidas de efecto equivalente*

Como ya se ha señalado con anterioridad, las expropiaciones directas no son el único tipo de actos expropiatorios existentes, sino que además en la doctrina y en la práctica arbitral se han identificado las llamadas expropiaciones indirectas y las medidas de efecto equivalente. Al respecto, existe una gran confusión terminológica en lo que a los diferentes tipos de actos expropiatorios respecta, por lo que en el presente estudio serán tratadas como equivalentes las expropiaciones indirectas y las medidas de efecto equivalente a la expropiación, diferenciándolas únicamente de las expropiaciones directas, entre las que sí se puede afirmar existe una clara línea divisoria.<sup>40</sup> La razón por la que no se aprecia diferencia entre los conceptos de expropiación indirecta y medidas de efecto equivalente es la utilización del segundo término en los Tratados bilaterales de inversión, incluidos la gran mayoría de APPRI españoles, y en la generalidad de las

---

<sup>39</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 443-445

<sup>40</sup> *Id.* pp. 443-445

decisiones arbitrales -véase el caso *Marvin Fledman c. México*, entre otros- entendiéndose así incluidas dentro del mismo las expropiaciones indirectas.<sup>41</sup> Ciertamente existen ciertas excepciones que tratan como diferentes ambos términos, como por ejemplo el TLCAN, donde se hace mención separada de las inversiones indirectas y de las medidas de efecto equivalente, o en la decisión del Tribunal del caso *Waste Manegment c. México*, donde se ha entendido que la medida de efecto equivalente comprende un contenido más amplio que la expropiación indirecta.<sup>42</sup> No obstante, como la diferenciación entre ambos conceptos carece de relevancia práctica, serán tratados como semejantes para evitar confusiones innecesarias.

Aprovechando la definición de expropiación que ofrece el Tribunal del caso *Tecmed c. México* -y que ya hemos analizado en el apartado anterior- continúa esta haciendo referencia a las expropiaciones indirectas y medidas de efecto equivalente cuando señala que “(...) el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación de facto, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado”.<sup>43</sup> Es decir, el Estado puede adoptar una gran variedad de actos de diferente naturaleza que afecten a la propiedad del inversor sin suponer necesariamente un despojo forzoso de la misma.

Las expropiaciones indirectas, además de ser difíciles de detectar, han acaparado el papel principal de las expropiaciones de inversiones extranjeras en la actualidad, consecuencia de la actuación estatal que evita siempre incurrir en actos expropiatorios

---

<sup>41</sup> *Marvin Feldman c. México*, p.100

<sup>42</sup> *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n° ARB(AF)/00/3. Laudo de 30 de abril de 2004. [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8674\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8674_0.pdf), p. 143

<sup>43</sup> *Tecmed c. México*, p. 113

directos y creando así un ambiente de incertidumbre y miedo entre los inversores de capital extranjero.<sup>44</sup>

Una aproximación más precisa a lo que por expropiación indirecta o medida de efecto equivalente se entiende la ofrece el Tribunal del caso *Metalclad c. México*, cuando recoge como expropiaciones indirectas todos aquellos actos disimulados o incidentales, que no teniendo necesariamente como beneficiario al Estado, hacen que la inversión pierda todo o gran parte de su valor.<sup>45</sup> Es decir, cuando el acto no declara con claridad el objetivo de expropiar al inversor, o bien los beneficios que genera dicho acto se transfieren a terceros diferentes del Estado, nos encontraremos ante una expropiación indirecta; así, se desecha el elemento intencional del Estado, fijando la atención en los efectos dañinos que produce dicha actuación en la utilidad de la inversión.

Cuando se habla de medidas de efecto equivalente a la expropiación, resulta necesario delimitar o identificar el alcance del mismo, es decir, qué medidas son las consideradas equivalentes a la expropiación directa. No resulta fácil esta aclaración, pero puede realizarse una aproximación lo más exacta posible a lo que engloba este término, pero el Tribunal del caso *RFCC c. Marruecos* ayuda en dicha tarea, aportando ciertas aclaraciones sobre las medidas de efecto equivalente, cuando señala en su laudo que estas medidas deben suponer la misma privación que la exigida a las expropiaciones directas u ordinarias, lo que implica que la medida en cuestión no pueda ser menos exigente en lo que a sus efectos respecta. Aborda asimismo el Tribunal la tarea de intentar delimitar qué actos en concreto pueden producir el efecto equivalente al de una expropiación, señalando al efecto que cualquier actuación estatal que interfiera en los derechos fundamentales y de propiedad del inversor puede ser proclive a producirlos, acopiando así una gran variedad de actos -derivados del ejercicio del poder público- que pueden ser potencialmente considerados expropiatorios. En definitiva, se exige que la

---

<sup>44</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 248-249

<sup>45</sup> *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n1 ARB(AF)/97/1. Laudo de 30 de agosto de 2000. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>

medida disponga de unos elementos similares a los exigidos a la expropiación directa, y sólo entonces podrá afirmarse que esa medida surte efectos iguales a la expropiación.<sup>46</sup>

Pero como ya hemos señalado, las medidas de efecto equivalente y las expropiaciones indirectas están claramente diferenciadas de las expropiaciones ordinarias o directas. Y la diferencia entre ambos tipos de expropiaciones viene dada en los elementos formales, y no sustanciales; es decir, si bien ambos tipos de expropiaciones producen los mismos efectos -privación de la utilidad de la inversión al particular y beneficio al Estado o tercero- las medidas de efecto equivalente no requieren de una transferencia formal de la propiedad o de los derechos del inversor a favor del Estado o un tercero, mientras que en la expropiación directa sí que se aprecia dicha transferencia formal.<sup>47</sup>

La diferenciación entre ambos conceptos parece buscar la atribución de un significado más amplio a la medida de efecto equivalente, referido a los requisitos formales y no sustanciales, pues la medida de efecto equivalente no puede ser, por definición, más amplia que la medida con la que se compara.<sup>48</sup>

Para la apreciación de una medida de efecto equivalente a la expropiación, la opinión experta parece haber elegido como criterio revelador el daño causado a la inversión, al impacto que se provoca sobre la misma. Es el denominado “*sole effect doctrine*” u “*orthodox approach*”, que ha sido incluido también en los Tratados de inversión más recientes. Así, se aparta el aspecto de la transferencia de los beneficios al Estado o un tercero para la apreciación de una medida de efecto equivalente o expropiación indirecta, dando todo el valor a la incidencia negativa que se perpetra en la inversión.<sup>49</sup> Al respecto, no parece haber una posición uniforme en la práctica arbitral. Mientras que

---

<sup>46</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.* pp. 250-252

<sup>47</sup> ESIS VILLAROEL, IVETTE. Expropiación de inversiones foráneas: potenciales litigios y arbitraje de inversión. [Tesis doctoral, Universidad de Valencia]. 2012. En “Roderic”. <https://roderic.uv.es/handle/10550/24838>, pp. 220-226

<sup>48</sup> *Id.* pp. 220-226

<sup>49</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 253-254



existen decisiones que avalan la “*sole doctrine effect*”, entre las que cabe mencionar las decisiones de los casos *CME Czech Republic B.V.*<sup>50</sup> y *Metalclad c. México*, la corriente arbitral contraria sigue exigiendo la transferencia de los beneficios al Estado o a un tercero para poder apreciar una expropiación indirecta, como ocurre por ejemplo en el caso *Ronal Lauder*.<sup>51</sup> En cualquier caso, las decisiones arbitrales favorables a la “*sole doctrine effect*” tomadas a modo de ejemplo señalan que no es necesario que el Estado reciba un beneficio “*obvio*”, es decir, que realmente sí que puede existir un beneficio y la conducta se puede calificar como medida de efecto equivalente. La cuestión será determinar qué se entiende por beneficio, y en estos casos se debe entender a modo de ganancia, de resultado económicamente favorable para el Estado o tercero, exista transmisión formal de la propiedad o no. El problema surge a la hora de probar la existencia de dicho beneficio en casos donde no se ha producido una transmisión formal de los derechos del inversor. Pero en definitiva, parece claro que además del requisito de privación de la inversión sea necesario la existencia un beneficio económico para la apreciación de una medida de efecto equivalente o expropiación indirecta.<sup>52</sup>

La fijación del contenido exigido a las expropiaciones indirectas o medidas de efecto equivalente es muy relevante a la hora de poder calificar como expropiatoria cualquier actuación estatal que no quede enmarcada dentro de las expropiaciones directas, por lo que cuanto más claro sea dicho contenido más sencillo resultará poder saber si una medida regulatoria, un incumplimiento contractual o la decisión de un órgano judicial constituye o no una expropiación. Se tratan de actuaciones estatales difusas o límites que, en virtud de lo que se entienda por medida de efecto equivalente, darán o no derecho a una indemnización al inversor; lo que pone de manifiesto la necesaria delimitación y fijación de los conceptos de expropiación indirecta y medida de efecto

---

<sup>50</sup> *CME Czech Republic BV c. República Checa*, arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Laudo de 14 de marzo de 2003. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>

<sup>51</sup> *Ronald S. Lauder c. República Checa*, arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Laudo de 3 de septiembre de 2001. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>, p. 203

<sup>52</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 255

equivalente a la expropiación, no debiendo de adoptar concepciones demasiado amplias que abarquen cualquier actuación estatal y atendiendo siempre a la lógica del caso por caso.<sup>53</sup>

## **2.- La licitud de las expropiaciones de inversiones extranjeras**

### *2.1. Condiciones de licitud: discrepancias y análisis*

La capacidad del Estado de poder expropiar bienes de naturaleza privada se encuentra intrínsecamente ligado a su soberanía permanente, lo que hace de la actuación expropiatoria sea una actuación legal del Estado. Ahora bien, no toda actuación expropiatoria llevada a cabo por el ente estatal se presume legal; dicho en otras palabras, para que la expropiación sea considerada lícita existen una serie de condiciones a respetar por el Estado, condiciones impuestas por el Derecho internacional. Esto supone que las expropiaciones deben ajustarse a los requisitos consuetudinaria y convencionalmente aprobados en el Derecho internacional, dejando a un lado el Derecho interno del Estado expropiador, incurriendo en caso contrario en una expropiación ilícita y su consiguiente responsabilidad internacional para el Estado expropiante.<sup>54</sup>

Al respecto de las condiciones de licitud de una expropiación impuestas por el Derecho internacional, existen dos posturas contrapuestas: el principio del trato nacional y el estándar mínimo internacional. Mientras que los defensores del principio del trato nacional o reconocen la existencia de requisitos de licitud de una expropiación impuestos por el Derecho internacional -dejando la cuestión para el Derecho interno-, aquellos que abogan por el estándar mínimo internacional advierten la existencia de tres requisitos reconocidos por el Derecho internacional para considerar una expropiación

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 256

<sup>54</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 258-260

lícita: la existencia de interés público, el carácter no discriminatorio de la medida y el pago de la debida indemnización al inversor.<sup>55</sup>

Los Tratados internacionales de inversión, en su inmensa mayoría, han facilitado la tarea de reconocer o identificar las condiciones de licitud de una expropiación, al recoger en sus disposiciones las tres condiciones ya mencionadas, además de añadir una condición extra: la exigencia del debido proceso.<sup>56</sup>

#### *A) Interés público*

Comenzando con las condiciones de licitud de una expropiación, la utilidad pública que debe revestir la actuación expropiatoria ha sido reconocida como tal en textos convencionales y en el Derecho internacional consuetudinario. Resulta complicado, y mucho más desde la óptica del Derecho internacional, otorgar una definición de lo que supone interés público en una actuación estatal, por lo que resulta más coherente dejar la delimitación de dicha noción en manos del Derecho interno de cada Estado. Ello no impide que pueda realizarse una pequeña aproximación a lo que el requisito de utilidad pública exige. No ha lugar a dudas de que la utilidad debe responder a un interés de carácter socio-económico y no individual, ni tampoco político. Si bien se remarca que la apreciación de la utilidad pública de la actuación corresponde al Derecho interno del Estado, el contenido que hemos revelado debe operar en todo caso como un mínimo a respetar, un pequeño control sobre la actividad estatal.<sup>57</sup>

#### *B) Trato no discriminatorio*

Si bien la apreciación del requisito anterior no es totalmente unánime, las dudas a cerca de la apreciación del requisito del trato no discriminatorio se acrecientan. Si bien ha sido reconocido paulatinamente en los Tratados internacionales de inversión, la dificultad de fijar un contenido para este requisito ha sido la tónica del debate sobre su apreciación. La cuestión de la delimitación de un contenido para este requisito ha sido

---

<sup>55</sup> *Id.* pp. 258-260

<sup>56</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 261.

<sup>57</sup> I. Esis Villaroel, *Expropiación de inversiones foráneas...*, *op.cit.*, pp. 176-184

abordada por la opinión experta, tomando como referencia los TBI aun no disponiendo estos de una definición clara y específica, y llegando a la conclusión de que toda acción arbitraria sin legitimación justificada, bien impulsada por razones de nacionalidad, origen étnico u otras de índole similar, supone una infracción del trato no discriminatorio que se debe al inversor extranjero.<sup>58</sup>

Al igual que en el caso del requisito de utilidad pública, el principio de buena fe se encuentra estrechamente ligado al requisito del trato no discriminatorio, en tanto que un trato arbitral nunca podrá ser otorgado de buena fe, por lo que tampoco será posible apreciar la utilidad pública que se le exige a la expropiación; existiendo así una evidente relación entre ambos requisitos de licitud y respecto del principio de buena fe, en ambos casos también.<sup>59</sup>

### *C) Proceso legal debido*

Ya se ha señalado que el requisito del proceso legal debido, que incluye también el acceso a una instancia de apelación en foro internacional, ha sido un requisito observado más en los diferentes APPRI que en el contenido del estándar mínimo internacional. La intención de la adopción de este requisito para la licitud de una expropiación parece estar en otorgar de ciertas garantías procesales y legales al inversor, para evitar así la adopción de medidas arbitrarias por parte del Estado receptor. Si bien existe un número importante de APPRI que recogen el debido proceso como un requisito más de licitud de una expropiación, son muy pocos los que proceden a enunciar el contenido de este requisito, debiendo ser apreciado por la práctica arbitral en atención al caso concreto y al instrumento convencional aplicable.<sup>60</sup>

Como aproximación algo más precisa al contenido del requisito del debido proceso, podría decirse que éste debe actuar como una garantía que el Estado receptor debe proveer al inversor respecto a que el proceso de expropiación se lleve por los cauces

---

<sup>58</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 266-267

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 268

<sup>60</sup> I. Esis Villaroel, *Expropiaciones de inversiones foráneas...*, *op.cit.*, p. 198

legalmente previstos en dicho Estado, que el inversor pueda acudir a las autoridades competentes para hacer valer sus derechos y obtener una resolución judicial sobre la controversia, sobre la que pueda en su caso interponer los recursos que estime oportunos.<sup>61</sup>

Tras este sucinto examen a los requisitos que se exigen a una actuación expropiatoria estatal para poder ser calificada lícita, se desprende la conclusión de la dificultad que entraña dotar de un contenido exacto e inequívoco a cada uno de estos requisitos. Se ha intentado esbozar un contenido lo más clarividente posible de cada una de las condiciones de licitud, pero será el Tribunal arbitral quien deba fijar este contenido en atención a los hechos concretos y a la normativa convencional que resulte de aplicación, obteniéndose así resultados mucho más precisos y acordes con el trato debido a las partes, y la conciliación de la protección y promoción de las inversiones y el respeto de la soberanía estatal.

En lo que respecta al requisito de la indemnización a percibir por el inversor extranjero, el análisis de ésta como condición de licitud de una expropiación se realizará en el apartado que el presente capítulo dedica en particular a la cuestión de la compensación.

## *2.2. Las cláusulas de estabilización y la licitud de las expropiaciones*

Las cláusulas de estabilización suponen el acuerdo inversor-Estado en el marco de una relación contractual por el que el Estado se obliga a no adoptar medidas expropiatorias ni medidas de efecto equivalente, o al menos a limitar la adopción de las mismas a una serie de circunstancias claramente determinadas en el contrato. En relación con la licitud de las expropiaciones, se plantea la cuestión de si el no respeto o infracción de estas cláusulas de estabilización puede llegar a suponer la ilicitud -en su concepción internacional- de una medida expropiatoria.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> *Id.* p. 198

<sup>62</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 271

En principio, el derecho que rige una relación contractual Estado-inversor es el determinado por las normas de Derecho internacional aplicables al caso, bien pudiendo aplicarse como ley sustantiva un Derecho interno o el Derecho internacional, en los casos en que las partes así puedan y lo hayan pactado. En cualquier caso, y afirmando que este tipo de contratos quedan enmarcados dentro del Derecho interno y no del Derecho internacional, no deben ser asimilados en ningún caso a un Tratado internacional; y es ésta una opinión secundada por la mayoría de la doctrina y práctica arbitral, diferenciándose así los incumplimientos contractuales de las violaciones de Tratado.<sup>63</sup>

Consecuencia de la aclaración que se acaba de aportar, la violación de una cláusula de estabilización, en tanto que cláusula contractual, no supondría más que un mero incumplimiento contractual. Ello sin perjuicio de que existan previsiones contenidas en los TBI que otorguen a las condiciones contractuales acordadas por el inversor con el Estado receptor de una protección convencional, lo que da lugar a una “internacionalización” de la relación contractual, incluidas eventuales cláusulas de estabilización cuyo incumplimiento supondría además de una infracción del Derecho estatal regulador del contrato, una violación del TBI aplicable al caso, con la consiguiente ilicitud imputable a la expropiación acometida. Pero ello, como se ha apuntado, siempre que esté previsto en el Tratado de inversión aplicable, como así ocurre en los firmados entre Dinamarca e Indonesia, Burundi y Francia y Noruega y Madagascar, entre otros.<sup>64</sup>

Esta práctica convencional, sin embargo, no es la predominante en los APPRI adoptados por España, donde no se incluyen por norma general cláusulas que otorguen protección a los acuerdos contractuales que pueda adoptar el inversor con el Estado receptor. No obstante, sí que es práctica frecuente que los APPRI contengan las denominadas cláusulas “*umbrella*” o paraguas, del estilo “*cada Parte Contratante cumplirá cualquier*

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 272

<sup>64</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 273

*obligación contractual que haya contraído en relación con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante”*.<sup>65</sup>

Sin embargo, ha de saberse que la “internacionalización” que otorgan estas cláusulas paraguas contenidas en los APPRI a los acuerdos contractuales de inversión no alcanzará a dotar a las cláusulas de dichos contratos -cláusulas de estabilización inclusive- de una protección convencional que suponga que una infracción de las mismas pueda incidir en la apreciación de ilicitud de una concreta medida de expropiación, sino que simplemente servirán para poder declarar internacionalmente responsable al Estado que las infrinja.<sup>66</sup>

Queda claro, por todo lo expuesto, que ante la inexistencia de una norma general de Derecho internacional por la que se condicione el poder expropiatorio del Estado al respeto de los eventuales acuerdos contractuales que haya podido adoptar con el inversor, debe quedar clara la distinción entre incumplimientos contractuales y violaciones de Tratado. Se trata ésta de una afirmación secundada por la práctica arbitral y la opinión doctrinal, por lo que no cabe entender como circunstancia reveladora de la ilicitud de una medida expropiatoria el incumplimiento de las cláusulas de estabilización contenidas en los contratos Estado-inversor, dando lugar dichos incumplimientos a meras responsabilidades contractuales.<sup>67</sup>

### **3.- La compensación por actos expropiatorios**

La cuestión de la compensación es, en la actualidad, uno de los ejes fundamentales en materia de expropiación de inversiones extranjeras; si bien no siempre ha sido así en

---

<sup>65</sup> Así lo señalaba expresamente el APPRI entre España y Eslovenia, del 3 de abril del año 2000, pero que actualmente ya no se encuentra en vigor debido al Acuerdo para la terminación de tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=ES)

<sup>66</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 275

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 276

tiempos pretéritos, y tanto en la práctica arbitral como en los distintos Tratados internacionales conforma un elemento clave, si no el más importante, en lo que a las expropiaciones respecta. El reconocimiento de la obligación de compensar no queda reflejado únicamente en un plano internacional, sino que además muchos de los ordenamientos internos estatales -incluido el ordenamiento español- advierten el deber del Estado de compensar al inversor cuya inversión haya sido expropiada.<sup>68</sup>

En el apartado anterior se ha tratado la debida compensación del Estado como uno de los elementos de licitud de las expropiaciones. No obstante, no existe unanimidad a cerca de esta consideración, pues los hay quienes opinan que la compensación no es sino la mera consecuencia de la concreta actuación expropiatoria del Estado, que por sí sola es lícita al encontrar su origen en la soberanía estatal.<sup>69</sup>

Sin embargo, la postura con mayor respaldo es la que considera la compensación como condición de licitud de los actos de expropiación. Así, la compensación debe considerarse condición de licitud de una expropiación, pero con el siguiente matiz: se trata de una condición subsanable, es decir, un simple retraso o demora en el pago de la misma no puede ser causa de ilicitud de la expropiación; y además no se reconocerán efectos extraterritoriales a los actos y medidas que no hayan conllevado una efectiva compensación para el inversor.<sup>70</sup>

### *3.1. La compensación en expropiaciones lícitas e ilícitas. Diferencias*

De acuerdo con el Derecho internacional general, la obligación del Estado de compensar al inversor por la expropiación de su inversión opera tanto respecto de los actos expropiatorios lícitos como ilícitos. Claro está que el alcance de la compensación será diferente en ambos casos, debiendo operar para cada uno de ellos unos estándares y métodos compensatorios diferentes. Así, si la apropiación es ilícita, serán de aplicación

---

<sup>68</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 465-466

<sup>69</sup> *Id.* pp. 465-466

<sup>70</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 467-468



las normas de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, mientras que en las expropiaciones lícitas será exigible una indemnización justa, en palabras de la CPJI en el asunto de la *fábrica Chorzów*.<sup>71</sup>

Opina la CPJI en el caso citado que la compensación debe operar como remedio a una expropiación ilícita sólo cuando la restitución en especie no resulte posible, pues no hay que olvidar que la restitución trata de devolver al inversor a la situación primitiva.<sup>72</sup>

Así, cuando exista una expropiación ilícita, se deberá intentar devolver al inversor a la situación anterior a la adopción de esa medida ilícita, y sólo cuando resulte imposible o impracticable se deberá proceder a compensar económicamente a dicho inversor, atendiendo en ese caso al valor de la inversión expropiada y la suma de las pérdidas y daños sufridos consecuencia del ilícito del Estado.<sup>73</sup>

No obstante, la *restitutio in integrum* como remedio preferente ante una expropiación ilícita no ha sido apreciado así en la práctica arbitral y convencional, donde ha predominado en mucha mayor medida el pago de una indemnización al inversor por la expropiación ilícita de su inversión.<sup>74</sup>

En cualquier caso, pudiendo considerarse la restitución en especie como el remedio más justo y adecuado para el caso de las expropiaciones ilícitas, resulta importante fijar cuáles son las condiciones de licitud de una concreta medida expropiatoria, cuya omisión da lugar a una expropiación ilícita, cuestión que ya se ha tratado al inicio del presente capítulo.

---

<sup>71</sup> I. Essis, *Expropiaciones de inversiones foráneas...*, *op.cit.*, p. 280

<sup>72</sup> *Ibidem*. pp. 281-282

<sup>73</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p.472

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 473

La no restitución de la inversión puede responder a una gran variedad de motivos, desde la existencia de una imposibilidad material o una situación irreversible hasta la actitud de negativa del Estado a devolver aquello que ha expropiado al inversor.<sup>75</sup>

La práctica arbitral, si bien hemos señalado que se ha posicionado a favor de la indemnización como compensación al inversor por una actuación expropiatoria ilícita, no ha descartado la *restitutio in integrum* como posibilidad de resarcir al inversor en estos casos de expropiaciones ilícitas, como así se desprende de las decisiones de los casos *Tecmed c. México* y *Goetz and others c. Burundi*<sup>76</sup>, donde se hace alusión expresa a la posibilidad del Estado de restituir al inversor en la situación anterior a la expropiación en cuestión.<sup>77</sup>

Sin embargo, aunque la restitución pueda parecer la solución lógica y preferente ante una expropiación ilícita, los problemas prácticos que supone el llevar a cabo esta vía de reparación al inversor hace pensar que la solución más práctica y favorable para el inversor sea el pago de una compensación. La suma de la compensación debe contener tanto el *damnum emergens* como el *lucrum cessans*, dando lugar así a una compensación completa diferente de la indemnización justa exigida en el caso de las expropiaciones lícitas.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 474

<sup>76</sup> *Antoine Goetz y otros c. República de Burundi*, caso CIADI nº ARB 95/3. Laudo de 10 de febrero de 1999. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0380.pdf>

<sup>77</sup> *Tecmed c. México*, p. 183  
*Goetz y otros c. Burundi*, pp. 131-133

<sup>78</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 476

### 3.2. Falta de consenso internacional

Como ya se ha adelantado, no siempre ha existido -ni existe hoy día- consenso absoluto a cerca de la cuestión de las compensaciones, a cerca de su configuración, dando lugar a uno de los ámbitos más controvertidos del Derecho internacional.<sup>79</sup>

Mientras los países industrializados han sido favorables respecto de una compensación rápida, adecuada y efectiva -lo conocido como la doctrina Hull- que consideraban parte del estándar mínimo internacional, los países contrarios a esta posición -latinoamericanos, socialistas y los nacidos de la descolonización- se han mostrado reacios a la aceptación de un estándar internacional de compensación, señalando que la compensación era cuestión que correspondía al Derecho interno de cada Estado.<sup>80</sup>

Las distintas resoluciones de la Asamblea General de la ONU al respecto de la cuestión de la compensación han descartado la triple exigencia de la doctrina Hull, abogando por una compensación “apropiada” que otorgue mayor flexibilidad al Estado, en contra de la compensación “adecuada” de la doctrina Hull, que se entiende por “completa”. Esta concepción de la compensación ha dado lugar a numerosos acuerdos sobre indemnizaciones parciales y pagaderas a plazos, suponiendo una suerte de flexibilización de los estándares de compensación utilizados hasta el momento.<sup>81</sup>

En cualquier caso, la práctica arbitral ha demostrado que no existe un estándar internacional de aceptación general en lo que a la cuestión de las compensaciones respecta.<sup>82</sup> Por lo tanto, en el presente estudio se intentará esbozar la noción más precisa posible de la compensación debida al inversor bajo la denominación de “indemnización

---

<sup>79</sup> *Id.* p. 476

<sup>80</sup> I. Essis, *Expropiaciones de inversiones foráneas...*, *op.cit.*, p. 289

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 289-290

<sup>82</sup> ESPADA RAMOS, MARIA LUISA. *Nacionalización y compensación en los contratos del Estado*. La Ley. 1989, pp. 138-141

apropiada”, que se utilizará como la posición contraria a la doctrina Hull ni como una expresión cerrada.

Si bien es cierto que cada caso requiere una compensación concreta en atención a los elementos relevantes concurrentes, resulta necesario identificar, en lo que a las expropiaciones lícitas respecta, ciertos elementos inherentes a las mismas que deben ser valorados en la labor de configuración de la compensación debida.

Así, las expropiaciones lícitas, en tanto que fundamentadas en la soberanía de los Estados, suponen un conflicto de intereses públicos y privados, circunstancia que debe ser tomada en cuenta a la hora de valorar la indemnización. Por su parte, y como ya se ha señalado, las expropiaciones ilícitas deberán ser compensadas de modo que el inversor quede en la misma situación que hubiera existido si no se hubiera cometido el ilícito internacional en forma de expropiación ilícita por el Estado.<sup>83</sup>

La compensación deberá buscar el equilibrio entre los intereses privados del inversor, que se ha visto despojado de la utilidad de su inversión, y entre los intereses sociales perseguidos por el Estado con la adopción de la medida expropiatoria, intereses sociales que supondrán una necesaria atenuación de la compensación a percibir por el inversor.<sup>84</sup>

Asimismo, no puede pretenderse tampoco una misma compensación para el caso de una expropiación individual y para el caso de una nacionalización, entendida ésta como un conjunto de expropiaciones que abarca a varios sectores de la economía de un Estado. Si se entiende que la nacionalización responde a una obligación del Estado exigida por la necesaria reforma de un concreto sector económico, la compensación en este caso deberá ser apropiada a la capacidad de pago de ese Estado nacionalizador.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 482

<sup>84</sup> *Id.* p. 482

<sup>85</sup> M.L. Espada Ramos, *Nacionalización y compensación...*, *op.cit.*, pp. 88 y ss

En lo que atiene a cuestiones como el momento, forma y monto del pago de la indemnización, las compensaciones de expropiaciones lícitas deberán ser pagadas dentro de un plazo determinado que no le haga perder valor al inversor y respetando la capacidad de pago del Estado, de manera que sea económicamente beneficiosa y útil para el inversor y con un monto proporcional a la dualidad de intereses inversor-Estado y a la capacidad de pago del segundo.<sup>86</sup>

Esta última cuestión, la relativa al monto, es la que mayores reticencias genera en la práctica. En cualquier caso, lo realmente importante a la hora de determinar la cuantía de la indemnización serán la serie de circunstancias relevantes que se han intentado ir desgranando en el presente estudio, además de unas referencias de valoración y métodos de cálculo adaptados al caso concreto.<sup>87</sup>

Se ha contrastado la falta de consenso en la comunidad internacional respecto de los principios que rigen la compensación, por lo que la regulación convencional adquiere una importancia de peso en un intento de esclarecer la cuestión.<sup>88</sup>

En primer lugar, se debe tener claro que los Tratados internacionales de promoción y protección de inversiones extranjeras reconocen, en todo caso, la obligación del Estado a compensar al inversor expropiado. Y la gran mayoría de ellos -incluidos muchos APPRI españoles y tratados multilaterales de la magnitud del TLCAN o el TCE- se muestran favorables a la ya examinada doctrina Hull, reconociendo el derecho del inversor extranjero a una compensación “rápida, adecuada y efectiva”.<sup>89</sup>

Que el pago de una compensación sea “rápido” sugiere que se realice sin demoras injustificadas, cumpliendo con las formalidades exigidas y siendo el inversor indemnizado de manera rápida e inmediata. Por su parte, la indemnización “efectiva”

---

<sup>86</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 484-485

<sup>87</sup> *Id.* pp. 484-485

<sup>88</sup> M.L. Espada Ramos, *Nacionalización y compensación...*, *op.cit.*, p. 206

<sup>89</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 486

exige que la misma se realice de manera que resulte útil para el inversor, pudiendo obtener un beneficio de la misma. Al respecto, existen APPRI que exigen una indemnización en moneda convertible y libremente transferible en aras de asegurar la efectividad de la misma. Y en lo que a la indemnización “adecuada” atañe, se debe entender hecha referencia al monto de la misma. Se trata de la cuestión que, estrechamente ligada a los métodos de valoración y cálculo de la compensación mayores controversias genera. Los Tratados de inversión más recientes entienden que una compensación “adecuada” debe ser aquella que responda al justo valor de mercado, además de añadir los intereses que procedan en determinadas situaciones. En cualquier caso, las previsiones convencionales a cerca de lo que se entiende por una indemnización “adecuada” no resuelven los problemas que surgen en la práctica arbitral, pues siguen siendo cuestiones debatibles los métodos contables que establecen el valor de mercado de la inversión, necesario, como observamos, para el cálculo de la compensación.<sup>90</sup>

En definitiva, la dualidad entre la regulación convencional y el concreto Derecho interno deberá operar de manera conjunta para la determinación de la compensación debida al inversor, y el margen de maniobra que los Tratados dejen al Derecho interno del Estado expropiador resultará clave en esta tarea, sobre todo en lo que a la fijación del valor de mercado de la inversión y el tipo de interés aplicable respecta.<sup>91</sup>

### *3.3. El cálculo de las indemnizaciones. Una breve aproximación*

La fórmula que la gran mayoría de APPRI y los grandes convenios multilaterales -TLCAN, TCE- emplean para el cálculo de la indemnización responde a aquella que adopta como referencia el “valor de mercado”. Incluso en los casos donde el TBI concreto no incorpora expresamente la expresión referida, la jurisprudencia arbitral ha

---

<sup>90</sup> I. Essis, *Expropiaciones de inversiones foráneas...*, *op.cit.*, pp. 290-291

<sup>91</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 486-487

optado por el “valor de mercado” como baremo de referencia a la hora de calcular la compensación debida al inversor expropiado.<sup>92</sup>

La concepción de una indemnización adecuada como aquella que responda al valor de mercado de la inversión responde a una visión de las inversiones extranjeras como un beneficio para el desarrollo económico y social del Estado receptor. No obstante, la realidad hace ver que esta afirmación no es puede ser considerada una verdad absoluta, en tanto que el beneficio para el Estado receptor no siempre existe; como ocurre por ejemplo cuando la transferencia de tecnología de una inversión se protege por medio de patentes, o se trata de una tecnología que únicamente produce perjuicios medioambientales. Además de ello, la determinación del valor de mercado de una inversión no es tarea ni mucho menos sencilla, lo que acrecienta las dudas a cerca la utilización de esta referencia como el determinante del monto de una compensación.<sup>93</sup>

Al respecto, resulta necesario esclarecer la cuestión que surge a cerca de si una indemnización debe estar compuesta en todo caso por el *damnum emergens* -respecto del que no hay duda- y del *lucrum cessans* de manera conjunta, o si únicamente se debe resarcir este segundo concepto en el supuesto de existir una expropiación ilícitas.<sup>94</sup>

Así, volviendo a resaltar la ya tratada cuestión de la licitud e ilicitud de las expropiaciones, y sobre todo queriendo mostrar sus importantes consecuencias prácticas, resulta más razonable atender a la licitud de una concreta medida expropiatoria a la hora de fijar la compensación que por ella se deba, por lo que se puede afirmar que el lucro cesante se deberá incluir únicamente en la compensación de expropiaciones ilícitas, en tanto que la diferencia entre éstas y las actuaciones expropiatorias lícitas se debe extender también a sus consecuencias indemnizatorias.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 489-490.

<sup>93</sup> I. Essis, *Expropiación de inversiones foráneas*, *op.cit.*, pp. 299-300

<sup>94</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.* pp. 491-492

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 492-493

En consecuencia con lo expuesto, debe diferenciarse la inclusión del lucro cesante dentro de la compensación con la utilización del mismo como referencia a la hora de calcularla. Por lo tanto, si bien en las expropiaciones ilícitas el lucro cesante debería incluirse dentro del monto de la compensación, en los casos de actuaciones expropiatorias lícitas éste debería operar como simple elemento de referencia a la hora del cálculo de la indemnización. Mientras que una medida lícita da un derecho a compensar, la medida ilícitamente adoptada da lugar a una obligación de reparar, y de ese razonamiento se debe partir a para poder establecer compensaciones diferentes en cada uno de estos casos.<sup>96</sup>

También adquiere relevancia la cuestión del lucro cesante y su inclusión en la compensación en los casos donde además existe un incumplimiento contractual. Cuando la reclamación de un incumplimiento contractual esté amparada bajo una previsión contenida en instrumento convencional -es decir, el incumplimiento contractual suponga asimismo una violación de tratado-, la compensación debida sí que deberá incluir el lucro cesante, en tanto que se estará cometiendo una expropiación ilícita.<sup>97</sup> En el caso de no existir cobertura convencional a los eventuales incumplimientos contractuales perpetrados por el Estado receptor, la indemnización -conforme al Derecho internacional- no incluirá el lucro cesante en su monto.<sup>98</sup> No obstante, si bien un incumplimiento contractual ordinario no daría lugar a la inclusión del lucro cesante en la compensación, cabe recordar que ante unos mismos hechos que den lugar a sendas reclamaciones con base contractual y convencional, existirá un riesgo real de procesos paralelos ante instancias diferentes, que desemboquen en dobles indemnizaciones para el inversor; una calculada conforme al Derecho internacional y otra calculada conforme al determinado Derecho aplicable al contrato.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.* pp. 493-494

<sup>97</sup> *Ibidem*, pp. 496-497

<sup>98</sup> M. L. Espada Ramos, *Nacionalización y compensación...*, *op.cit.*, p. 129

<sup>99</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 498



Sin perjuicio de todo lo hasta ahora expuesto, los problemas a cerca del lucro cesante no terminan cuando se fija si debe ser incluido dentro de la compensación o si debe operar como simple referencia, sino que existe un problema añadido en lo que atañe a su valoración o cuantificación. El lucro cesante, en tanto que representación de las potenciales ganancias futuras del inversor, ha causado serias dudas en la práctica arbitral por su fuerte elemento especulativo. Así, la gran mayoría de decisiones de Tribunales arbitrales han exigido que el lucro cesante sea cierto, realista y probado por el reclamante para poder ser utilizado como referencia en el cálculo de la compensación o para la inclusión del mismo dentro del monto correspondiente.<sup>100</sup>

Volviendo al principal problema de la cuestión, la concreción del valor de mercado de la inversión -atendiendo a éste como criterio determinante del monto de la compensación-, la práctica ha puesto en evidencia la disparidad de métodos y técnicas de cuantificación por las que las partes han optado en los concretos litigios. Una de las cuestiones a tener en cuenta, y que será tratada en particular en el presente estudio, es la del Derecho aplicable al caso, que tendrá incidencia directa en los métodos que el Tribunal arbitral deba emplear para el cálculo de la indemnización. En lo que al Derecho internacional respecta, si éste resultara aplicable al caso en cuestión, debe saberse que no existe un método de valoración de mercado que cuente con aceptación general. Así, en estos casos resultará conveniente que el Tribunal, atendiendo a la legislación aplicable pero subrayando también cuestiones tales como la naturaleza de la inversión expropiada, las circunstancias concretas del caso y similares, se decida por uno -o varios- métodos de valoración de mercado que ayuden a la fijación de la compensación debida al inversor.<sup>101</sup>

Y en lo que a los Derechos internos respecta, éstos podrán imponer sus métodos de valoración de mercado, siempre que no resulten claramente incompatibles con el concepto de valor de mercado del Derecho internacional. Si bien las partes pueden elegir el Derecho aplicable a la cuestión de la compensación, resulta también lógico que

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 499-500

<sup>101</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.* pp. 501-503

puedan elegir el método de valoración de mercado que estimen oportuno. Por tanto, se debe dar preferencia a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de seleccionar el método que fije el valor de mercado de la inversión.<sup>102</sup>

En ausencia de elección efectuada por las partes a cerca del método de valoración de mercado, la práctica arbitral ha dejado entrever que el método de valoración más conveniente es la averiguación del valor de la inversión en un mercado concurrencial. Para ello, claro está, deberá existir un mercado referencial válido, en el que existan una cantidad de transacciones similares a las del mercado propio de la inversión, que sea libre de injerencias externas y sea objeto del libre comercio.<sup>103</sup>

A falta de mercado referencial válido para el cálculo del valor de mercado de la indemnización, el método mayormente empleado para esta tarea ha sido el del valor actualizado de los flujos de fondo.<sup>104</sup> A *grosso modo*, lo que este método de valoración pretende realizar es una aproximación a los resultados que, de manera realista y teniendo en cuenta multitud de factores del mercado, podría obtener la empresa en el año siguiente al de su examen.

Y para los supuestos donde no resultan de aplicación ninguno de los métodos señalados, se han empleado otros como el del “valor de liquidación”, el “valor contable” y el “valor de reposición” entre otros, que por la complejidad que revisten y la extensión que requieren para un acercamiento lo suficientemente preciso no abordaremos en el presente estudio.<sup>105</sup>

Cuestión no menos importante a la de los métodos empleados para obtener el valor de mercado de la inversión es el momento concreto que debe tomarse como referencia en esta tarea. Al respecto, resulta necesario diferenciar las fechas de expropiación y la

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 504-505

<sup>103</sup> M. L. Espada Ramos, *Nacionalización y compensación...*, *op.cit.*, p. 213

<sup>104</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 507

<sup>105</sup> I. Essis, *Expropiación de inversiones foráneas...*, *op.cit.*, pp. 300-301

fecha de valoración, pues dependiendo del concreto Derecho que resulte de aplicación, éstas podrán coincidir -como ocurre en el Derecho internacional- o no. No obstante, no resulta tarea fácil determinar cuál es la fecha de expropiación de la inversión en situaciones donde ésta no se haya practicado a través de un acto concreto y fácilmente identificable, como ocurre en los casos de expropiaciones progresivas y expropiaciones temporales que más tarde devienen en definitivas, cuestión que deberá solventarse con una práctica convencional más precisa en lo que a la fijación del momento de valoración respecta.<sup>106</sup>

Para cerrar el estudio de la compensación cabe realizar una pequeña aproximación a la cuestión de los intereses que puedan devengarse en el pago de la misma. Al respecto, el debate principal surge a cerca de la aplicación de intereses simples -donde el capital permanece constante- o intereses compuestos -donde tiene lugar la capitalización de intereses-, con sus evidentes consecuencias a efectos del monto de la indemnización, que será mucho más elevado si se aplican intereses compuestos.<sup>107</sup>

La práctica arbitral ha asumido casi como un principio del Derecho internacional en materia de expropiación de inversiones la aplicación de intereses compuestos, circunstancia que se puede observar en las decisiones de los Tribunales de los casos *CME Czech Republic, B.V. c. Czech Republic*, *Tecmed c. México* y *Middle East Cement Shipping and Handling c. Egipto*, entre otros.<sup>108</sup> La apuesta de la práctica arbitral por la aplicación de intereses compuestos parece responder a la búsqueda de una reparación completa del perjuicio causado al inversor, a la restitución del mismo a una situación similar a la anterior al acto expropiatorio. Así, se busca utilizar el interés compuesto no como un castigo para el Estado expropiante por un pago tardío de la compensación, sino como una garantía más para el inversor en el esfuerzo de devolver a éste a la situación en la que se encontraba antes de ser expropiada su inversión.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 513-516

<sup>107</sup> I. Essis, *Expropiación de inversiones foráneas...*, *op.cit.*, pp. 304-306

<sup>108</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 518-519

<sup>109</sup> *Ibidem*, pp. 519-520

En cualquier caso, la aplicación del interés compuesto no debe ser una regla inamovible, sino que resulta más apropiado dejar en manos del Tribunal la decisión de fijar el interés que resulte más conveniente atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso, en la búsqueda de devolver al inversor a su situación primitiva. Por tanto, el Tribunal no presumirá en ningún caso la aplicación de intereses compuesto, sino que determinará la aplicación de aquellos intereses que sean suficientes para reparar el daño causado al inversor, pues recordemos éstos no están concebidos como un instrumento punitivo, sino como una herramienta de ayuda para el inversor expropiado.<sup>110</sup>

La práctica convencional también se pronuncia a cerca de los intereses, remarcando la obligación de abonarlos al inversor, siendo éstos a un tipo comercial establecido con arreglo a criterios de mercado para la moneda de tasación desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago de la compensación. No se pronuncian los diferentes TBI a cerca del tipo de interés -compuesto o simple- que deba ser aplicado, por lo que quedará en manos del Tribunal arbitral la elección del mismo.<sup>111</sup>

Si bien se ha señalado que la práctica arbitral concibe la aplicación de un interés compuesto como un principio de Derecho internacional, verdaderamente esto no es así. En Derecho internacional, la aplicación de intereses compuestos no es ni mucho menos una obligación, sino más bien una excepción.<sup>112</sup>

Como ya se ha ido atisbando al final del presente capítulo, la cuestión del Derecho aplicable al litigio adquiere una suma importancia en lo que a la cuestión de la compensación respecta, y por tanto también afecta a la cuestión de los intereses aplicables. La cuestión es que existen ciertos ordenamientos internos que prohíben la capitalización de intereses -intereses compuestos-, mientras que, como ya se ha señalado, el Derecho internacional los permite. Así, resultará clave determinar qué

---

<sup>110</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.* pp. 519-520

<sup>111</sup> I. Essis, *Expropiación de inversiones foráneas...*, *op.cit.*, p. 305

<sup>112</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 521

Derecho es de aplicación al caso para poder llegar a una conclusión sobre los intereses aplicables. Puede ocurrir también que, si bien el determinado Derecho interno permita la aplicación de intereses compuestos, exija una serie de presupuestos que el Derecho internacional no exija, por lo que la cuestión del Derecho aplicable volverá a ser de una gran importancia.<sup>113</sup>

## **CAPÍTULO II.- RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN**

### **1.- Relevancia y problemática de la cuestión**

Como se ha ido apuntando a lo largo del presente estudio, el inversor puede ver afectada la propiedad de su inversión por actuaciones estatales que son consecuencia del ejercicio de su soberanía; actuaciones que, en principio, no encuentran más límites que las normas internas que rigen en dicho Estado. Está claro que el Estado se ve limitado por las normas de Derecho internacional cuando su actuación produce efectos sobre otros Estados. La duda se plantea en los casos donde, como ocurre en materia de inversiones extranjeras, la actuación estatal puede afectar a un nacional de otro Estado; un particular, no un ente soberano, y se plantea la posibilidad de que un tribunal pueda condenar a dicho Estado por la inobservancia no sólo de normas internas, sino también de normas internacionales o a-nacionales -entendidas estas últimas como principios generales del Derecho reconocidos en el panorama internacional, como puede ser la Nueva *Lex Mercatoria*-.<sup>114</sup>

Efectivamente, el arbitraje de inversiones permite esta circunstancia. El Estado podrá someter sus relaciones económicas -inversiones- con particulares de otros Estados a un

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 522-523

<sup>114</sup> ZAMBRANA TÉVAR, NICOLÁS. La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones. Thomson Reuters - Aranzadi. 2010, pp. 51-53

ordenamiento diferente al propio interno, pudiendo un tribunal transnacional enjuiciar la actuación del Estado conforme a dicha normativa internacional o a-nacional.<sup>115</sup>

Por tanto, podemos apreciar que existe una dualidad entre ordenamientos -interno e internacional- en la cuestión del Derecho aplicable en el arbitraje de inversiones. Esta dualidad ha sido reconocida por la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU, cuyas disposiciones 2º y 3º reconocen que, si bien la admisión de un capital extranjero en un Estado es una cuestión sometida al Derecho interno de dicho Estado, una vez admitida la entrada de ese capital en forma de inversión extranjera, ésta quedaría sujeta tanto al Derecho interno del Estado receptor como al Derecho internacional.<sup>116</sup> Si bien se trata de una resolución de limitada eficacia jurídica, ha contribuido a la creación de una línea de opinión al respecto, que ha sido seguida por multitud de APPRI y por la doctrina y práctica arbitral mayoritaria.<sup>117</sup>

Llevado al ámbito concreto del presente estudio -las expropiaciones de inversiones extranjeras- se puede afirmar que éstas han dejado de ser una cuestión exclusiva del Derecho interno para pasar a ser una cuestión de aplicación conjunta de los diferentes Derechos internos y del Derecho internacional, fruto de esa práctica convencional que señalamos, y que otorga al inversor extranjero una serie de derechos sustantivos,

---

<sup>115</sup> *Id.* pp. 51-53

<sup>116</sup> En concreto, las disposiciones 2 y 3 de la Resolución 1803 (XVII) de la AG de la ONU declaran lo siguiente:

*“2. La exploración, el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos, deberán conformarse a las reglas y condiciones que esos pueblos y naciones libremente consideren necesarios o deseables para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades.*

*3. En los casos en que se otorgue la autorización, el capital introducido y sus incrementos se regirán por ella, por la ley nacional vigente y por el derecho internacional. Las utilidades que se obtengan deberán ser compartidas, en la proporción que se convenga libremente en cada caso, entre los inversionistas y el Estado que recibe la inversión, cuidando de no restringir por ningún motivo la soberanía de tal Estado sobre sus riquezas y recursos naturales.”*

<sup>117</sup> I. Iruretagoiena, *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, pp. 100 y ss

invocables tanto en instancias internas como transnacionales; además de cumplir una función adecuadora de la normativa interna que existe al respecto.<sup>118</sup>

En el arbitraje de inversiones, al abordar la cuestión del Derecho aplicable resulta necesario apuntar la diferencia existente entre el Derecho aplicable al arbitraje, por una parte, y el Derecho aplicable al fondo, por la otra.<sup>119</sup>

Así, la ley aplicable al arbitraje *-lex arbitri-* trata de regular el proceso arbitral en sí, en tanto que regula cuestiones como la validez del consentimiento arbitral, la arbitrabilidad de la materia, el nombramiento de los árbitros, la ejecución de los laudos y los eventuales recursos contra éstos. La *lex arbitri* se puede encargar, a su vez, de regular una de las cuestiones de mayor relevancia: las normas de conflicto de Derecho Internacional Privado utilizadas para determinar la ley aplicable al fondo a falta de elección efectuada por las partes. Por su parte, la ley aplicable al fondo *-lex causae-* trata de regular los derechos y obligaciones de las partes, nacidos de una relación contractual o de una relación Estado-inversor.<sup>120</sup>

En lo que a efectos de este estudio interesa, será la *lex causae*, por tanto, la que ayude a determinar si la actuación estatal -en su sentido más amplio- ha de ser calificada como expropiatoria o no, la licitud de la misma y la compensación que deberá percibir, en su caso, el inversor extranjero, entre otras cuestiones.

El Derecho aplicable al fondo, por tanto, puede venir señalado en una elección expresa de las partes o, en su defecto, deberá ser determinado por las normas de Derecho Internacional Privado que resulten de aplicación. La cuestión es que, en el arbitraje de inversiones, la determinación del Derecho aplicable al fondo reviste una problemática propia. Y esta problemática deriva de las particularidades de este tipo de litigios, donde se confrontan un Estado y un particular de otro Estado, existe un concurso de intereses

---

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 144

<sup>119</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 56

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 57-59

públicos y privados que hacen de las decisiones sobre el caso cuestiones de un gran impacto social, la posibilidad de aplicar varias normas y la variada naturaleza de las mismas -internas, internacionales, a-nacionales-; entre otras cuestiones.<sup>121</sup>

## **2.- Determinación del Derecho aplicable**

### *2.1. Elección de las partes. Ordenamientos seleccionables*

El principio de autonomía de la voluntad de las partes ha sido confirmado, si no bien exento de críticas, por la diversa legislación en materia de inversiones extranjeras, además de por la doctrina, jurisprudencia y práctica arbitral, como la opción preferente a la hora de determinar el Derecho aplicable al fondo del arbitraje de inversión.<sup>122</sup>

Entre los instrumentos legales más relevantes en la materia que recogen el principio de autonomía de la voluntad se encuentran el artículo 42 del Convenio de Washington, el artículo 17.1 del Reglamento de la Corte internacional de arbitraje de la CCI, el artículo 33.1 del Reglamento de la CNUDMI, el artículo 22.1 del *Arbitration Institute* de la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros. Son éstos reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales más importantes en el sector de las controversias derivadas de inversiones extranjeras, lo que es muestra de la relevancia y reconocimiento generalizado del principio de la autonomía de la voluntad en la cuestión del Derecho aplicable en los litigios que se suscitan en el sector.<sup>123</sup>

La elección de ley aplicable al fondo en un litigio relativo a una inversión extranjera se caracteriza por la considerable flexibilidad que otorga a las partes, en tanto que éstas no tienen que limitarse a seleccionar un ordenamiento en concreto para la totalidad de la relación jurídica, pudiendo así seleccionar varios ordenamientos al efecto, que además

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, pp. 67-69

<sup>122</sup> Así lo entienden tanto I. Iruretagoiena en *El arbitraje en los litigios...*, *op.cit.*, p. 441; como N. Zambrana en *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 220

<sup>123</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, pp. 221-22



no tienen por qué ser únicamente nacionales, como ya se ha señalado con anterioridad. Es decir, existe la posibilidad de que las partes no elijan un único ordenamiento aplicable a la controversia, pudiendo seleccionar una variedad de normas aplicables a distintas partes de la relación -lo conocido como *depeçage*-.<sup>124</sup>

Al respecto, cabe hacer un pequeño recorrido por los diferentes instrumentos normativos y de Derecho que pueden ser seleccionados por las partes como ley aplicable al fondo. Así, en primer lugar, el Derecho internacional ha sido identificado como uno de los ordenamientos elegibles por las partes, bien para regir como base de la relación jurídica -contractual o de inversión- entre las mismas o bien para regular los derechos y obligaciones que de la misma derivan. Así ha sido secundado por varios autores y por parte de la práctica arbitral, lo que puede extenderse como una consecuencia de la “internacionalización” de los contratos Estado-inversor o de las obligaciones y derechos que de dicho tipo de contratos derivan,<sup>125</sup> cuestión que ya ha sido tratada a lo largo del presente estudio.

En cualquier caso, la elección del Derecho internacional como derecho aplicable al fondo no ha logrado conformar una opinión unánime al respecto, pues si bien cierta parte de la doctrina y práctica arbitral se muestra favorable a la misma, los hay quienes se muestran más reticentes a aceptar que el ordenamiento internacional prime sobre el concreto ordenamiento estatal en este tipo de relaciones, por las ya más que tratadas cuestiones de interés público y calado social de este tipo de operaciones.<sup>126</sup>

En segundo lugar, también se ha considerado la posibilidad de admitir los principios generales comunes a las naciones civilizadas, admitida expresamente en el artículo 38.1

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, pp. 223-225

<sup>125</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 89

<sup>126</sup> *Ibidem*, pp. 89 y ss

c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>127</sup>, como derecho aplicable a la controversia sobre inversiones extranjeras. A *grosso modo*, se tratan de principios comunes del Derecho internacional que quedan diferenciados del propio Derecho internacional, en tanto que éste abarca las normas imperativas, mientras que los principios generales no lo hacen, asemejándose más a un Derecho internacional general seleccionable por las partes. En cualquier caso, no se les ha reconocido a estos principios generales un contenido suficiente como para ser elegidos como único Derecho aplicable al fondo del asunto concreto, además de encontrarse los tribunales arbitrales con problemas para definir el alcance y contorno de los mismos por su carácter indefinido. A modo ilustrativo, entre estos principios generales comunes a las naciones civilizadas han sido identificados principios tales como el principio de la santidad de los contratos, el principio de *pactum de contrahendo*, el abuso de derecho y la cláusula *rebus sic stantibus*, entre otros.<sup>128</sup>

El alto contenido abstracto de esta serie de principios generales no parece ser un argumento favorable para su elección -si quiera parcial- como Derecho aplicable al fondo de la controversia, por puras razones de seguridad jurídica y por el simple hecho de no complicar más una situación ya difícil de por sí. Aun así, se ha podido observar que en ciertas ocasiones las partes han pactado la elección de estos principios como Derecho aplicable, y esa elección ha sido ratificada a posteriori por el tribunal arbitral, resolviéndose la controversia conforme a este abanico de principios comunes de las naciones civilizadas.

Otra consecuencia de la “internacionalización” de los contratos entre el Estado y el inversor extranjero ha resultado en la posibilidad de seleccionar el propio contrato como único conjunto de normas aplicables a la relación entre las partes. En principio, la elección del contrato como Derecho aplicable parece ser una de las posibilidades que

---

<sup>127</sup> El artículo 38, apartado 1º letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece expresamente lo siguiente: “*La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”.

<sup>128</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, pp. 118-122

ofrece el principio de autonomía de la voluntad recogido en los diferentes reglamentos, tratados y leyes de arbitraje, pues la concepción de “normas jurídicas” a elegir por las partes que contienen estos instrumentos parecen no solo contemplar los diferentes Derechos positivos estatales, sino también los contratos, entre otros instrumentos. En estos casos, el contrato en cuestión debe contener regulación sobre los aspectos que conforman la relación entre las partes para que el Tribunal pueda apreciar una elección efectiva o real de Derecho aplicable.<sup>129</sup>

Las normas a-nacionales y, en concreto, la denominada Nueva *Lex Mercatoria* y el “*Transnational Law*” también se encuentran enmarcadas dentro de los ordenamientos seleccionables por las partes. Estas normas transnacionales conforman un ordenamiento creado por las prácticas de los empresarios internacionales con el objetivo de regular el tráfico mercantil internacional con normas adaptadas al mismo y de contenido uniforme. La Nueva *Lex Mercatoria*, que rara vez es invocada con este nombre, engloba una serie de laudos arbitrales, principios generales del comercio internacional y los usos de comercio.<sup>130</sup>

En estos casos, se afronta una doble aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, en tanto que primeramente se invoca para la selección de un determinado ordenamiento aplicable al fondo y, en cuanto se selecciona el ordenamiento a-nacional, se está invocando un ordenamiento donde impera la voluntad de las partes para dotarlo de un cierto contenido normativo. Se trata, pues, de un ordenamiento que, aunque no revista un contenido reconocido por cierta unanimidad en la comunidad internacional, las características del arbitraje comercial -y de inversión- y la práctica arbitral irán desarrollando el mismo y dotándolo de un contenido homogéneo.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, pp. 144-146

<sup>130</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE CARLOS “Lex Mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, tomo 4, 2002, pp. 36 y ss

<sup>131</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, pp. 155-157

En principio, la *Lex Mercatoria* puede parecer un instrumento normativo de aplicación en contratos mercantiles internacionales, y no en los contratos de Estado que existen en el arbitraje de inversión. Sin embargo, se ha aceptado también la aplicación del ordenamiento a-nacional en los contratos de Estado para separarlos de la esfera natural de aplicación del Derecho del Estado receptor, y favorecer así al inversor con la aplicación de un sistema transnacional no modificable por el Estado y más adaptado a las características propias del mercado de inversiones.<sup>132</sup>

Ante la Nueva *Lex Mercatoria*, el *Transnational Law* se identifica más con el ordenamiento internacional público, y conformaría un ordenamiento compuesto por principios y normas consuetudinarias de la sociedad transnacional, así como de decisiones arbitrales en materia de inversiones extranjeras.<sup>133</sup>

Sin perjuicio de todo lo expuesto, la elección de las normas a-nacionales no es una cuestión que haya quedado exenta de crítica, pues se ha argumentado que más que ordenamientos sustantivos conformarían una suerte de normas de determinación de Derecho aplicable. Otras voces aseguran que ni siquiera conforman un ordenamiento en sí mismo, al no disponer de mecanismos de sanción.<sup>134</sup>

Por último, cabe realizar mención de los distintos ordenamientos estatales como Derecho aplicable que pueden elegir las partes para una controversia en materia de inversiones extranjeras. Se trata de la alternativa contraria a la ya estudiada “teoría de la internacionalización”, que precisamente busca huir de los ordenamientos estatales como el Derecho aplicable al fondo del arbitraje de inversión. Las partes pueden seleccionar bien el ordenamiento del Estado receptor de la inversión, bien el ordenamiento del Estado del que es nacional el inversor -opción no muy usual-, e incluso el ordenamiento interno de un tercero Estado -considerado “Estado neutral”. Existe asimismo la opción -aunque no muy usual en la práctica- de que las partes pacten la exclusión del Derecho

---

<sup>132</sup> J.C. Fernández Rozas, “Lex Mercatoria y autonomía...”, *loc.cit.*, pp. 38 y ss

<sup>133</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 160

<sup>134</sup> *Id.* p. 160

nacional como Derecho aplicable al fondo, bien de manera expresa o bien pudiendo deducirse por los Tribunales de la intención implícita de las partes.<sup>135</sup>

En cualquier caso, incluso cuando las partes hayan escogido expresamente un Derecho interno como aplicable al asunto, el Tribunal podrá valorar y, en determinados casos, excluir su aplicación por considerarlo inadecuado al caso o por oponerse al orden público internacional, como ha ocurrido en el caso *Nottebohm*, sustanciado ante la CIJ, entre otros.<sup>136</sup>

En definitiva, las partes podrán seleccionar los distintos ordenamientos que se han analizado como Derecho aplicable al fondo de la controversia sobre una inversión extranjera. Además, la selección no tendrá por qué ser de un único ordenamiento, habiendo cabida a la elección conjunta de varios conjuntos de normas aplicables a las distintas partes de la relación inversor-Estado. Y todo ello, como ya se ha señalado, consecuencia del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

## *2.2. Elección expresa y elección tácita*

### *A) Elección expresa*

Como ya se ha señalado, los distintos reglamentos arbitrales son prueba de la presencia del principio de la autonomía de la voluntad en la cuestión del Derecho aplicable al arbitraje de inversiones. Cuando las partes de una concreta controversia seleccionan el reglamento aplicable al arbitraje, escogen las normas que regirán dicho procedimiento, y entre ellas se encuentra la norma que determina el Derecho aplicable al fondo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta, en tanto que se deben respetar las normas imperativas o de orden público, e

---

<sup>135</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, pp. 161-171

<sup>136</sup> *Id.* pp. 161-171

incluso puede verse limitada por el propio contenido del Derecho escogido, que en casos puede resultar insuficiente o inexistente.<sup>137</sup>

Si bien los distintos reglamentos arbitrales establecen el principio de la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de seleccionar el Derecho aplicable al fondo, no concretan las condiciones o formalidades que dicha elección debe cumplir para ser considerada válida. La laxitud de las expresiones de los reglamentos permite una gran flexibilidad y exención de formalismo a la elección de las partes, lo que hace posible una elección tácita de ley aplicable -que se tratará seguidamente-; pero sí que es necesario que se produzca un encuentro de voluntades en cuanto a esta cuestión, lo que concuerda con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>138</sup>, cuando exige que la elección resulte “*de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”.<sup>139</sup>

Una de las maneras más frecuentes de realizar la elección de ley aplicable es la inclusión de una cláusula al efecto en el contrato suscrito entre el inversor y el Estado. Estas cláusulas contractuales de elección de ley presentan una gran variedad de formulaciones. La gran relevancia que entraña de la determinación del Derecho aplicable, que el último término incidirá en la existencia o no de responsabilidad contractual o internacional, hace que no sea tarea sencilla la redacción de cláusulas de este tipo.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> MARINUZZAMAN, A.F.M., “Choice of law issues in international contracts: some fundamental conflict of law issues”, *Journal of International Arbitration*, vol.16, 1999, [https://www.academia.edu/613695/Choice\\_of\\_Law\\_in\\_International\\_Contracts\\_Some\\_Fundamental\\_Conflict\\_of\\_Laws\\_Is\\_sues](https://www.academia.edu/613695/Choice_of_Law_in_International_Contracts_Some_Fundamental_Conflict_of_Laws_Is_sues)

<sup>138</sup> En concreto, el artículo 3.1 del Reglamento 593/2008 señala que: “*El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.*”

<sup>139</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 225

<sup>140</sup> A.F.M. Maniruzzaman, “Choice of law issues...”, *loc.cit.*, p. 166

En cualquier caso, ejercer la facultad de seleccionar el Derecho aplicable a la controversia parece la opción más beneficiosa para ambas partes, reduciendo la incertidumbre de la controversia en general. Una redacción lo más precisa y concreta posible otorgará, sin lugar a dudas, un plus de seguridad a las partes; una redacción que no deje resquicios que daban ser interpretados a posteriori por el Tribunal arbitral, que en todo caso debe atenerse al mandato de las partes. Una elección expresa de Derecho aplicable resultará en un laudo mucho más convincente donde los árbitros especulen menos, y en una consiguiente resolución de la disputa mucho más clara y equilibrada en lo que a los intereses de las partes respecta.<sup>141</sup>

Sin embargo, en la práctica contractual las partes no suelen otorgar a estas cláusulas la importancia y atención que requieren, utilizando redacciones excesivamente ambiguas y sin determinar claramente qué ordenamientos nacionales e internacionales son de aplicación a cada aspecto particular de la relación inversor-Estado.<sup>142</sup>

La práctica ideal sería aquella en la que las partes determinaran con claridad qué ordenamiento concreto regula los diferentes aspectos de la relación, y posteriormente los tribunales resolvieran el fondo conforme a los diversos ordenamientos seleccionados por las partes, observando la relación entre ellos y la posibilidad o no de aplicarlos conjuntamente.<sup>143</sup>

Desde la popularización del sistema de arbitraje CIADI, la mayor parte de las cláusulas de Derecho aplicable contenidas en los contratos inversor-Estado señalan, precisamente y fruto de un proceso de “relocalización”, el ordenamiento del Estado receptor; en detrimento de los ordenamientos internacionales y a-nacionales. Así ocurre porque el inversor se siente protegido por la aplicación directa de las normas internacionales consuetudinarias o convencionales -contenidas en los APPRI-, además de por las

---

<sup>141</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 228

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 229

<sup>143</sup> A.F.M. Maniruzzaman, “Choice of law issues...”, *loc.cit.*, pp. 167-168

cláusulas de estabilización que impidan la alteración del Derecho escogido, lo que hace que una elección del Derecho interno como aplicable no genere mayores preocupaciones al inversor.<sup>144</sup>

Finalmente, el principio de autonomía de la voluntad de las partes en lo que a elección de Derecho aplicable respecta debe ampliarse incluso hasta ofrecer a las mismas la posibilidad de seleccionar un ordenamiento concreto aplicable una vez iniciada la disputa o controversia.<sup>145</sup> La mayor flexibilidad de los procedimientos arbitrales sobre los ordinarios, sumado a previsiones de modificación de selección de ley aplicable que prevén instrumentos normativos como el Reglamento Roma I y la posibilidad de las partes de llegar a soluciones amistosas que se recojan en laudos -como así lo permiten el Reglamento CCI, el Reglamento CIADI, entre otros-, hace pensar que no existen impedimentos para una selección de ley posterior a la iniciación del procedimiento arbitral.<sup>146</sup>

#### *B) Elección tácita*

La primacía de la autonomía de la voluntad de las partes hace que, a falta de elección expresa de ley aplicable -fruto de las dificultades de negociación que entraña esta cuestión-, en ocasiones se pueda deducir la existencia de una elección implícita o tácita.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 233

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 236

<sup>146</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 236

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 237



Por tanto, dentro de la posibilidad de elección de ley prevista en el artículo 42 del Convenio CIADI<sup>148</sup> también se debe entender incluida la elección implícita, que bien puede ser alegada por una de las partes -sobre quien recaería la carga de probarla- o bien puede ser apreciada por el tribunal arbitral en el examen de un posible acuerdo de las partes no expresamente manifestado. Si ambas partes estuvieran de acuerdo en la concurrencia de una elección tácita de ley aplicable, estaríamos ante el supuesto anteriormente mencionado donde se realiza la elección una vez iniciada la controversia, por lo que la existencia de una elección tácita pasaría a ser una elección expresa de ley aplicable. Una de las cuestiones fundamentales en este aspecto es el modo de determinación de la elección tácita de ley. En la práctica, se ha utilizado, a modo de referencia, lo previsto en el artículo 3 del Reglamento Roma I, donde se apunta que “*esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias*”.<sup>149</sup>

Se ha sugerido también utilizar una variedad de circunstancias que rodean la controversia para poder apreciar elección implícita de ley aplicable, tales como el lenguaje empleado por las partes en la redacción del contrato, la propia selección del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de controversias -lo que supondría una elección implícita del Derecho internacional como aplicable, aunque se trate esta de una afirmación ciertamente criticada por la doctrina- , y los términos concretos del contrato que muestren conexión con unos u otros ordenamientos.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> El tenor literal del precepto reza lo siguiente:

- (1) “*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.*
- (2) *El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.*
- (3) *Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.”*

<sup>149</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, op.cit., p. 239

<sup>150</sup> *Ibidem*, pp. 239-242

En todo caso, la labor de interpretación de los árbitros adquiere una dimensión muy importante en la apreciación de una elección implícita de ley aplicable, pues deben ser éstos quienes, examinando todos los hechos y manifestaciones de la controversia, aprecien en última instancia esa manifestación tácita de la autonomía de la voluntad de los contendientes.<sup>151</sup>

Son muy diversas las circunstancias donde los tribunales han apreciado una elección implícita de ley aplicable, y a modo de ejemplo puede citarse la apreciación del Tribunal del caso *Enron Corp c. República de Argentina*, donde ambas partes basaron sus escritos en el ordenamiento argentino, así como en el APPRI aplicable al caso y en el Derecho internacional consuetudinario, lo que suponía, a juicio del tribunal arbitral, una elección tácita conjunta del Derecho argentino e internacional.<sup>152</sup>

También se puede apreciar elección implícita de Derecho aplicable cuando las partes se someten al arbitraje conforme a un determinado instrumento normativo, como puede ser un APPRI por ejemplo. En estos casos, las partes se someten al arbitraje en virtud de una cláusula arbitral contenida en un APPRI -que muestra el consentimiento del Estado receptor- y en virtud de la interposición de la demanda -que es prueba del consentimiento del inversor-. Ambas partes se someten así a un determinado reglamento arbitral, que contendrá una norma de conflicto, que es su gran mayoría respetará la elección de las partes sobre el Derecho aplicable al fondo del asunto. Así, en tanto que se respeta la elección de las partes, se entenderá que las partes han seleccionado como Derecho aplicable bien la enumeración de normas que contenga ese APPRI o, a falta de dicha enumeración, las normas sustantivas contenidas en el propio APPRI.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, pp. 239-242

<sup>152</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. c. República de Argentina*, caso CIADI nº ARB/01/3. Laudo de 22 de mayo de 2007. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>, pp. 206-209

<sup>153</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, pp. 252-264

Se deben diferenciar, por tanto, las normas de Derecho aplicable contenidas en los APPRI, que serán simples enumeraciones de normas aplicables al fondo, y las normas de Derecho aplicable contenidas en los reglamentos arbitrales, que conforman verdaderas normas de conflicto que indicarán el Derecho a aplicar mediante un punto de conexión, que en el caso que tratamos será la elección de las partes.<sup>154</sup>

En definitiva, la apreciación de una elección implícita de ley deberá estar convenientemente fundamentada y motivada, que difiera claramente de la voluntad de las partes y que señale bien el ordenamiento u ordenamientos a aplicar al fondo -elección implícita positiva- o bien excluya las normas que no deban ser aplicadas -elección implícita negativa-.<sup>155</sup>

### *2.3. Determinación en ausencia de elección*

Es labor del Tribunal arbitral determinar el Derecho aplicable a la controversia cuando las partes no han hecho uso de la autonomía de la voluntad y no han seleccionado válidamente, ni de manera expresa ni tácita, uno o varios ordenamientos aplicables.

La gran mayoría de reglamentos y leyes arbitrales remiten al árbitro a las normas de conflicto que considere más convenientes o a la aplicaron directa de las normas que considere más convenientes en ausencia de elección de las partes. Esto supone una gran flexibilidad para el tribunal a la hora de determinar el Derecho aplicable, y muestra de ello es la práctica arbitral y gran variedad de soluciones a las que se ha llegado en ella a falta de elección de Derecho aplicable.<sup>156</sup>

Esta discrecionalidad deriva de los reglamentos arbitrales que se utilizan en controversias comerciales internacionales -tales como el Convenio de Ginebra de 1961,

---

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 265

<sup>155</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 289

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 291

la Ley y Reglamento modelo de la CNDUMI, etc.- y cuya aplicación parece haberse extendido a las controversias sobre inversiones.<sup>157</sup>

A pesar de la flexibilidad que dispone el tribunal, éste empleará normalmente los razonamientos típicos del Derecho Internacional Privado, tales como la ley del lugar de la prestación característica, la ley del país con más contactos con la controversia, entre otros; y en todo caso deberá motivar la elección de ordenamiento, a riesgo de que el laudo devenga nulo en caso contrario.<sup>158</sup>

Como se ha dicho, puede ser que el reglamento arbitral o bien permita al tribunal seleccionar directamente los ordenamientos aplicables, o bien permita seleccionar las normas de conflicto que determinarán esos ordenamientos aplicables. En el segundo de los casos, no existe unanimidad en la práctica a cerca de si el tribunal deberá fijar la norma de conflicto aplicando las normas de Derecho Internacional Privado de un determinado ordenamiento interno o si, por el contrario, deberá hacerlo conforme a las normas internacionales o a-nacionales.<sup>159</sup>

Así, si el tribunal opta por aplicar las normas de Derecho Internacional Privado, podrá elegir entre las que formen parte del país sede del arbitraje, asemejándose a las funciones que habría realizado el juez de dicho país, buscando uniformidad y previsibilidad. También podría seleccionar el tribunal las normas de DIP del país cuyos tribunales habrían sido competentes en ausencia de sumisión al arbitraje, pero pudiendo existir varios tribunales de distintos Estados potencialmente competentes y debiendo aplicarse otro sistema de conflicto de leyes para fijarlos, no parece la solución más práctica para el devenir del proceso. Se han propuesto otra serie de alternativas, como la aplicación del árbitro de las normas de DIP de su Estado, pero sin obtener ninguna de ellas una aceptación generalizada. En cualquier caso, la técnica de utilización de las normas de DIP de un determinado ordenamiento para fijar el Derecho aplicable está

---

<sup>157</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 292

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 293

<sup>159</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 294

cayendo en claro desuso, fruto de la disparidad de soluciones a las que se puede llegar en aplicación de unos u otros ordenamientos.<sup>160</sup>

Tal y como se ha mencionado, la otra alternativa a las normas de DIP de un ordenamiento estatal en la tarea de fijar el Derecho aplicable es la posibilidad para el tribunal de utilizar normas internacionales o a-nacionales. En esos casos, el árbitro no está constreñido por un sistema particular de conflicto de leyes, sino que puede seleccionar aquellas normas que muestren una conexión más estrecha con la controversia. Puede tener en cuenta todos los sistemas de DIP nacionales con los que la controversia muestre algún punto de conexión, puede utilizar también los principios generales del Derecho Internacional Privado, instrumentos legales de ámbito internacional, etc..<sup>161</sup>

En cuanto a las controversias dirimidas conforme al sistema CIADI, a falta de elección de ley aplicable por las partes, resulta de aplicación lo contenido en la segunda parte del artículo 42.1 del Convenio CIADI: “*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.*”<sup>162</sup>

Por tanto, en aplicación de este precepto, se señala el Derecho del Estado receptor como el aplicable a falta de elección efectuada por las partes. La nota característica que prevé esta solución es la aplicación, asimismo, de las normas de Derecho Internacional Privado y, por ende, las normas de conflicto del ordenamiento de ese Estado. La aplicación de normas de conflicto del Estado parte únicamente ocurrió en el caso

---

<sup>160</sup> WORTMANN, BEDA. “Choice of law by arbitrators: the applicable conflict of laws system”, *Arbitration International*, vol.14, 1988, pp. 97-114, <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/14/2/97/181509?redirectedFrom=PDF>

<sup>161</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, pp. 297-299

<sup>162</sup> *Vid.* artículo 42.1 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

*Klöckner c. Camerún*, para determinar si era aplicable el *common law* inglés o el Código Civil francés, ambos en vigor en Camerún. Cabe señalar también que estas normas de conflicto del ordenamiento del Estado parte pueden señalar como aplicable, mediante el reenvío, el ordenamiento de un tercer Estado, aunque se trate de una posibilidad tanto improbable como rebatida.<sup>163</sup>

Junto con esta particularidad, la segunda parte del artículo 42.1 del Convenio CIADI prevé la aplicación de “*aquellas normas de Derecho internacional que pudieran ser aplicables*”, entendiéndose como tales las normas de Derecho Internacional Público. La inclusión del Derecho internacional dentro del precepto fue un tema de debate durante el proceso de redacción del mismo, existiendo discrepancias al respecto. La concreción de las que se entendían por normas de Derecho internacional y la relación entre estas y las normas de Derecho interno creó preocupación entre algunos delegados de países firmantes del Convenio.<sup>164</sup>

No son infundadas estas dudas a cerca de la inclusión del Derecho Internacional Público en la redacción definitiva del artículo 42 del Convenio CIADI. En principio, el Derecho Internacional Público es de aplicación en relaciones entre dos Estados. Por tanto, puede parecer contradictorio que haya sido incluido en el artículo 42 para que sea aplicable a las relaciones Estado-inversor. Sin embargo, y atendiendo a las distintas aclaraciones que se han realizado respecto del citado precepto, puede interpretarse que el Derecho Internacional Público se haya incluido como aplicable pero adaptándolo a estas relaciones Estado-inversor, como por ejemplo pudiendo aplicar el Convenio de Viena de Derecho de los Tratados para interpretar un determinado APPRI. Asimismo, si no se previera esta aplicación “adaptada” del DIPúblico, los inversores no podrían hacer valer las normas sobre responsabilidad estatal por daños a los extranjeros, en tanto que éstas

---

<sup>163</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, pp. 300-301

<sup>164</sup> *Ibidem*, pp. 303 y ss.

Asimismo, CHERIAN, JOY. “Foreign Investment Arbitration: The Role of the International Center for Settlement of Investment Disputes”, *Third World Legal Studies*, 1983, pp. 172-190, <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=twls>

se encuentran reservadas para los conflictos interestatales que dirimen del ejercicio de la protección diplomática.<sup>165</sup>

Por otra parte, el hecho de que un inversor, en tanto que no sujeto al Derecho Internacional Público, pueda interponer reclamaciones con base en dicho ordenamiento puede ser causa también de confusión. Sin embargo, en la redacción del Convenio se insistió en la idea de que el inversor tuviera los mismos derechos que un Estado que reclama por los daños causados a la inversión de un nacional, por lo que esto permitiría al inversor invocar el Derecho internacional. Asimismo, en el artículo 27.1 del Convenio se prevé la renuncia al ejercicio del derecho a la protección diplomática, y puede entenderse como consecuencia directa de dicha renuncia el empleo del Derecho internacional por el inversor, en las veces de sustitutivo del derecho a la protección diplomática.<sup>166</sup>

Todos estos argumentos han hecho que, a falta de elección de Derecho aplicable efectuada por las partes, sean de aplicación de manera conjunta tanto el Derecho interno del Estado receptor de la inversión como las normas de Derecho internacional.

En los trabajos de redacción del Convenio se quiso dar un contenido a la previsión del Derecho internacional cuando se señala como aplicable, junto con el ordenamiento del Estado receptor, en los casos donde las partes no hayan seleccionado un ordenamiento aplicable. Así, se quiso dar el contenido previsto en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que prevé como fuentes del Derecho internacional los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del Derecho y, como fuentes subsidiarias, las decisiones judiciales y la doctrina.<sup>167</sup>

Los tratados internacionales que contienen normativa sustantiva sobre la protección de las inversiones extranjeras han adquirido a día de hoy una gran relevancia, véase el

---

<sup>165</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 312

<sup>166</sup> *Ibidem*, p.313

<sup>167</sup> *Id.* p. 313

TLCAN, el TCE, los diferentes APPRI entre Estados, por mencionar los más relevantes. En interpretación de la aplicación “adaptada” de las normas de DIPúblico que ya hemos mencionado, se dejaría de un lado la idea de que esta normativa convencional sustantiva sobre inversiones sólo sería aplicable a las relaciones entre los Estados firmantes, pudiendo ser invocable por el inversor frente al Estado receptor, que es además una posibilidad que se prevé expresamente en estos tratados.<sup>168</sup>

Papel fundamental juega la costumbre internacional en el objeto del presente estudio, las expropiaciones de inversiones extranjeras, pues la mayoría de normas que tratan la cuestión son consuetudinarias, aunque cada vez se vayan recogiendo en más tratados internacionales. En concreto, los tribunales CIADI han utilizado una gran cantidad de normas consuetudinarias para resolver cuestiones como la debida compensación al inversor, la legalidad de la nacionalización o expropiación efectuada por el Estado receptor, la debida protección que debe otorgar dicho Estado a la inversión, y demás.<sup>169</sup>

En cuanto a los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas, existe duda a cerca de si realmente conforma un conjunto de normas diferenciadas de la costumbre, señalándose al respecto la limitada importancia de los principios generales, que vendrían a regular cuestiones más técnicas. Aun así, en la práctica arbitral estos principios generales han sido ampliamente utilizados.<sup>170</sup>

Este sería, a grosso modo, el contenido que se ha querido otorgar al concepto de Derecho internacional aplicable conjuntamente con el Derecho del Estado receptor a falta de elección de las partes, en virtud de la segunda parte del artículo 42.1 del Convenio CIADI y utilizando, como se ha señalado, fuentes de Derecho internacional contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

---

<sup>168</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, pp. 316-317

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 319

<sup>170</sup> N. Zambrana, *La determinación del Derecho...*, *op.cit.*, p. 320



## **CAPÍTULO III.- EXPROPIACIONES DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL SECTOR DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES. EL CASO DE ESPAÑA**

### **1.- Expropiación de inversiones en el sector de las ER. Situación de España en el marco de la UE**

El fenómeno expropiatorio de inversiones extranjeras se manifiesta en una amplia multitud de sectores, entre los cuales el de las energías renovables ha adquirido una importante presencia en los últimos años, en tanto que se han sustanciado en el mismo una serie de procedimientos de arbitraje, de cierta relevancia por su impacto en diferentes sectores de la sociedad, incoados por reclamaciones efectuadas por inversores actores en este sector.

Estos inversores han esgrimido una serie de argumentos en favor de sus reclamaciones, con base fundamental en supuestas violaciones de las disposiciones del Tratado sobre la Carta de la Energía perpetradas por los Estados receptores.<sup>171</sup> El TCE es un convenio multilateral que incluye una serie de derechos de contenido sustantivo que aseguran la protección de las inversiones extranjeras en el sector de las ER.<sup>172</sup> Entre esas disposiciones previstas en el TCE, a lo que a efectos del presente estudio interesa, cabe destacar la prohibición de expropiación de las inversiones que recoge su artículo 13, y que será pormenorizada en el desarrollo del presente capítulo.

Siguiendo la línea del TCE como instrumento principal sobre el que basan los inversores extranjeros sus reclamaciones en el sector de las ER, además de las ya mencionadas disposiciones que contienen una protección sustantiva; el Tratado, en su artículo 26, recoge el consentimiento de los Estados signatarios a someterse al arbitraje

---

<sup>171</sup> M.M. Villagrasa Rozas, “Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 19, 2018, pp.415-449. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6888458>

<sup>172</sup> E. Fernández Masiá, “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 9, número 2, 2017, pp. 666-676. En <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3895>

en caso de surgir eventuales controversias. En concreto, el apartado 4º del citado artículo ofrece al inversor la triple posibilidad de acudir bien a un arbitraje CIADI, a un arbitraje *ad hoc* que opere bajo las reglas de la CNUDMI o bien a celebrar un arbitraje ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo<sup>173</sup>.

En este sentido, España es uno de los Estados que más reclamaciones ha tenido que enfrentar -y sigue enfrentando a día de hoy-. A finales del pasado año 2020, existían cerca de cincuenta reclamaciones presentadas por inversiones en el sector de las ER contra España, por cuantía que ascendía a 7.700 millones de euros en total. Según fuentes gubernamentales, permanecen abiertos hasta 43 procedimientos arbitrales contra el Estado, de los cuales 29 se encuentran pendientes de ser dirimidos ante un tribunal arbitral, mientras que los restantes han sido resueltos y recurridos por España, con el fin de anular la ejecución de sus laudos y evitar así el abono de indemnizaciones millonarias<sup>174</sup>.

Ante esta situación, la Unión Europea ha intervenido en auxilio de España, identificado una línea de defensa para la no-ejecución de los laudos arbitrales condenatorios dictados contra el Estado.<sup>175</sup>

Como parte de esta defensa en favor de España -y demás Estados miembros- se erige la Decisión C(2017)7384 de la Comisión Europea, de 10 de noviembre de 2017, sobre las ayudas estatales de apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos. En este pronunciamiento, la institución europea señala que el inversor que percibe ayudas de un Estado miembro, donde no se respete la notificación de las mismas, no puede tener expectativas legítimas sobre la legalidad de las mismas. Por tanto, cualquier indemnización que se reconozca en un laudo arbitral en favor de

---

<sup>173</sup> *Id.* pp. 666-676

<sup>174</sup> Al respecto: “España se salva de pagar 124 millones a una filial de BlackRock por una demanda de renovables”. *El País*, 9 de marzo de 2021. <https://elpais.com/economia/2021-03-09/espana-se-salva-de-pagar-124-millones-a-una-filial-de-blackrock-por-una-demanda-de-renovables.html>

<sup>175</sup> M.M Villagrasa, “Algunas consideraciones sobre...”, *loc.cit.*, p. 417

dicho inversor y como consecuencia de una reclamación de responsabilidad interpuesta por el mismo, tendrá la consideración de ayuda ilegal del Estado, puesto que un tribunal arbitral no dispone de competencia para autorizar la concesión de una ayuda estatal.<sup>176</sup>

La Decisión de la Comisión, en tanto que norma vinculante, establece que los laudos internacionales que resuelven controversias entre un Estado miembro e inversores de otro Estado miembro no pueden ser aplicados en el ámbito de la UE. Además, cualquier disposición que establezca un arbitraje que resulte en laudos de este tipo es contraria al Derecho de la UE y a principios propios del mismo, tales como el principio de libertad de establecimiento, de libertad de servicios y de libre circulación de capitales. Considera la Comisión que el reconocimiento de la eficacia de estos laudos pondría en entredicho principios generales del Derecho comunitario, a saber, el principio de primacía, de unidad y eficacia del Derecho de la UE, de confianza mutua y de seguridad jurídica. Así, para la Comisión, ante la posibilidad de conflicto entre un Tratado internacional y el Derecho de la UE, el tribunal arbitral debe aplicar preferentemente la regulación comunitaria.<sup>177</sup>

Para entender la postura de la Comisión, resulta necesario comprender la línea doctrinal asentada por el TJUE en lo referente al sistema de apoyo a las energías renovables.<sup>178</sup> El artículo 107 del TFUE establece la incompatibilidad con el mercado interior de las ayudas concedidas por Estados miembros utilizando fondos estatales.<sup>179</sup> La consideración de una ayuda estatal es una cuestión tratada por consolidada jurisprudencia del TFUE, donde se establece que para la apreciación de la misma deberá

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, pp. 431-433

<sup>177</sup> *Id.* 431-433

<sup>178</sup> Así lo entiende M.M. Villagrasa en “Algunas consideraciones...”, *loc. cit.*, p. 433

<sup>179</sup> El tenor literal del primer apartado de dicho precepto reza así:

*“Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”*

existir una ventaja competitiva para los beneficiarios de la ayuda, que ello incida en los intercambios comunitarios, que la medida sea selectiva o falsee o pueda falsear la competencia y que la medida sea financiada por el Estado o se empleen fondos estatales. Asimismo, tendrán consideración de ayudas estatales los beneficios fiscales o cualquier otra medida que suponga una merma de los ingresos del Estado.<sup>180</sup>

Tras establecer esta concepción de las ayudas estatales, el TJUE se ha pronunciado en una serie de casos sobre los sistemas de apoyo a las ER, incidiendo en la cuestión de si la ayuda proviene o no de fondos estatales. Las decisiones del TJUE han servido para la elaboración de las Directrices 2014-2020, sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía, cuya finalidad reside en limitar los incentivos de manera paulatina e incorporar las ER al mercado en condiciones de igualdad con el resto de tecnologías. Para ello, interesa la disminución de las ayudas públicas, hasta su total desaparición.<sup>181</sup>

Al respecto, se realiza una diferenciación entre las ayudas a la inversión y las ayudas al funcionamiento en ER, siendo estas segundas más restrictivas y no suponiendo un incentivo para un beneficio mayor para las empresas inversoras, sino simplemente limitando a cubrir sus gastos normales de operación.<sup>182</sup>

Estas Directrices, si bien no son normas jurídicas vinculantes para los Estados miembro, sí que vinculan a la Comisión, por lo que establecen una serie de criterios o requisitos para aprobar ayudas en esta materia, por lo que deben ser observadas por los Estados en la adopción de sus respectivos regímenes de ayudas nacionales.

---

<sup>180</sup> M.M. Villagrasa, “Algunas consideraciones...”, *loc.cit.*, p. 434

<sup>181</sup> *Ibidem.* pp. 434-436

<sup>182</sup> *Id.* pp. 434-436

En definitiva, queda claro que las compensaciones contenidas en los laudos arbitrales no serán consideradas compatibles con el Derecho de la UE, y la Comisión procederá a calificarlas como ayudas estatales ilegales.<sup>183</sup>

Este escenario controvertido en el seno de la UE podría esclarecerse con la creación de un sistema de resolución de controversias justo e independiente capaz de resolver controversias equiparando los intereses de los inversores ante cambios frecuentes y bruscos de legislaciones en materia de ER y, por otra parte, el alcance de la potestad regulatoria de la UE y de los Estados miembros.<sup>184</sup> La creación de esta suerte de Tribunal de inversiones de la UE puede encontrar amparo en lo previsto en el artículo 207 TFUE, donde se otorga competencia exclusiva en materia de inversiones extranjeras a la Unión.<sup>185</sup>

Esta calificación de las compensaciones previstas en los laudos como ayudas de Estado ilegales conforma, como se ha apuntado, una parte del mecanismo de defensa que la UE ha advertido para frenar la ejecución de laudos arbitrales en Estados miembro.<sup>186</sup>

Sin embargo, no es éste el único argumento que puede esgrimir un Estado miembro para la no-ejecución de laudos arbitrales y la consiguiente liberación del pago de la compensación debida al inversor. Así, se erige un segundo bastión en favor de los Estados miembros: la incompatibilidad entre los arbitrajes entre Estados miembro y los principios de primacía y autonomía del Derecho de la Unión.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> M.M. Villagrasa, “Algunas consideraciones...”, *loc.cit.*, p. 437

<sup>184</sup> *Id.* p. 437

<sup>185</sup> El tenor literal del artículo 207 TFUE reza así: “*La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas ,...*”

<sup>186</sup> M.M. Villagrasa, “Algunas consideraciones...”, *loc.cit.*, p.418

<sup>187</sup> *Id.* p. 418

Los mecanismos de resolución de controversias contenidos en los TBI suscritos entre dos Estados miembros -TBI intra-UE- y su compatibilidad con el Derecho de la Unión es una cuestión que ha sido abordada en el llamado asunto Achmea, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 6 de marzo de 2018.<sup>188</sup>

Esta decisión del TJUE ha supuesto un verdadero impulso en favor de la derogación del entramado de TBI intra-UE existentes hasta la fecha, por ser éstos contrarios al Derecho de la Unión; movimiento que ya había sido comenzado la Comisión Europea, pero que había encontrado el rechazo de los tribunales por falta de una fundamentación sólida.<sup>189</sup>

Resulta necesario realizar una sucinta aproximación al caso Achmea y a la postura adoptada por el TJUE para poder entender el contenido de esta nueva línea de excepción que surge en favor de los Estados miembros contra la ejecutividad de los laudos arbitrales condenatorios, y en concreto para España en el aluvión de reclamaciones en el sector de las ER que afronta en la actualidad.

En su Sentencia de 6 de marzo de 2018, el TJUE declaró el mecanismo de resolución de controversias derivadas de una inversión extranjera contenido en cualquier TBI suscrito entre dos Estados miembros incompatible con el ordenamiento de la UE, por ser contrario a los principios de autonomía y primacía del Derecho de la Unión previstos en los artículos 267 y 344 TFUE.<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> D. Suciú, “Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Achmea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, p. 3. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6959566>

<sup>189</sup> *Ibidem*. pp. 3-4

<sup>190</sup> M. Requena Casanova, “Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, num.42/2019, 2019, p.18. En <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/mrequena-publicaciones/los-arbitrajes-de-inversiones-contra-espana-por-los-recortes-a-las-energias-renovables.pdf>

Así, y en palabras del Tribunal, el arbitraje de inversión celebrado entre un Estado miembro y un nacional de otro Estado miembro no es compaginable con el sistema jurisdiccional de solución de controversias previsto en los distintos Tratados de la UE, poniendo en entredicho el principio de confianza mutua entre los Estados miembros y, además, cuestionando la autonomía del Derecho de la Unión.<sup>191</sup>

El TJUE resuelve, en el caso Achmea, la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Federal de Justicia alemán, consecuencia de un recurso de anulación y posterior recurso de casación planteado por Eslovaquia. El precedente a este recurso es un laudo dictado por un tribunal arbitral en Francfort, con base en el TBI existente entre los Países Bajos y Eslovaquia, fruto de una controversia entre este segundo Estado y la mercantil neerlandesa Achmea. La controversia se suscita en el seno de la privatización del mercado de seguros de salud privados -mercado en el que operaba la mercantil Achmea- en el año 2004. En el año 2007, Eslovaquia prohíbe la distribución de beneficios derivados de las actividades de seguros de salud privados por medio de ley, que posteriormente es declarada inconstitucional por el propio Tribunal Constitucional eslovaco en el año 2011. La empresa Achmea entendió que se le había causado un perjuicio, por lo que decidió incoar el procedimiento arbitral ya citado. El tribunal arbitral condenó a Eslovaquia al pago de una indemnización en favor de Achmea. Como se ha dicho, tras la interposición del recurso de anulación y su desestimación, Eslovaquia interpuso recurso de casación frente al referido Tribunal alemán, quien decidió interponer una cuestión prejudicial ante el TJUE.<sup>192</sup>

Como se ha señalado, la decisión del TJUE gira en torno al principio de autonomía del Derecho de la Unión, entendiendo que un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados. En concreto, entiende el Tribunal vulnerado la manifestación del principio de autonomía del Derecho comunitario en el artículo 344 TFUE, donde los Estados se comprometen a no someter las controversias relativas a la aplicación o interpretación de los Tratados a un procedimiento de solución

---

<sup>191</sup> *Ibidem.* p.19

<sup>192</sup> D. Suciú, “Los arbitrajes de energías renovables...”, loc.cit., pp. 5-6

distinto del previsto en los mismos.<sup>193</sup> Así, el Tribunal sale en defensa del sistema jurisdiccional creado por el Derecho de la Unión y los Tratados, que encuentra su piedra angular en el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE.

Entiende el TJUE que los tribunales arbitrales que adquieren competencia en virtud de un determinado TBI puede verse en la tesitura más que probable de tener que aplicar el Derecho de la Unión. Esto no supondría problema alguno si el tribunal arbitral ostentara la condición de órgano jurisdiccional de los Estados miembros, integrado en el sistema jurisdiccional de la Unión. Así, el tribunal arbitral gozaría de la posibilidad de interrogar por medio de cuestión prejudicial al TJUE, en virtud del citado artículo 267 TFUE, garantizándose así la unidad en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión.<sup>194</sup>

Sin embargo, el TJUE argumenta en contra de la consideración del tribunal arbitral como órgano jurisdiccional de un Estado miembro. Y lo hace primeramente señalando su carácter excepcional, normalmente previsto en los propios TBI.

Sigue resolviendo el Tribunal apuntando que, a diferencia de otros tribunales arbitrales como el Tribunal de Justicia Benelux, el tribunal arbitral del caso Achema -como cualquier tribunal arbitral constituido conforme a un TBI- puede ser considerado un órgano jurisdiccional común a varios Estados, descartando asimismo esta opción.

También se aborda la cuestión de si el laudo dictado por el tribunal arbitral se encuentra sometido al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que, a su vez, pueda someter las cuestiones relativas a la aplicación e interpretación del Derecho de la Unión al propio TJUE, vía procedimiento prejudicial del artículo 267 TFUE. Sin embargo, el TBI aplicable al caso Achmea, como tantos otros TBI, declara el carácter definitivo del laudo, lo que impide la hipótesis contemplada por el TJUE.

---

<sup>193</sup> *Id.* pp. 5-6

<sup>194</sup> D. Suciú, “Los arbitrajes de energías renovables...”, *loc.cit.* pp 6-7.



Finalmente, el Tribunal analiza el origen del tribunal arbitral, señalando que éste proviene de un acuerdo internacional entre Estados miembros que, de forma intencionada, sustraen de competencia a sus propios tribunales y, por ende, del sistema de recursos judiciales que el TUE, en su artículo 19, les impone a establecer para cuestiones cubiertas por el Derecho de la Unión.

Es por todo ello que el TJUE señala contrario a los artículos 267 y 344 TFUE el sistema de resolución de controversias previsto en el TBI aplicable al caso, en tanto que estos preceptos se oponen a una disposición convencional como la citada, conforme a la cual un inversor de un Estado miembro puede iniciar un procedimiento arbitral contra el Estado miembro receptor de dicha inversión, que ha consentido otorgar competencia al tribunal arbitral para enjuiciar eventuales controversias sobre esa inversión.<sup>195</sup>

Cabe reiterar la indudable relevancia que ha adquirido esta decisión del TJUE en el arbitraje de inversiones a nivel europeo. La principal consecuencia se ha visto reflejada en las declaraciones conjuntas efectuadas por los Estados miembros los días 15 y 16 de enero de 2019, que posteriormente han sido formalizadas en el Acuerdo para la Terminación de los TBI entre los Estados miembros, publicado el 29 de mayo de 2020 en el DOUE, con entrada en vigor a los tres meses de su publicación. Este Acuerdo ha supuesto la terminación de más de 190 TBI intra-UE, además de sus “cláusulas de remanencia”, las cuales extendían por un tiempo adicional la protección otorgada a las inversiones realizadas antes de la terminación del TBI en cuestión.<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> D. Suciú, “Los arbitrajes de energías renovables...”, *loc.cit.* pp. 7-8

<sup>196</sup> J.C. Fernández Rozas, “Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea”. En *El blog de Jose Carlos Fernández Rozas*. 31 de mayo de 2020. <https://fernandezrozas.com/2020/05/31/acuerdo-para-la-terminacion-de-los-tratados-bilaterales-de-inversion-entre-los-estados-miembros-de-la-union-europea/>

Sin embargo, y a lo que efectos del presente estudio interesa, el referido Acuerdo de terminación no afecta al TCE y a los procedimientos intra-UE que se puedan suscitar a su amparo, tal y como expresamente se prevé en el propio Acuerdo.<sup>197</sup>

Por lo tanto, ha surgido el interrogante a cerca de los efectos de la sentencia del caso Achmea en los procedimientos intra-UE incoados al amparo del artículo 26 del TCE. En el presente estudio se ha considerado la excepción del arbitraje intra-UE como un mecanismo de defensa en favor de los Estados miembros que quieren evitar la ejecutividad de los laudos condenatorios, por lo que puede afirmarse que el pronunciamiento del TJUE en el caso Achmea permite impugnar la jurisdicción de los tribunales arbitrales creados sobre la base del TCE en tanto éstos enjuician casos entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro, además de poder solicitar la anulación de los laudos pronunciados y, como se ha señalado, oponerse al reconocimiento y la ejecución de laudos, al menos, ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.<sup>198</sup>

En el concreto caso de España, la sentencia del caso Achmea podría servir para prolongar la litigación en fase de ejecución de los laudos, e incluso impedirla. La estrategia de defensa deberá seguir la fundamentación del TJUE, sosteniendo que los principios de autonomía y primacía del Derecho de la Unión se aplicarían en relación con el artículo 26 TCE, no pudiendo darse esta aplicación en disputas entre inversores europeos y Estados miembros, excluyéndose la oferta arbitral del referido precepto del TCE por contravenir los artículos 267 y 344 TFUE.<sup>199</sup>

Sin embargo, no está del todo claro que el CIADI, como institución arbitral principal en los litigios sobre renovables, vaya a seguir la fundamentación del TJUE, en tanto que

---

<sup>197</sup> Al respecto, ver los Considerandos del Acuerdo, disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=ES) , donde se establece expresamente que no es de aplicación al TCE.

<sup>198</sup> M. Requena, “Los arbitrajes de inversiones contra España...”, *loc.cit.*, p. 19

<sup>199</sup> *Id.* p. 19

puede poner en peligro una importante cantidad de arbitrajes que pueden verse finalizados si se acepta el argumentario en favor de la excepción intra-UE, lo que supondría un perjuicio claro para el lucrativo negocio que puede suponer el arbitraje de inversión dirimido ante esta entidad de corte marcadamente liberal. El laudo arbitral del caso *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L. y Antin Energía Termosolar B.V. c. Reino de España*, es muestra de ello. En este caso, dirimido ante un tribunal CIADI, se alegó la excepción intra-UE, pero no prosperó presumiblemente por las razones ya expuestas.<sup>200</sup>

No obstante, en otros casos sí que parece haber prosperado esta línea de defensa. Por ejemplo, España ha logrado ante un tribunal sueco -la Corte de Svea, sita en Estocolmo- la anulación del laudo dictado en el caso contra Novenergía II en un arbitraje ventilado ante la Cámara de Comercio de Estocolmo.<sup>201</sup>

El argumento de España era taxativo: entendía que los efectos derivados de la sentencia del caso *Achmea* dictada por el TJUE tenían efectos retroactivos desde la fundación de la hoy Unión Europea, suponiendo ésto que ningún arbitraje intra-UE iniciado al amparo del TCE y su artículo 26 podría considerarse válido, por ser esta oferta arbitral contraria al Derecho de la Unión en los términos que señala el TJUE en el caso *Achmea*<sup>202</sup>, y que ya se han tratado en este estudio.

Por tanto, y en la línea de este argumento, España nunca habría realizado una oferta jurídicamente válida para resolver mediante el arbitraje previsto en el citado artículo 26 del TCE una eventual controversia con un inversor de un Estado miembro, como lo es Novenergía, mercantil con sede en Luxemburgo.

Ni siquiera que el laudo sea revisado ante un tribunal interno de un Estado miembro, como ocurre en el caso *Novaenergía II* y como ocurrió en el caso *Achmea*, garantiza la

---

<sup>200</sup> M.M. Villagrasa, “Algunas consideraciones...”, *loc.cit.*, pp. 444-445

<sup>201</sup> M. Requena, “Los arbitrajes de inversiones contra España...”, *loc.cit.*, p. 19

<sup>202</sup> *Id.* p. 19

primacía del Derecho de la Unión, en tanto que dicha revisión tiene un alcance limitado por las normas internas de dicho Estado.

Entonces, la solución pasaría por que cualquier tribunal arbitral establecido sobre la base del artículo 26 del TCE que se viera en la tesitura de resolver una disputa entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro rechazara su jurisdicción por todo lo ya expuesto.<sup>203</sup>

No queda clara la línea que seguirán los distintos tribunales arbitrales ante las excepciones basadas en el Derecho de la Unión que podrán interponer los distintos Estados miembros, y en particular España, pues como se ha podido observar existen tribunales que sí aceptan por ejemplo la excepción intra-UE; mientras que otros, como el CIADI, se muestran reacios a dar por finalizado un arbitraje entre Estados miembros en base a la decisión adoptada por el TJUE en el caso Achmea.

En cualquier caso, es clara la posición de España, que ya ha solicitado la anulación de todos los laudos condenatorios dictados por el CIADI o cualquier otra instancia arbitral, bajo el argumentario favorable ya analizado y que ha supuesto una verdadera “vía de escape” para el Estado ante la cantidad de indemnizaciones que se había visto obligado a afrontar. El Derecho de la Unión y la decisión del TJUE parecen haber sido realmente útiles en este caso para los Estados miembros.

Por su parte, el TCE parece haber perdido cierta utilidad o aplicabilidad, sobre todo en las eventuales controversias surgidas entre Estados miembros e inversores de otros Estados miembros, lo que sugiere una necesaria reforma o reformulación del Tratado para poder encontrar una nueva fórmula que por una parte respete el Derecho de la Unión y, por otra, no desampare a los inversores de Estados miembros en disputas ante otros Estados miembros, en tanto que estos segundos han sido los realmente favorecidos por esta línea de defensa que se ha esbozado tras la resolución del caso Achmea.

---

<sup>203</sup> *Ibidem.* pp. 20-21

## **2.- El sector de las energías renovables en España**

Para poder comprender la situación actual que enfrenta España en lo relativo a los litigios sobre inversiones en el sector de las ER resulta necesario analizar el íter legislativo que ha seguido el Estado en cuanto a la promoción de este tipo de inversiones, desde su origen hasta la actualidad. Esta evolución legislativa ha llevado a España a verse envuelta en cerca de cincuenta casos contra inversores extranjeros del sector, estando en juego el pago de cantidades muy elevadas que el Estado tendría que afrontar en caso de obtener laudos condenatorios.

### *2.1. Promoción de las inversiones en España*

La génesis de la regulación de las ER en nuestro país se sitúa en la década de los 80, cuando con la Ley 82/1980, de 30 de diciembre, de Conservación de la energía<sup>204</sup> se vislumbra la intención del Estado en promocionar este sector novedoso para la época. Esta primera ley abre la puerta a una intensa actividad legislativa de desarrollo, que termina por refundirse por medio del Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables.<sup>205</sup>

En el año 1997 se da un impulso verdaderamente relevante a la promoción y desarrollo del sector con la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico<sup>206</sup>, por la que se liberalizaba el sector de la Energía y por la que el Gobierno se comprometía a aprobar un Plan de Fomento de las Energías Renovables -aprobado en el año 1999-.

---

<sup>204</sup> Ley 82/1980, de 30 de diciembre, sobre conservación de energía. (BOE núm. 23, de 27 de enero de 1981).

<sup>205</sup> Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1994).

<sup>206</sup> Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997).

La normativa establecida por la Ley del Sector Eléctrico de 1997 fue desarrollada por medio de varios Reales Decretos adoptados entre los años 1998 y 2002, introduciendo la posibilidad de vender la energía producida en el mercado, hasta que en el año 2004 se extendió a las ER esta opción de venta en el mercado, con el Real Decreto 436/2004 del 12 de marzo de 2004.<sup>207</sup> Con esta regulación, se previeron una serie de incentivos para los productores de ER que vendieran su producción en el mercado o a distribuidores, además de promocionar la inversión en las ER, con una serie de retribuciones razonables para los inversores.

Sin embargo, es en el año 2007 cuando, con la aprobación del Real Decreto 661/2007<sup>208</sup>, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, se aprecia una verdadera apuesta del Estado por la promoción del sector de las ER. Por medio de este reglamento, nace todo un sistema de incentivos a las inversiones en el sector de las ER. Se ofrece a los inversores una serie de retribuciones por invertir en las energías renovables producidas en España, lo que hace crecer un panorama muy llamativo y favorable para el capital extranjero, y sobre todo otorga unas posibilidades enormes de desarrollo al país con la atracción de ese capital.<sup>209</sup>

Esta normativa es el desarrollo estatal de las directrices europeas establecidas en el Plan de Energías Renovables 2005-2020, y busca la promoción de la inversión en plantas fotovoltaicas y termoeléctricas, probada como la energías renovable que mayores beneficios ventajas reportaba frente a las demás fuentes alterativas, por medio de la implantación del referido sistema de retribución a las inversiones.

---

<sup>207</sup> Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. (BOE núm. 75, de 27 de marzo de 2004).

<sup>208</sup> Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. (BOE núm. 126, de 26 de mayo de 2007).

<sup>209</sup> D. Suciú, “Los arbitrajes de energías renovables...”, *loc.cit.*, pp. 9-10

El gran trabajo del Estado en las tareas de promoción de las inversiones en las ER, con la implantación de un ambiente tan atractivo de inversión, hizo que incluso se superasen los objetivos implantados por la Unión Europea -lograr que un 20% de la energía consumida fuera ER, con el año 2020 como plazo máximo-.

Este “efecto llamada” al capital extranjero, con una gran entrada de capital extranjero atraído por las tan beneficiosas condiciones ofertadas, hizo que España se colocara como líder mundial de la energía solar fotovoltaica.<sup>210</sup>

## *2.2. Recortes en el fomento de inversiones en el sector*

A pesar del panorama tan alentador que se dibujaba fruto de la gran cantidad de inversores extranjeros que se vieron atraídos por las condiciones tan beneficiosas que regulaban las inversiones en el sector de las ER, la crisis mundial del año 2008 obligó al Estado a limitar y recortar las primas que se ofrecían a los inversores<sup>211</sup>, hasta su total desaparición con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013 de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera y presupuestaria del sistema eléctrico.<sup>212</sup>

Durante el período de crisis, se adoptaron una serie de Reales Decretos durante el año 2010 que afectaron al fomento de la generación de electricidad fotovoltaica, mientras que durante los años 2012 y 2013 se aprobó una regulación que incidió de forma más general en las distintas fuentes de ER y su fomento. Esta regulación, que obviamente conllevaba una restricción de los incentivos para los inversores, además fue adoptada con carácter retroactivo, afectando así a a instalaciones que tenían reconocida una

---

<sup>210</sup> *Id.* pp. 9-10

<sup>211</sup> M.M. Villagrasa, “Algunas cuestiones...”, *loc.cit.*, p. 419

<sup>212</sup> Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2013).

retribución primada para toda la vida útil de la instalación e incidiendo negativamente en sus beneficios.

El referido Real Decreto-ley 9/2013 supuso el cambio definitivo de un sistema de incentivos que se había visto ciertamente empeorado desde la óptica del inversor desde la crisis del año 2008. Con esta regulación, se establecieron las bases de un nuevo marco retributivo para que las energías renovables pudieran seguir siendo competitivas en el mercado, obteniendo una cierta rentabilidad. Este Real Decreto-ley fue el preludeo de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico<sup>213</sup>, la cual estableció un régimen retributivo específico para las ER.<sup>214</sup>

Esta nueva regulación, desarrollada posteriormente por el Real Decreto-ley 413/2014<sup>215</sup> y por la Orden Ministerial IET/1045/2014<sup>216</sup>, trajo consigo un brusco cambio de régimen para las empresas, que había sido favorable en tiempos anteriores, para dar lugar a un régimen mucho más restrictivo, que en muchos casos dejaba de ser rentable para los inversores que años atrás habían apostado fuerte en el sector de las ER. Algunas empresas incluso dejaron de percibir ayudas al superar ciertos estándares de retribución fijados por el Estado, lo que dio lugar a que algunas mercantiles no pudieran si quiera cubrir los costes que debían afrontar.<sup>217</sup>

Así, esta política de recortes adoptada para la aprobación de los nuevos presupuestos regulatorios que sirvieron como base a los inversores nacionales y extranjeros para la

---

<sup>213</sup> Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013).

<sup>214</sup> *Id.*

<sup>215</sup> Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. (BOE núm. 140, de 10 de junio de 2014).

<sup>216</sup> Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. (BOE núm. 150, de 20 de junio de 2014).

<sup>217</sup> M.M. Villagrasa, “Algunas cuestiones...”, *loc.cit.*, pp. 420-421



fijación de sus proyectos de inversión tuvo como consecuencia directa una notable bajada en la rentabilidad de estos proyectos, suponiendo en determinados casos el cierre de plantas que ni siquiera habían sido amortizadas.<sup>218</sup>

Toda esta normativa supuso un evidente perjuicio para los intereses de los inversores en el sector de las ER, tanto nacionales como internacionales, que años atrás habían invertido grandes sumas, atraídos por las condiciones tan favorables que ofrecía el Estado y que ya han sido tratadas en el apartado anterior, pero que sufrieron un drástico cambio a peor, fruto principalmente de la crisis mundial del año 2008.

Ante esta situación, los inversores se lanzaron a impugnar las distintas normas que supusieron la terminación del régimen tan favorable para sus inversiones. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ratificó las normas con rango de ley, mientras que el Tribunal Supremo hizo lo propio con las normas reglamentarias que desarrollaban esa normativa legal. Si bien el criterio de todos los magistrados no fue unánime, la “vía interna” de impugnación había sido agotada sin un resultado satisfactorio para los inversores. No obstante, a los inversores extranjeros aún les quedaba una alternativa: acudir al arbitraje internacional bajo la alegación de una infracción del Tratado sobre la Carta de la Energía.<sup>219</sup>

### **3.- Protección ante las expropiaciones. El Tratado sobre la Carta de la Energía**

#### *3.1. El TCE. Ámbito de aplicación y mecanismos de protección de las inversiones*

Como se ha podido apreciar a lo largo del presente capítulo, el instrumento convencional por excelencia en el sector de las inversiones en fuentes de energías renovables es el Tratado sobre la Carta de la Energía, de 17 de diciembre de 1994, entrado en vigor en abril de 1998, del que España es parte contratante.

---

<sup>218</sup> *Id.*

<sup>219</sup> M.M. Villagrasa, “Algunas cuestiones...”, *loc.cit.*, pp. 420-421.

En el concreto caso de nuestro país, el aluvión de reclamaciones que está teniendo que afrontar cuentan como base una supuesta violación de las disposiciones contenidas en el TCE, invocadas por los inversores extranjeros que han visto damnificadas sus inversiones por la política de recortes que ha implantado el Estado<sup>220</sup> y que acaba de ser objeto de estudio.

Así, el instrumento que protege a los inversores extranjeros que operan en el sector de las energías renovables es el Tratado sobre la Carta de la Energía, debiendo descartarse la invocación de el APPRI que exista entre España -en el concreto caso del presente estudio- y el Estado del que el inversor sea nacional.<sup>221</sup>

Además de España, son partes contratantes del TCE los demás Estados miembros de la UE, todas las antiguas repúblicas que conformaron en su día la Union de Repúblicas Socialistas Soviéticas, los demás países europeos de la OCDE, Japón y Australia.<sup>222</sup>

El TCE ofrece a los inversores extranjeros en el sector de las ER una protección sustantiva, en tanto que contiene disposiciones que los Estados receptores se obligan a respetar cuando acogen una inversión de un nacional de otro Estado que opere en el referido sector.

---

<sup>220</sup> E. Fernández Masiá, “España ante el arbitraje internacional...”, *loc.cit.*, p. 669

<sup>221</sup> M. Lopez Escudero, “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables. En J. Martín y Pérez de Nanclares (Ed.), *España y la práctica del Derecho Internacional*. Colección Escuela Diplomática, 2014, pp. 243-244

<sup>222</sup> *Id.* pp. 243-244

Entre dichas disposiciones de protección sustantiva contenidas en el TCE, son tres las más importantes y que merecen mención expresa, pues son las que más veces han sido invocadas por los inversores en sus reclamaciones.<sup>223</sup>

En primer lugar, el artículo 10.1 del TCE contiene la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo. El propio artículo 10, en su doceavo apartado, contiene otra de las disposiciones sustantivas a destacar, la obligación de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos de los inversores. Y en cuanto al tercer instrumento de protección sustantiva a destacar, es efectivamente el que más interesa a efectos de este estudio: la obligación de no expropiar la inversión injustificada y desproporcionadamente, contenida en el artículo 13 del texto convencional.

Estas son las normas que los inversores extranjeros han entendido vulneradas por la normativa de recortes adoptada por el Estado a partir del año 2010.<sup>224</sup>

Como puede observarse, se tratan de disposiciones de contenido sustantivo muy similares a las que se pueden encontrar en los distintos APPRI existentes y que ya han sido mencionadas a lo largo del presente estudio.

Interesa, por tanto, realizar un breve análisis de lo que supone cada una de estas tres obligaciones contenidas en el TCE, tomando como referencia el criterio adoptado por los tribunales arbitrales para dotarlas de un contenido lo más exacto posible.

La obligación de proporcionar un trato justo y equitativo al inversor no está ni mucho menos definida con claridad, como resulta de la amplitud con la que los tribunales arbitrales han concebido la misma en interpretación del TCE. El análisis que realizan los

---

<sup>223</sup> F. Pascual Vives, “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y Construction Investments c. España (Fondo)”. *Revista española de Derecho Internacional - Sección Práctica española de Derecho Internacional*, volumen 68/2, 2016, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.3.02>, pp. 369-370

<sup>224</sup> *Id.* pp. 369-370

tribunales cuando se alega la infracción de esta obligación se centra en la conducta o comportamiento del Estado con el inversor.<sup>225</sup>

En el concreto caso de los litigios contra España, los demandantes que han alegado violación de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo por parte del Estado han señalado que la regulación de recortes adoptada por el mismo trajo consigo una inestabilidad jurídica, violándose así las legítimas expectativas de los inversores, pudiendo calificarse dicha normativa como desproporcionada y contraria al interés público. Como agravante de la actuación estatal, los inversores alegaron la retroactividad de esa normativa perjudicial para sus intereses.<sup>226</sup>

La práctica arbitral parece entender que para que exista una violación de las legítimas expectativas del inversor, el Estado debe haber adoptado con el mismo una serie de compromisos específicos, que no sean a posteriori por un cambio legislativo fruto del poder regulatorio del propio Estado. No parece que una norma adoptada por el Estado dirigida a una variedad de sujetos conlleve la adopción de compromisos específicos con cada uno de ellos, pues ello supondría una limitación excesiva a la capacidad del Estado de poder regular su economía en pro del interés general.<sup>227</sup>

Los tribunales arbitrales valoran, asimismo, el marco normativo vigente en el Estado receptor en el momento de la inversión sobre el que opera el inversor para poder concluir si se han violado o no sus legítimas expectativas. Así, en tanto que el inversor no haya realizado un examen diligente de la normativa imperante en el Estado donde va a operar, no podrán entenderse violadas sus expectativas. Por tanto, el inversor también debe controlar su propia actuación para poder exigir un trato justo y equitativo por parte del Estado receptor.

---

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 371

<sup>226</sup> F. Pascual Vives, “El régimen de promoción...”, *loc.cit.*, p. 371

<sup>227</sup> *Id.* p. 371

Por otra parte, resulta relevante además analizar si la normativa del Estado ha sido modificada de manera irracional, desproporcionadamente o contrariando el orden público. Aunque la normativa adoptada pueda ser considerada contraria o dañina para los intereses del inversor -como ocurrió con la normativa de recortes adoptada por España-, si la adopción de la misma responde a una serie de criterios objetivos y no puede ser considerada arbitraria ni contraria al orden público, no podrá por consiguiente ser considerada adversa a la proporción de un trato justo y equitativo al inversor<sup>228</sup>.

En cuanto a la segunda de las obligaciones reguladas en el que hemos considerado de mayor relevancia -la obligación de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos-, los reclamantes han alegado no poder recurrir la normativa que entendían dañina para sus intereses dentro del orden jurisdiccional interno del Estado. Los tribunales han interpretado la obligación contenida en el artículo 10.12 del TCE teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad, señalado así que cada Estado es capaz de establecer su sistema interno de recursos judiciales. Entienden los tribunales que, en tanto ese sistema interno de recursos imperante en cada Estado funcione de manera efectiva y eficiente, no puede entender violada la obligación de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos, alegada por los inversores. Por tanto, esta obligación no puede en ningún caso obligar al Estado a organizar de una determinada manera el sistema de impugnación de la normativa que dicte, pudiendo disponer de su propio sistema de recursos, siendo únicamente exigible por los inversores un funcionamiento eficiente del mismo que les permitan recurrir las normas que entiendan perjudiquen sus inversiones.<sup>229</sup>

### *3.2. La protección del TCE ante las expropiaciones*

La prohibición de expropiar la inversión de manera desproporcionada e injustificada contenida en el artículo 13 del TCE es la tercera de las disposiciones de contenido sustantivo cuya relevancia se ha querido remarcar en el presente estudio, mucho mas

---

<sup>228</sup> F. Pascual Vives, “El régimen de promoción...”, *loc.cit.*, p. 372

<sup>229</sup> *Ibidem*, pp. 373-374

aún cuando trata del objeto principal del mismo, la expropiación de las inversiones extranjeras, en el concreto sector de las inversiones en fuentes de energías renovables.

El artículo 13 del TCE adopta redacción muy similar a la que ofrecen las disposiciones prohibitorias de expropiaciones contenidas en los distintos APPRI. Así, el TCE también diferencia las expropiaciones directas de las nacionalizaciones y de las medidas de efecto equivalente, señalando que no podrán ser llevadas a cabo salvo que sea por un motivo de interés público, de manera no discriminatoria, con arreglo al procedimiento legal debido y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva -artículo 13.1 TCE-. Es decir, coinciden las condiciones de licitud de la medida o acto expropiatorio exigidas por el TCE con las ya tratadas en el presente estudio, que son las contenidas en la mayoría de APPRI.

El propio apartado primero del artículo 13 aborda la cuestión de la compensación, señalando que deberá ser la equivalente al justo valor de mercado de la inversión expropiada justo antes del momento de la expropiación. Así, el TCE aboga por el principal método de valoración de la compensación de entre los ya mencionados en el presente examen. Además, también señala el TCE que deberán añadirse a dicha compensación los intereses fijados con arreglo a criterios de mercado que se devenguen hasta la efectiva satisfacción de la compensación.

El apartado segundo del precepto objeto de estudio señala la facultad del inversor afectado por el acto o medida expropiatoria de acudir a los tribunales ordinarios del Estado receptor y expropiante para que, con la celeridad debida, su caso sea examinado; así como para que se proceda a la valoración de su inversión y al pago de la eventual indemnización que surja en su favor -artículo 13.2 TCE-.

Por último, concluye la redacción del artículo 13 un tercer apartado con un inciso aclaratorio, donde se señala que será considerada expropiación la privación de bienes de una empresa que opere en territorio del Estado expropiante y que sea propiedad de un inversor extranjero, o bien incluso éste participe en la misma. Por tanto, se regula el

caso concreto donde el inversor extranjero opere por medio de una empresa que desarrolle su actividad en el Estado receptor y expropiante, señalando que cualquier apropiación de bienes de esa mercantil por parte del Estado será considerada expropiación bajo la óptica del Tratado.

Una vez analizada la regulación contenida en el TCE sobre las expropiaciones y medidas de efecto equivalente, procede enfocar la previsión convencional al ámbito de la práctica, y más concretamente a las actuaciones de España respecto de las inversiones extranjeras en el sector de las energías renovables.

Así, en primer lugar, parece claro que las medidas regulatorias adoptadas por el Estado español tras el impacto de la crisis mundial del año 2008, y que conllevaron una serie de recortes a los beneficios que se habían ofrecido a las inversiones en energías renovables, no constituyen una expropiación directa. En correlación con lo ya expuesto en el presente estudio a cerca de las expropiaciones directas, no puede apreciarse una en el presente caso, al no existir una apropiación forzosa por parte del Estado español de la propiedad tangible o intangible de las instalaciones solares de los inversores extranjeros.<sup>230</sup>

Sin embargo, esta eliminación de incentivos en favor de las inversiones llevada a cabo por España sí que puede llegar a ser considerada o bien una expropiación indirecta y progresiva *-creeping expropriation-* o bien una medida de efecto equivalente a la expropiación, por el amplio contenido que pueden abarcar ambas concepciones de la expropiación y que ya ha sido tratado a lo largo del presente estudio. Es por ello que los inversores extranjeros deben fundamentar sus reclamaciones en la apreciación de este tipo de expropiaciones, para poder lograr la condena del Estado español y el consiguiente reconocimiento de una reclamación por las inversiones expropiadas.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> M. Lopez Escudero, “Arbitrajes de inversiones contra...”, *loc.cit.*, p. 251

<sup>231</sup> *Id.* p. 251

Como se aprecia en el breve análisis realizado sobre el contenido del artículo 13 del TCE, no se concreta el contenido que se quiere dar al concepto de expropiación, por lo que resulta necesario tanto tener en cuenta la jurisprudencia arbitral al respecto como los diferentes anexos de los tratados internacionales sobre inversiones más recientes, sobre todo aquellos negociados por la Unión Europea, como puede ser el CETA -el Acuerdo Económico y Comercial Global-.<sup>232</sup>

No obstante, la jurisprudencia arbitral sobre la expropiación -concretamente la expropiación indirecta- no es homogénea como ya se ha dejado constancia a lo largo del presente estudio. Por una parte, existe la *sole effect doctrine* -doctrina mayoritaria-, según la cual será la rebaja del valor de la inversión causada por la medida estatal el determinante para poder calificar ésta última como expropiación indirecta; mientras que por otra parte los hay quienes abogan aún por la doctrina del poder de policía del Estado, por la que las actuaciones del mismo no constituyen expropiación ni siquiera cuando incidan negativamente en la inversión. Así, mientras que los reclamantes basarán sus reclamaciones en la *sole effect doctrine*, el Estado español abogará por la defensa de la doctrina del poder de policía.

La *sole effect doctrine* aboga por la determinación de expropiación indirecta cuando las medidas estatales adoptadas conlleven un impacto económico sustancial sobre la propiedad del inversor, sin tener en cuenta en ningún caso los fines perseguidos por el Estado con la adopción de dichas medidas. Como se ha señalado, las reclamaciones de los inversores extranjeros tendrán como base fundamental esta doctrina.

Aplicada la misma al concreto caso de los recortes del Estado a los incentivos de las inversiones en ER, y tomando como referencia la jurisprudencia arbitral que ha ido dotando de contenido al concepto de expropiación indirecta, no parece se pueda apreciar una expropiación por los recortes a estos incentivos, pues el impacto económico de la eliminación de los mismos no es tan sustancial y severo como el concurrente en los asuntos que dieron lugar a la delimitación del concepto de expropiación indirecta.

---

<sup>232</sup> *Ibidem*, pp. 251-253



Los inversores en ER no se han visto privados de la gestión de sus instalaciones termoeléctricas y fotovoltaicas, ni se ha producido una injerencia de las autoridades españolas en las mismas. Por el contrario, estos inversores pueden continuar produciendo este tipo de energía y pueden comercializarla en el mercado. Las medidas regulatorias adoptadas por España únicamente han privado a los inversores de los referidos incentivos que favorecían el desarrollo de la generación eléctrica mediante el empleo de ER, manteniéndose operativas las inversiones en el sector de las ER pero sin percibir esos incentivos que sí se percibían con la regulación anterior.<sup>233</sup>

Asimismo, otro de los argumentos esgrimidos por los inversores extranjeros en favor de la apreciación de una expropiación indirecta de sus inversiones es la frustración de las legítimas expectativas que generaron la regulación de incentivos por parte del Estado en los años anteriores a la crisis, y sobre todo con el ya citado Real Decreto 661/2007, donde se previeron ayudas a este tipo de inversiones por período de 25 años. Esta regulación captó un gran número de inversores extranjeros, creando en ellos una serie de expectativas que se vieron frustradas por la regulación de recortes posteriormente adoptada por España. Sin embargo, no parece este argumento suficiente para poder apreciar una expropiación indirecta, ya que de acuerdo con reiterada jurisprudencia arbitral los inversores están expuestos a los riesgos comerciales habituales de mercado, donde pueden incluirse estas medidas de recortes adoptadas por la crisis del año 2008s.

Por su parte, en lo que respecta a la doctrina del poder de policía *-police power doctrine-*, recordamos será la baza fundamental del Estado para defender la adopción de las medidas de recortes y la no-apreciación de expropiación en las mismas. Esta doctrina surge por las limitaciones del concepto de expropiación indirecta, tales como la indeterminación de la intensidad del impacto económico sobre la inversión, la falta de consideración del interés público y la posibilidad de que cualquier medida estatal con incidencia sobre una inversión extranjera pueda ser considerada expropiatoria.

---

<sup>233</sup> M. Lopez Escudero, “Arbitrajes de inversiones contra...”, *loc.cit.*, pp. 255-256

Aplicando esta doctrina al caso de los recortes adoptados por España, en primer lugar interesa saber que, la aprobación de los incentivos -objeto de los posteriores recortes- a las inversiones en ER fue un ejercicio del poder reglamentario de España como Estado soberano, persiguiendo objetivos medioambientales y la reducción de dependencia energética de combustibles fósiles. Con posterioridad a la crisis del año 2008 se adopta por parte del Estado una política de recortes de dichos incentivos, por el déficit generado por el pago de los mismos y en la búsqueda de un equilibrio financiero del sistema eléctrico español. Este objetivo perseguido por el Estado parece encajar en lo que la jurisprudencia arbitral considera “poderes de policía”, ya que el mencionado déficit se traduce en un incremento del precio a pagar por los consumidores de electricidad, lo que ciertamente dañino para una ya maltrecha economía española azotada por la crisis mundial, la cual tampoco permitía al Estado acumular más déficit tarifario en el sistema eléctrico, ni por supuesto repercutir los costes sobre los consumidores, que ya pagaban los precios más elevados entre los Estados miembros de la UE.<sup>234</sup>

Todas estas circunstancias llevan a pensar que las medidas de recortes adoptadas por España eran proporcionadas y razonables, no considerables por tanto como expropiaciones indirectas, con la consiguiente obligación de indemnizar a los inversores.

Además, ya se ha tratado al comienzo del presente capítulo la posición de la Unión Europea respecto de los incentivos estatales a las inversiones en el sector de las ER. La UE aboga por una paulatina reducción hasta la total eliminación de estos incentivos y ayudas, en la búsqueda de una venta de electricidad producida de fuentes de ER competitiva a precio de mercado y sin ayudas o beneficios.

Un último argumento a favor de la posición del Estado puede ser la evolución que ha experimentado la doctrina de los poderes de policía con el objetivo de proteger los

---

<sup>234</sup> M. Lopez Escudero, “Arbitrajes de inversiones contra España...”, *loc.cit.*, pp. 257-259

intereses comerciales relevantes y que se ha visto reflejada en los más recientes APPRI y demás instrumentos convencionales sobre inversiones -sobre todo en los adoptados por la UE con terceros Estados-, los cuales han apostado por una definición más precisa del concepto de expropiación indirecta, con el objetivo de ayudar a los tribunales arbitrales a decidir si una medida o acto estatal constituye o no este tipo de expropiación.

Asimismo, las instituciones europeas son más favorables a no limitar la capacidad de actuación del Estado en tanto que éste vele por el interés público y de forma no discriminatoria, aun cuando incida económicamente en la propiedad del inversor extranjero, evitándose así compensaciones por el simple hecho de verse disminuidos los ingresos por actuaciones del Estado en pro del interés público.<sup>235</sup>

#### **4.- El paradigmático caso de España y el arbitraje de inversión en el sector de las energías renovables**

A lo largo del presente capítulo se ha ido realizando un estudio enfocado a la situación que afronta hoy día el Estado español ante la cantidad de reclamaciones efectuadas por inversores extranjeros que han visto afectadas sus inversiones realizadas en el sector de las energías renovables principalmente por la política de recortes a los incentivos adoptada por España. Así, como ya se ha señalado con anterioridad, a fechas de elaboración del presente estudio, nuestro país se ha visto obligado a afrontar al rededor de cincuenta reclamaciones de inversores extranjeros, algunas ya resultas por laudos -impugnados por España en su práctica totalidad- y otros aun en fase de resolución por el correspondiente tribunal arbitral.

No es situación baladí la situación que afronta España, pues el monto al que asciende la totalidad de las indemnizaciones solicitadas por los inversores en sus reclamaciones es de una envergadura considerable, y en caso de condena las arcas del Estado se verían ciertamente afectadas al tener que afrontar el pago de tales sumas.

---

<sup>235</sup> *Ibidem*, pp. 260-261

A lo largo del presente apartado se va a realizar un análisis particular de una selección de los casos ya resueltos contra España, pues conviene conocer las posturas tanto del Estado como de los inversores reclamante y sobre todo el criterio adoptado por cada tribunal arbitral para resolver la controversia, para poder entrever cómo se van a ir resolviendo las diferentes disputas que continúan en fase de resolución y sobre las que aún no ha recaído laudo.

En esta selección de casos se han escogido varios de entre los primeros que tuvo que afrontar el Estado tras la adopción del marco regulatorio que contenía los recortes a los incentivos ofrecidos a los inversores, y que indudablemente han servido como referencia para los posteriores casos, tanto para los inversores como para España, influyendo así en el devenir de este periplo de reclamaciones y procedimientos de arbitraje de inversión.

En el examen particular de cada uno de los siguientes casos se hará hincapié en la parte del laudo referida al fondo del asunto y, más concretamente, se examinará la manera de resolver el tribunal la cuestión relativa a la no-expropiación de las inversiones, contenida en el ya citado artículo 13 TCE y alegada por los reclamantes.

#### *4.1. El inicio de la saga de arbitrajes: los casos Charanne e Isolux*

##### *A) Charanne c. España*

El caso *Charanne y Construction Investments c. España* fue el primer caso de arbitraje de inversión incoado por las medidas regulatorias de recortes adoptadas por el Estado en el sector de las energías renovables, con laudo de fecha 21 de enero de 2016 dictado por un tribunal arbitral del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.<sup>236</sup> En esta primera controversia, los inversores únicamente impugnaron la

---

<sup>236</sup> *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, caso CCE núm. ARB/062/2012. Laudo de 21 de enero de 2016. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>

normativa de recortes adoptada en el año 2010, dejando de lado las medidas regulatorias adoptadas entre los años 2013 y 2014.<sup>237</sup>

Los inversores alegaron la violación de las tres principales obligaciones de contenido sustantivo previstas en el TCE, ya tratadas a lo largo del presente capítulo -trato justo y equitativo, medios eficaces para el ejercicio de los derechos y prohibición de expropiación injustificada y desproporcionada-. Recordamos que las medidas regulatorias objeto de impugnación dictadas en el año 2010 modificaron sensiblemente el régimen jurídico de la promoción de inversiones en el sector de las ER, limitando la percepción de incentivos y obligando a cumplir requisitos adicionales a los productores de ER.<sup>238</sup>

En lo que respecta a la obligación de no expropiar, incumplida por España a criterio de los reclamantes, éstos consideraban que las medidas regulatorias adoptadas por el Estado en el año 2010 constituían expropiación indirecta de los rendimientos derivados de sus inversiones, creándose así un severo impacto económico sobre la actividad del inversor.

El tribunal consideró al respecto que la inversión protegida por el TCE debe estar en posesión del inversor en el momento de adopción de las medidas regulatorias en cuestión. Señala que, en ese momento -año 2010- el demandante ostentaba la participación en acciones en una sociedad mercantil, pero no así los rendimientos futuros de la misma. Además, el tribunal señaló respecto del fenómeno de la expropiación indirecta que, si bien puede producirse tanto por una pérdida del control sobre la inversión, como por una pérdida del valor de las acciones, en este segundo caso debe producirse una afectación del derecho de tal relevancia que sea equiparable a la efectiva privación del mismo.

---

<sup>237</sup> M. Requena Casanova, “Los arbitrajes de inversiones...”, *loc.cit.*, p. 5

<sup>238</sup> *Ibidem*, pp. 5-6

Así, el tribunal resolvió este extremo señalando que como las medidas regulatorias adoptadas por España e impugnadas por los inversores supusieron una reducción de la rentabilidad de sus inversiones -las plantas fotovoltaicas-, éstas continuaron siendo positivas, circunstancia reconocida incluso por los demandantes, quienes por supuesto mantuvieron en todo momento sus derechos como accionistas, no viéndose despojados de la titularidad de dichos valores. Es por todo ello que no pudo apreciar el tribunal el carácter expropiatorio de las referidas medidas, pues no se produjo una pérdida del valor de la inversión equivalente a la privación de la propiedad de la misma.<sup>239</sup>

En cuanto al resto de argumentos planteados por los reclamantes, el tribunal arbitral no apreció la violación de ninguna de las referidas obligaciones por parte de España con la adopción de las medidas regulatorias en el año 2010, resultando así a un primer laudo favorable para el Estado, desestimándose todas las pretensiones de los reclamantes.<sup>240</sup>

#### *B) Isolux c. España*

El segundo de los primeros arbitrajes que tuvo que enfrentar España fue el caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. España*, con laudo también favorable para el Estado dictado con fecha de 12 de julio de 2016<sup>241</sup>, donde la totalidad de las pretensiones de los reclamantes fueron rechazadas de nuevo. No obstante, y a diferencia de lo ocurrido en el caso *Charanne*, en la presente controversia fueron objeto de impugnación las medidas regulatorias adoptadas por España en el año 2013, entendiendo los reclamantes violadas las obligaciones de los artículos 10 -trato justo y equitativo- y 13 -prohibición de expropiación- del TCE.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> *Ibidem*, pp. 7-8

<sup>240</sup> *Charanne c. España*, p. 155

<sup>241</sup> *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*, caso CCE núm. ARB/153/2013. Laudo de 6 de julio de 2016. <http://www.hispanidad.com/wp-content/uploads/2017/06/Laudo-C%C3%A1mara-de-Estocolmo.pdf>

<sup>242</sup> M. Requena Casanova, “Los arbitrajes de inversiones...”, *loc.cit.*, pp. 8-9

Los reclamantes alegaron que la nueva normativa española y modificativa del régimen de incentivos adoptado en el año 2007, que fue el elemento atractivo para realizar sus inversiones, frustró sus expectativas legítimas y supuso asimismo una expropiación indirecta de la propiedad de sus inversiones, en tanto que el valor económico de las mismas consistía en la seguridad de vender la energía eléctrica producida bajo el régimen especial de tarifa regulada contenido en la normativa del año 2007y eliminado por la normativa impugnada y sustituido por un nuevo régimen con carácter retroactivo y de una rentabilidad ciertamente inferior.<sup>243</sup>

En lo que respecta al argumento de los reclamantes alegando una supuesta expropiación indirecta perpetrada por las medidas regulatorias estatales, la justificación empleada por los inversores fue bastante similar a la empleada en el caso *Charanne*.

El Tribunal tampoco apreció expropiación indirecta de la inversión. Entendió que, si bien la protección conferida por el artículo 13 TCE se extiende tanto a la titularidad de las acciones como al valor de las mismas, los rendimientos de las acciones no entran dentro del referido ámbito de protección. Así, y tras una exhaustiva valoración de los informes periciales aportados por las partes, el tribunal no pudo calificar como expropiatorias las medidas impugnadas, pues además de no apreciarse una pérdida radical o severa del valor de las inversiones, éstas habían visto incluso aumentada su rentabilidad en comparación con la rentabilidad concurrente en el momento de la inversión.<sup>244</sup>

#### 4.2. El caso *Eiser*. Primera condena y posterior anulación

El caso *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxemburg S.à.r.l. c. España* fue el primer caso con laudo condenatorio para nuestro país, dictado el 4 de mayo de

---

<sup>243</sup> T. Suárez Rodríguez, “Aproximación a la expropiación indirecta de inversiones en Latinoamérica y España: dos caras de una misma moneda”, *Revista boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7521521>, pp. 669-670

<sup>244</sup> M. Requena Casanova, “Los arbitrajes de inversiones...”, *loc.cit.*, p.9

2017.<sup>245</sup> El caso fue dirimido ante un tribunal CIADI, que condenó a España al pago de una indemnización a los inversores por violar una serie de obligaciones contraídas en virtud del TCE, rompiéndose así la racha de laudos favorables para el Estado.

Entre el argumentario esgrimido por los reclamantes se encontraba la violación del trato justo y equitativo, el sometimiento de la inversión a medidas exorbitantes, el incumplimiento del Estado de las obligaciones contraídas con los inversores y la expropiación indirecta de la inversión.<sup>246</sup>

En lo que respecta a este último argumento -la expropiación indirecta- cabe resaltar que fue el único de los argumentos de los reclamantes no admitidos por el tribunal arbitral. Es decir, el tribunal CIADI no condenó a España por expropiar de manera indirecta la inversión de los reclamantes, sino por la violación de las demás obligaciones ya mencionadas.<sup>247</sup>

Los reclamantes señalaron que el impuesto del 7% sobre la producción de energía implementado por la normativa española adoptada en el año 2012 -en concreto por la Ley 15/2012- constituía una de las razones fundamentales por las que se entendían indirectamente expropiada su inversión. Sin embargo, España neutralizó ese argumento señalando la inobservancia de la exigencia del artículo 21.5.b del TCE por parte de los reclamantes, preceptor donde se recoge la obligación de acudir con carácter previo a la autoridad fiscal competente cuando se alegue el carácter expropiatorio de una medida impositiva -como el referido impuesto del 7%- . El tribunal arbitral coincidió con los argumentos del Estado, señalando que los reclamantes no habían acudido a la referida autoridad fiscal competente para someter su reclamación sobre la aplicación del

---

<sup>245</sup> *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg s.à r.l c. Reino de España*, caso CIADI nº ARB/13/36. Laudo de 4 de mayo de 2017. [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf)

<sup>246</sup> *Ibidem*, p.10

<sup>247</sup> T. Suárez Rodríguez, “Aproximación a la expropiación...”, *loc.cit.*, p.669



impuesto, por lo que no podía someter a su jurisdicción esa parte de la reclamación efectuada por los demandantes.<sup>248</sup>

La exitosa defensa planteada por España en relación a la supuesta violación del artículo 13 del TCE no fue suficiente para evitar la condena, pues el tribunal apreció el incumplimiento de las demás obligaciones invocadas por los reclamantes, condenando a España al pago de una indemnización de 128 millones de euros.<sup>249</sup>

No obstante, el 28 de julio de 2017 el laudo condenatorio fue recurrido por España ante un Comité ad hoc de anulación del CIADI. A fecha de 11 de junio de 2020, el referido Comité de anulación dictó su resolución, anulando por unanimidad el laudo condenatorio dictado por el tribunal CIADI.

España alegaba como causa de anulación que uno de los árbitros que conformaron el tribunal que dictó el laudo condenatorio, Stanimir. A. Alexandrov, incurrió en conflicto de intereses al haber trabajado con el bufete que defendía a *Eiser*, Allen & Overy, llegando a percibir incluso una cantidad por dicha labor. Esta circunstancia derivaba en una evidente falta de imparcialidad e independencia del referido árbitro. Además, el potencial conflicto de intereses no fue revelado durante el procedimiento, lo que causó una grave indefensión para España, que no pudo recurrir en su momento la designación del árbitro.<sup>250</sup>

Así, el tribunal de anulación terminó por apreciar que en el caso concurría una de las cinco causas enunciadas en el artículo 52.1 del Convenio CIADI que dan lugar a la

---

<sup>248</sup> *Id.* p. 669

<sup>249</sup> *Eiser c. España*, pp. 173-174

<sup>250</sup> J.C. Fernández Rozas, “Un Comité CIADI anula por unanimidad el laudo en el asunto “Eiser / Reino de España” al considerar que el árbitro designado por los inversores tenía un conflicto de intereses.” En *El blog de Jose Carlos Fernández Rozas*. 15 de junio de 2020. <https://fernandezrozas.com/2020/06/15/un-comite-del-ciadi-anula-por-unanimidad-el-laudo-en-el-asunto-eiser-reino-de-espana-al-considerar-que-el-arbitro-designado-por-los-inversores-tenia-un-conflicto-de-intereses/>

anulación del laudo, a saber “un grave quebrantamiento de una norma fundamental del procedimiento” -artículo 52.1.d-.<sup>251</sup>

#### 4.3. *El caso Novenergía II., nueva condena a España*

Durante el primer semestre del año 2018 se dictaron tres nuevos laudos condenatorios para España que parece continuaron con la tendencia implementada con el laudo del caso *Eiser* -posteriormente anulado-: los casos *Novenergía II*<sup>252</sup>, *Masdar*<sup>253</sup> y *Antin c. España*.<sup>254</sup>

Los inversores en el sector de las energías fotovoltaicas -Novenergía II- y del sector de las energías termosolares -Masdar y Antin- continuaron con el testigo de sus predecesores y se lanzaron a la impugnación de las medidas adoptadas por el Estado español durante el período comprendido entre los años 2007 y 2014 y que ya han sido objeto de estudio a lo largo del presente capítulo.

A diferencia de los casos Masdar y Antin, donde los reclamantes no alegaban expropiación de sus inversiones, en el caso Novenergía II, enjuiciado ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la parte reclamante sí que invocó, entre otras, la violación de la obligación contenida en el artículo 13 del TCE. La inversión de los reclamantes consistía en la construcción de ocho plantas fotovoltaicas,

---

<sup>251</sup> La decisión de anulación del laudo se puede consultar en <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2020/06/Anulaci%C3%B3n-Caso-CIADI-No.-ARB-13-36-Eiser-11.6.2020.pdf>

<sup>252</sup> *Novenergía II - Energy & Environment (SCA) SICAR c. Reino de España*, caso CCE núm. 2015/063. Laudo de 15 de febrero de 2018. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>

<sup>253</sup> *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España*, caso CIADI nº ARB/14/1. Laudo de 16 de mayo de 2018. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>

<sup>254</sup> *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L c. Reino de España*, caso CIADI nº ARB/13/31. Laudo de 25 de mayo de 2018. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9875.pdf>

garantizadas por ciertas condiciones derivadas de la regulación española del año 2007. Sin embargo, los cambios regulatorios suprimieron ese régimen bajo el que se había realizado la inversión, ocasionándose así para el inversor unas pérdidas que ascendieron a 61,3 millones de euros.<sup>255</sup>

Los inversores, como señalamos, consideraron expropiatorias las medidas adoptadas por España, en tanto que entendían causaban un perjuicio desproporcionado y sustancial sobre el valor de su inversión, por modificarse drásticamente las condiciones que amparaban esa inversión bajo el régimen regulatorio anterior a las nuevas medidas, resultando así unas condiciones menos favorables para los inversores

El Estado español, por su parte y continuando con la hoja de ruta establecida para la defensa ante este tipo de acusación, señaló que las medidas regulatorias habían sido adoptadas en el legítimo ejercicio de sus poderes de policía.<sup>256</sup>

El tribunal arbitral consideró que los actos regulatorios adoptados por España no podían ser considerados expropiatorios, en tanto que no fueron dirigidos en particular a las plantas de Novenergía II y no afectaron a su propiedad, que fue mantenida por los inversores. Únicamente se pudo apreciar una disminución de los activos de la inversión, pero no de un calado tan sustancial como para poder considerar las medidas estatales como actos de expropiación indirecta, si no más bien de una infracción del estándar de trato justo y equitativo.<sup>257</sup>

A pesar de no apreciar expropiación indirecta y resolver sobre este extremo en favor de España, ya se ha señalado que el laudo dictado en el caso Novenergía II fue condenatorio para España. El tribunal arbitral estimó las demás pretensiones de los

---

<sup>255</sup> T. Suárez Rodríguez, “Aproximación a la expropiación...”, *loc.cit.*, p. 671

<sup>256</sup> *Id.* p. 671

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 672

reclamantes y España fue condenada al pago de una compensación que ascendió hasta los 53,3 millones de euros.<sup>258</sup>

No obstante, tal y como ya se ha señalado al inicio del presente capítulo, el laudo del caso Novenergía II ha sido dejado sin efecto de manera indefinida por la la Corte de Svea de Estocolmo, consecuencia de los efectos derivados del pronunciamiento del TJUE en el caso Achmea, en los términos que ya han sido analizados en el apartado dedicado a su estudio.

#### *4.4. Situación actual y previsión a futuro*

Los casos examinados de manera particular hasta ahora fueron, como se ha señalado, el principio de la saga de reclamaciones que ha tenido que afrontar España hasta hoy día, que reiteramos asciende a cerca de cincuenta casos. Hasta el momento, se han sucedido reclamaciones de inversores extranjeros que vieron afectadas sus inversiones por el cambio de régimen legal adoptado por el Estado en el sector de las energías renovables. Esta tendencia se ha mantenido en un año 2020 azotado por la pandemia de COVID-19. A principios de año, España recibió un laudo condenatorio en el caso que le enfrentaba a Watkins Holdings S.a.r.l. y otros inversores, siendo el decimotercer laudo dictado contra España. Asimismo, fue dictado otro laudo, esta vez en el caso contra RWE Inngoy, de resultado parcialmente desfavorable para los intereses estatales. El año continuó con otro laudo condenatorio para España, en el caso que le enfrentaba a Impax Asset Management y otros inversores.<sup>259</sup>

Por su parte, los inversores que obtuvieron laudos condenatorios instaron la ejecución de los mismos, la mayoría ante tribunales estadounidenses. Sin embargo, la ejecución del caso InfraRed Capital Partners fue suspendida ante la solicitud de anulación del laudo presentada por España, siguiendo la estela de lo ocurrido en el caso Novenergía

---

<sup>258</sup> *Novenergía II. c. España*, pp. 193-194

<sup>259</sup> “Newsletter de Arbitraje Internacional de Garrigues”. Ed. enero 2021, [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/arbitraje-2020-covid-19-acuerdos-controversias-energias-renovables-espana-nuevo-reglamento](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/arbitraje-2020-covid-19-acuerdos-controversias-energias-renovables-espana-nuevo-reglamento)

II, que ya ha sido objeto de análisis. Asimismo, y en consonancia con esta tendencia, un tribunal CIADI decretó la prórroga de la suspensión de ejecución del laudo condenatorio de 41 millones en el caso de España contra el inversor alemán SolEs Badajoz.<sup>260</sup>

En este marco de sucesos, España adoptó el Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación. Por medio del mismo, y entre otras cuestiones, se introdujo la posibilidad para los inversores extranjeros operantes en el sector de las ER de acceder a una serie de incentivos, siempre y cuando renunciaran a los procedimientos que pudieran tener abiertos contra España en base a una reclamación por violación del TCE, a la posibilidad de iniciarlos o a la ejecución de los laudos condenatorios, si los hubiere.<sup>261</sup>

En concreto, la novedad introducida por la normativa consiste en la fijación de un marco retributivo estable a las instalaciones que se hayan visto afectadas por la anterior normativa de recortes, dando la opción a los inversores de que el valor sobre el que girará la rentabilidad razonable establecida para el primer periodo regulatorio quede establecido durante los dos periodos regulatorios que se sucedan. Es decir, los inversores podrán mantener una rentabilidad razonable por sus instalaciones del 7,398% hasta 2031 a cambio de renunciar a sus reclamaciones basadas en infracción del TCE.<sup>262</sup>

---

<sup>260</sup> *Id.* p.1

<sup>261</sup> “Novedades del Real Decreto-ley 17/2019 de medidas para el sistema eléctrico y cese de centrales térmicas”. En Osborne Clarke, 17 de diciembre de 2019, <https://www.osborneclarke.com/es/insights/principales-novedades-del-real-decreto-ley-172019-de-22-de-noviembre-por-el-que-se-adoptan-medidas-urgentes-para-la-necesaria-adaptacion-de-parametros-retributivos-que-afectan-al-sistema-electrico/>

<sup>262</sup> *Id.* p.1

Inicialmente, el Real Decreto contemplaba esta posibilidad hasta octubre de 2020, pero la situación de pandemia hizo que se prorrogara la oportunidad para los inversores de contestar a la oferta hasta diciembre de 2020.<sup>263</sup>

Los inversores no pasaron por alto esta alternativa ofrecida por el Estado, y en noviembre de 2020 los inversores actores en el ya mencionado caso Masdar optaron por beneficiarse de los incentivos ofrecidos en el Real Decreto y renunciaron a la indemnización de 80 millones de euros que les había sido reconocida por el tribunal arbitral. A los inversores de Masdar Solar & Wind Cooperatief les siguieron otros tantos. El grupo de inversores conformado por Ferrostatal, RWA y Stawerke München renunciaron a la acción de anulación contra el laudo favorable para España para acogerse a los referidos incentivos. El inversor Element Power Holdings BV renunció a su laudo favorable que le reconocía el derecho a una compensación que ascendía hasta los 91 millones de euros, mientras que los inversores del grupo Deutsche Bank RREEF hicieron lo mismo con el laudo favorable obtenido contra España.<sup>264</sup>

Nada más lejos de la realidad, hasta día de hoy, únicamente estos cuatro inversores han dedicado acogerse a la oferta contenida en la referida normativa española. Los demás inversores han optado por continuar o dar inicio a sus reclamaciones ante tribunales arbitrales, como la presentada en noviembre de 2020 por Mitusi & Co., de 260 millones de euros.

Sin embargo, parece que la Abogacía del Estado parece haber encontrado ya una hoja de ruta para afrontar las reclamaciones de los inversores extranjeros. Por una parte, el Estado puede acogerse a la excepción intra-UE -consecuencia del caso Achmea- en arbitrajes contra inversores de Estados miembros. En los casos donde exista laudo condenatorio para España, ante inversores de la Unión igualmente, hay cabida para invocar la calificación de las compensaciones previstas en los laudos como ayudas de

---

<sup>263</sup> “Newsletter de Arbitraje Internacional de Garrigues” *Loc.cit.*, p.1

<sup>264</sup> *Id.* p.1

Estado ilegales, como parte del mecanismo de defensa ofrecido por el Derecho de la Unión que ha sido tratado al inicio del presente capítulo.

En arbitrajes ante inversores de terceros Estados, la Abogacía del Estado dispone de la jurisprudencia arbitral que se ha ido desarrollando en los laudos favorables para España como baza fundamental en pro de su defensa. Así, a parte de los ya estudiados casos Charanne e Isolux, ambos con resoluciones favorables para los intereses estatales, la defensa de España puede acogerse a las decisiones de casos más recientes, como el caso contra Freif Eurowind Holdings, resuelto ante la Cámara de Comercio de Estocolmo, donde se resolvió de manera favorable para España al considerar el tribunal que la supresión de los incentivos por la regulación española había sido razonable, cumpliendo el Estado su obligación de trato justo y equitativo, actuando con transparencia y buena fe y sin vulnerar las expectativas legítimas de la demandante.<sup>265</sup>

En definitiva, la tendencia desfavorable que parecía haber adoptado España ante la cantidad de reclamaciones de inversores operantes en el sector de las ER parece haber sufrido un cambio de rumbo, entre otras circunstancias con la oferta contenida por el Estado en el Real Decreto y con la jurisprudencia favorable que parece estar consolidando la defensa de España ante los distintos tribunales arbitrales. Asimismo, papel fundamental ha jugado las excepciones conferidas por el Derecho de la Unión, invocables ante inversores nacionales de otros Estados miembro.

Por todo ello, puede augurarse un futuro no tan desalentador para España en las controversias pendientes y futuras con inversores que vieron afectadas sus inversiones por los recortes en el sector de las energías renovables.

---

<sup>265</sup> “España se salva de pagar 124 millones a una filial de BlackRock por una demanda de renovables”. El País. 9 de marzo de 2021. <https://elpais.com/economia/2021-03-09/espana-se-salva-de-pagar-124-millones-a-una-filial-de-blackrock-por-una-demanda-de-renovables.html>

## CONCLUSIONES

1. **Necesidad de atracción de capital extranjero para el desarrollo económico y social del Estado.** Es cuestión indudable los beneficios que reporta para un Estado el poder ser centro de atracción de inversores extranjeros. Y no únicamente para países en vías de desarrollo, como también para Estados desarrollados, el poder acoger inversiones de entidades extranjeras contribuye a un desarrollo del mismo. Tanto desde una faceta económica, por el consiguiente aumento del Producto Interior Bruto que se deriva de una inversión extranjera que recibe un Estado, como desde un aspecto social, con la creación de empleo y desarrollo tecnológico que se le supone a las entradas de capital extranjero. En el particular caso de las inversiones en el sector de las energías renovables, son más notorios estos beneficios que derivan de la entrada de capital extranjero. Así, España llegó a ser en el año 2019 el décimo país del mundo con mayor capacidad de generación de energía renovable. Con la promoción de las inversiones extranjeras en el sector de las energías renovables, además de un desarrollo económico y social del país, se consiguen indudables beneficios medioambientales, que tan importantes resultan ante el cambio climático que soporta nuestro planeta. Por todo ello, no debe extrañar que los Estados apuesten fuerte por las labores de atracción de capital extranjero, bien con la adopción de legislación interna que incentive la entrada de inversores en el país ofreciendo cualesquiera ventajas económicas, o bien con la adopción de los tan importantes APPRI, que siendo una garantía para el inversor, resultan indudablemente un plus para atraer su inversión.
2. **Equilibrio entre los intereses del inversor y la soberanía estatal.** Cuando el inversor decide introducir su capital en un Estado extranjero, la inversión queda dentro de los límites territoriales de soberanía del Estado. Ello quiere decir que las actuaciones del Estado afectarán por igual al inversor extranjero como a los demás inversores que operen en dicho Estado. Si el inversor considera que con esa actuación el Estado ha vulnerado los compromisos convencionales que amparaban la inversión -contenidos en el tratado de inversión que resulte de aplicación-, podrá



defenderse a través de un procedimiento de arbitraje de inversión. Ahora bien, y como se ha visto a lo largo del presente estudio, el tribunal arbitral deberá enjuiciar la actuación del Estado desde la óptica tanto del respeto de los legítimos intereses del inversor como desde el efectivo ejercicio del poder soberano que le corresponde al Estado. Esto supone que la actuación estatal, en tanto que persiga fines sociales, de protección de medioambiente y similares, no podrá constituir violaciones de los compromisos adquiridos con el inversor, por mucho que este tipo de actuaciones afecten negativamente a la inversión. Asimismo, el Estado tampoco podrá escudarse en su soberanía para adoptar actuaciones arbitrarias que perjudiquen la inversión extranjera, incluso llegando a afectar a su propiedad, como ocurre con las expropiaciones que han sido objeto de estudio. Este equilibrio entre intereses del inversor y el pleno ejercicio del poder soberano del Estado deberá estar presente en la resolución de todo procedimiento relativo a inversiones extranjeras, debiendo los tribunales arbitrales abordar la difícil tarea de determinar cuándo una actuación del Estado ha supuesto una violación de la protección debida al inversor y, por ende debe suponer una indemnización en favor del mismo. A su vez, los tribunales deberán ser capaces de detectar las reclamaciones infundadas del inversor que quieran deslegitimar una actuación plenamente amparada del Estado.

3. **Esfuerzo legislativo.** La vaguedad empleada por la gran mayoría de APPRI y demás instrumentos convencionales sobre inversiones extranjeras para definir conceptos clave como “expropiación”, “medida de efecto equivalente” o “trato justo y equitativo” provoca una notoria inseguridad tanto en los inversores como en los entes estatales a la hora de adoptar determinados actos. Asimismo, esta circunstancia compromete seriamente la labor de los tribunales arbitrales en el momento de resolver disputas. Si bien es cierto que los tratados de inversión más recientes son más específicos a la hora de delimitar el contenido de estos conceptos, son muchos los APPRI operativos hoy día que emplean una redacción ciertamente vaga y nada elaborada para definirlos y dotarlos de contenido. Además, durante el presente estudio ha podido apreciarse que la jurisprudencia arbitral es en ciertos casos unánime y mayoritaria respecto de algunas cuestiones, pero en otras tantas

concurrer resoluciones muy diferentes e incluso contradictorias. Por ello, no puede afirmarse plenamente que la labor interpretativa de los tribunales arbitrales supla con garantías la vaguedad de redacción empleada en los instrumentos convencionales de inversiones. Así, se hace necesaria una labor más exhaustiva a la hora de redactar las disposiciones convencionales sobre inversiones extranjeras con el fin de definir claramente todo este abanico de conceptos “controvertidos”, ofreciendo así una mayor seguridad para las partes y facilitando la labor de los tribunales arbitrales para la resolución de disputas y en pro de la elaboración de una línea jurisprudencia clara y unánime.

- 4. La importancia del examen y previsión de todas las circunstancias relativas a la inversión.** De la gran cantidad de casos en los que la inversión extranjera se ve afectada por circunstancias de diversa naturaleza se entrevé la importancia que tiene para el buen devenir de la misma un exhaustivo y completo análisis de todos los riesgos que puede entrañar la operación. Si bien en algunos casos las circunstancias que han terminado por incidir negativamente en la inversión no han podido ser anticipadas por la imprevisibilidad de las mismas -con la pandemia del COVID-19 como claro ejemplo-, muchas de las situaciones que a posteriori han sido la causa de reclamaciones efectuadas por los inversores pudieron ser identificadas de antemano por los mismos. En consecuencia, es esencial para el inversor el estudio de todas las cuestiones relativas al mercado donde va a operar, tales como los riesgos, los competidores y los consumidores o usuarios. Es igualmente relevante realizar un análisis en profundidad de la legislación existente en el Estado receptor de la inversión, tanto de la relativa al ámbito de la inversión como, sobre todo, del APPRI u otro acuerdo internacional sobre inversiones que ampare la inversión y que resulte de aplicación. Igualmente, el inversor debe intentar identificar las posibles reformas legislativas que puedan ser adoptadas a corto plazo y que puedan tener una incidencia en la inversión. También puede resultar de utilidad el examen de la conducta del Estado respecto de otros inversores extranjeros, así como la cantidad de reclamaciones que haya tenido que afrontar por controversias derivadas de inversiones extranjeras. Quizás no resulta del todo conveniente para el inversor

introducir capital en un país que se encuentre inmerso en una gran cantidad de disputas con otros inversores extranjeros, lo que hace esta circunstancia relevante para decidir sobre el destino de la inversión. En definitiva, son muchos los extremos que debe tener en cuenta el inversor antes de realizar operaciones de tal magnitud como son las inversiones que nos han ocupado en el presente estudio, por lo que un trabajo arduo en una fase previa a la inversión puede reducir tanto costes como el riesgo de eventuales controversias en un futuro.

5. **Operatividad real de la Unión Europea.** No son pocas las voces críticas con la Unión Europea y con los beneficios -dudosos- que reporta el ostentar la condición de Estado miembro. Al efecto, véase el Brexit como consecuencia de esta “decepción” con la UE, o el auge en ciertos Estados miembros de movimientos reacios a mantenerse como parte de la Unión -por ejemplo en Francia con el llamado “Frexit”-. Sin embargo, en el concreto ámbito del arbitraje de inversión, la Unión parece haber “despertado”, adoptando una activa postura al respecto. Así, instituciones europeas como el TJUE y la Comisión Europea han identificado una línea en favor de los Estados miembros para poder defenderse de las reclamaciones de inversores extranjeros, con las ya tratadas excepción de arbitrajes intra-UE y la consideración de las compensaciones previstas en un laudo como ayudas de Estado ilegales, todo ello bajo la óptica y el respeto del Derecho de la Unión. Asimismo, recientemente han aumentado los esfuerzos legislativos de la UE con el objetivo de adoptar acuerdos internacionales sobre inversiones con terceros Estados, suscribiéndolos en nombre de los Estados miembros. Todo ello es muestra de la incidencia que ha tenido hasta ahora tanto del Derecho de la UE como de la actividad de las instituciones comunitarias en el arbitraje de inversión, y sobre todo de la incidencia que tendrá en el devenir del mismo.
  
6. **¿Imparcialidad garantizada?** La imparcialidad e independencia que se presume de los procedimientos arbitrales puede no ser tan clara en el caso de los arbitrajes de inversión. Normalmente, estos tribunales arbitrales se encuentran constituidos por tres árbitros, eligiendo cada parte contendiente uno y por mutuo acuerdo el tercero.

Pues bien, existe un especie de élite arbitral conformada por 25 árbitros que se asigna hasta un tercio de las designaciones arbitrales. Por tanto, el sistema de designación es eminentemente cerrado, lo que inevitablemente no augura buenas sensaciones en lo que a independencia e imparcialidad respecta. Además, el círculo de abogados que actúan en representación de los inversores reclamantes es también muy cerrado, siendo en la mayoría de casos letrados que provienen de despachos anglosajones o de países occidentales que lideran las disputas sobre inversiones extranjeras. Se calcula que han participado al rededor de 2.700 abogados en al menos un arbitraje de inversión, repitiendo sólo un 14% en más de dos asuntos. Pero resulta que, asimismo, algunos abogados ejercen posteriormente de árbitros y viceversa, lo que puede hacer sospechar de tratos de favor y las llamadas “puertas giratorias”, que no contribuyen desde luego a crear un clima de transparencia. La solución podría pasar por la regulación de este tipo de cuestiones, que ayudaría a impulsar nombramientos más variados, logrado así una verdadera independencia e imparcialidad de los tribunales arbitrales.<sup>266</sup>

7. **Las inversiones extranjeras y el Derecho internacional.** Una de las particularidades más llamativas que deriva del arbitraje de inversiones es la incidencia que tiene el Derecho internacional en este tipo de relaciones Estado-inversor extranjero. Más concretamente, el Estado puede someter los pactos económicos suscritos con particulares extranjeros a un Derecho distinto del suyo propio. Asimismo, el Estado se obliga a respetar decisiones de tribunales transnacionales en aplicación de un ordenamiento distinto del suyo interno, que por consiguiente se obliga a cumplir. Está claro que el Estado se encuentra sometido al Derecho internacional, que si bien respeta la soberanía del ente estatal para poder fijar el modelo económico que rige en su territorio, no queda inmóvil ante el ejercicio del poder soberano estatal, y sobre todo cuando afecta a otros Estados o a nacionales de otros Estados, como ocurre en el caso de las inversiones extranjeras.

---

<sup>266</sup> GONZÁLEZ, JULIO. “Arbitraje de inversiones (II): los árbitros.” *Global Politics and Law*. 31 de mayo, 2020. <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2020/05/31/arbitraje-inversiones-arbitros/>

## BIBLIOGRAFÍA

CHERIAN, JOY. “Foreign Investment Arbitration: The Role of the International Center for Settlement of Investment Disputes”, *Third World Legal Studies*, 1983, pp. 172-190, <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=twls>

ESIS VILLAROEL, IVETTE. *Expropiación de inversiones foráneas: potenciales litigios y arbitraje de inversión*. [Tesis doctoral, Universidad de Valencia]. 2012. En “Roderic”. <https://roderic.uv.es/handle/10550/24838>

ESPADA RAMOS, MARIA LUISA. *Nacionalización y compensación en los contratos del Estado*. La Ley. 1989

“España se salva de pagar 124 millones a una filial de BlackRock por una demanda de renovables”. *El País*. 9 de marzo de 2021. <https://elpais.com/economia/2021-03-09/espana-se-salva-de-pagar-124-millones-a-una-filial-de-blackrock-por-una-demanda-de-renovables.html>

FERNÁNDEZ MASIÁ, ENRIQUE. “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora.” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 9, número 2, 2017, pp. 666-676. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3895>

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE CARLOS. “Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea.” En *El blog de Jose Carlos Fernández Rozas*. 31 de mayo de 2020. <https://fernandezrozas.com/2020/05/31/acuerdo-para-la-terminacion-de-los-tratados-bilaterales-de-inversion-entre-los-estados-miembros-de-la-union-europea/>

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE CARLOS “Lex Mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, tomo 4, 2002, pp. 35-78

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSE CARLOS. “Un Comité CIADI anula por unanimidad el laudo en el asunto “Eiser / Reino de España” al considerar que el árbitro designado por los inversores tenía un conflicto de intereses.” En *El blog de Jose Carlos Fernández Rozas*. 15 de junio de 2020. <https://fernandezrozas.com/2020/06/15/un-comite-del-ciadi-anula-por-unanimidad-el-laudo-en-el-asunto-eiser-reino-de-espana-al-considerar-que-el-arbitro-designado-por-los-inversores-tenia-un-conflicto-de-intereses/>

GÓMEZ JENE, MIGUEL. *Arbitraje Comercial Internacional*. Civitas - Thomson Reuters. 2018.

GONZÁLEZ, JULIO. “Arbitraje de inversiones (II): los árbitros.” *Global Politics and Law*. 31 de mayo, 2020. <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2020/05/31/arbitraje-inversiones-arbitros/>

IRURETAGOYENA AGIRREZABALAGA, ÍÑIGO. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. Editorial Bosch. 2010.

LÓPEZ ESCUDERO, MANUEL. “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables. En J. Martín y Pérez de Nanclares (Ed.), *España y la práctica del Derecho Internacional* (pp. 223-265). Colección Escuela Diplomática, 2014.

MARINUZZAMAN, A.F.M., “Choice of law issues in international contracts: some fundamental conflict of law issues”, *Journal of International Arbitration*, vol.16, 1999, [https://www.academia.edu/613695/Choice\\_of\\_Law\\_in\\_International\\_Contracts\\_Some\\_Fundamental\\_Conflict\\_of\\_Laws\\_Is\\_sues](https://www.academia.edu/613695/Choice_of_Law_in_International_Contracts_Some_Fundamental_Conflict_of_Laws_Is_sues)

MORENO BLESA, LIDIA. “El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes”. *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, volumen 4, número 1, 2015, pp.74-97. <http://ried.unizar.es/index.php/revista/article/viewFile/127/67>

“Newsletter de Arbitraje Internacional de Garrigues”. Ed. enero 2021, [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/arbitraje-2020-covid-19-acuerdos-controversias-energias-renovables-espana-nuevo-reglamento](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/arbitraje-2020-covid-19-acuerdos-controversias-energias-renovables-espana-nuevo-reglamento)

NOCEDA, M.A. “España recibe la primera renuncia en los laudos de las renovables y se ahorra 80 millones”. *El País*. 3 de octubre de 2020. <https://elpais.com/economia/2020-10-02/espana-recibe-la-primer-renuncia-en-los-laud-los-de-las-renovables-y-se-ahorra-80-millones.html>

“Novedades del Real Decreto-ley 17/2019 de medidas para el sistema eléctrico y cese de centrales térmicas”. En Osborne Clarke, 17 de diciembre de 2019, <https://www.osborneclarke.com/es/insights/principales-novedades-del-real-decreto-ley-172019-de-22-de-noviembre-por-el-que-se-adoptan-medidas-urgentes-para-la-necesaria-adaptacion-de-parametros-retributivos-que-afectan-al-sistema-electrico/>

PASCUAL VIVES, FRANCISCO. “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y Construction Investments c. España (Fondo)”. *Revista española de Derecho Internacional - Sección Práctica española de Derecho Internacional*, volumen 68/2, 2016, pp. 369-377. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.3.02>

REQUENA CASANOVA, MILLÁN. “Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*,

num.42/2019, 2019. <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/mrequena-publicaciones/los-arbitrajes-de-inversiones-contra-espana-por-los-recortes-a-las-energias-renovables.pdf>

SHARPEN, A.J., “NAFTA Chapter 11: A Step Forward in International Trade Law or a Step Backward for Democracy?”, *Temple International and comparative Law Journal*, vol. 17, núm.1, 2003, pp. 323-350. En <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tclj17&div=21&id=&page=>

SUÁREZ RODRIGUEZ, TAHIMÍ. “Aproximación a la expropiación indirecta de inversiones en Latinoamérica y España: dos caras de una misma moneda”, *Revista boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, pp. 640-675. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7521521>

SUCIU, DORINA. “Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Achmea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6959566>

VILLAGRASA ROZAS, MARÍA DEL MAR. “Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 19, 2018, pp. 415-449. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6888458>

WORTMANN, BEDA. “Choice of law by arbitrators: the applicable conflict of laws system”, *Arbitration International*, vol.14, 1988, pp. 97-114, <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/14/2/97/181509?redirectedFrom=PDF>

ZAMBRANA TÉVAR, NICOLÁS. *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*. Thomson Reuters - Aranzadi. 2010.



## **Legislación**

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.

Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

Ley 82/1980, de 30 de diciembre, sobre conservación de energía. (BOE núm. 23, de 27 de enero de 1981).

Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997).

Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013).

Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. (BOE núm. 150, de 20 de junio de 2014).

Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1994).

Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. (BOE núm. 75, de 27 de marzo de 2004).

Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. (BOE núm. 126, de 26 de mayo de 2007).

Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2013).

Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. (BOE núm. 140, de 10 de junio de 2014).

Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación. (BOE núm. 282, de 23 de noviembre de 2019).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Tratado de la Unión Europea.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Tratado sobre la Carta de la Energía, de 17 de diciembre de 1994.

### **Laudos arbitrales y jurisprudencia**

*Antin Infrastructure Services Luxembourg S.A.R.L c. Reino de España*, caso CIADI nº ARB/13/31. Laudo de 25 de mayo de 2018. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9875.pdf>

*Antoine Goetz y otros c. República de Burundi*, caso CIADI n° ARB 95/3. Laudo de 10 de febrero de 1999. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0380.pdf>

*Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, caso CCE núm. ARB/062/2012. Laudo de 21 de enero de 2016. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7047.pdf>

*CME Czech Republic BV c. República Checa*, arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Laudo de 14 de marzo de 2003. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>

*Consortium RFCC c. Reino de Marruecos*, caso CIADI n° ARB/00/6. Laudo de 22 de diciembre de 2003. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0226.pdf>

*Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg s.à r.l c. Reino de España*, caso CIADI n° ARB/13/36. Laudo de 4 de mayo de 2017. [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf)

*Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. c. República de Argentina*, caso CIADI n° ARB/01/3. Laudo de 22 de mayo de 2007. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>

*Eudoro Armando Olguín c. República de Paraguay*, caso CIADI n° ARB 98/5. Laudo de 26 de julio de 2001. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0586.pdf>

*Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España*, caso CCE núm. ARB/153/2013. Laudo de 6 de julio de 2016. <http://www.hispanidad.com/wp-content/uploads/2017/06/Laudo-C%C3%A1mara-de-Estocolmo.pdf>

*Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) c. República de Liberia*, caso CIADI. Laudo de 31 de marzo de 1986.

*Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n° ARB(AF)/99/1. Laudo de 16 de diciembre de 2002. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0320.pdf>

*Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España*, caso CIADI n° ARB/14/1. Laudo de 16 de mayo de 2018. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>

*Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n1 ARB(AF)/97/1. Laudo de 30 de agosto de 2000. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>

*Novenergia II - Energy & Environment (SCA) SICAR c. Reino de España*, caso CCE núm. 2015/063. Laudo de 15 de febrero de 2018. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>

*Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Laudo de 31 de mayo de 2002. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>

*Ronald S. Lauder c. República Checa*, arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Laudo de 3 de septiembre de 2001. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>

*S.D. Myers c. Canadá*, arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Laudo de 30 de diciembre de 2002. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0754.pdf>

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de las Filipinas*, caso CIADI n° ARB/02/6. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>

*Southern Pacific Properties Limited c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI n° ARB/84/3. Laudo de 20 de mayo de 1992. [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf)

*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n° ARB(AF)/00/2. Laudo de 29 de mayo de 2003. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>

*Telenor Mobile Communications A. S. v. c. República de Hungría*, caso CIADI n° ARB/04/15. Laudo de 13 de septiembre de 2006. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf>

*Tradex Hellas S.A. c. República de Albania*, caso CIADI n° ARB/94/2. Laudo de 29 de abril de 1999. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0871.pdf>

*Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI n° ARB(AF)/00/3. Laudo de 30 de abril de 2004. [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8674\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8674_0.pdf)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018, Achmea, asunto C-284/16, EU:C:2018:158