

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

En el procedimiento de arbitraje entre

EURUS ENERGY HOLDINGS CORPORATION

Demandante

y

REINO DE ESPAÑA

Demandado

Caso CIADI No. ARB/16/4

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y RESPONSABILIDAD

Miembros del Tribunal

Juez James Crawford, Presidente

Sr. Oscar Garibaldi, Árbitro

Prof. Andrea Giardina, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Celeste Estefanía Salinas Quero

Fecha de envío a las Partes: 17 de marzo de 2021

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

Representando a Eurus Energy Holdings Corporation:

Sr. Nicholas Lingard
Sr. Joaquín P. Terceño
Sr. Daniel Allen (hasta el 31 de marzo de 2019)
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Akasaka Biz Tower 36F
5-3-1 Akasaka, Minato-ku
Tokio 107-6336
Japón

Sr. Peter Turner, QC
Sr. Yuri Mantilla
Sra. Claire Pauly (hasta el 14 de septiembre de 2018)
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
9 avenue de Messine
75008 París
Francia

Sra. Samantha Tan
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
10 Collyer Quay 42-01
Ocean Financial Centre
Singapur 049315

Sr. Ignacio Borrego
Sra. Ana Calvo
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Torre Europa
Paseo de la Castellana, 95
28046 Madrid
Reino de España

Representando al Reino de España:

Sr. José Manuel Gutiérrez Delgado
Sra. Irene Bonet Tous
Sra. Gabriela Cerdeiras Megias
Sra. Lorena Fatás Pérez
Sra. Ana Fernández-Daza Álvarez
Sr. Antolín Fernández Antuña
Sra. Patricia Elena Fröhlingsdorf Nicolás
Sra. Socorro Garrido Moreno
Sr. Rafael Gil Nievas
Sra. Lourdes Martínez de Victoria
Sra. Mónica Moraleda Saceda
Sra. Elena Oñoro Sainz
Sra. Amaia Rivas Kortazar
Sr. Diego Santacruz Descartín
Sra. Alicia Segovia Marco
Sr. Alberto Torró Molés
Sr. Luis Vacas Chalfoun
Abogacía General del Estado
Ministerio de Justicia del Gobierno de España
c/ Marqués de la Ensenada, 14-16, 2ª planta
28004 Madrid
Reino de España

TABLA DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN Y PARTES	1
II.	ANTECEDENTES PROCESALES	2
	A. Inicio del Arbitraje.....	2
	B. Constitución del Tribunal	2
	C. Primera Sesión y Escritos de las Partes	3
	D. El Desistimiento de Eurus Europe, La Audiencia sobre Jurisdicción y Fondo	6
	E. Asuntos Posteriores a la Audiencia	11
	F. Solicitud de Intervención de la Comisión Europea	14
	G. Anexos Legales Añadidos con Posterioridad a la Audiencia	16
III.	ANTECEDENTES DE HECHO	21
	A. El Sistema Eléctrico Español y el Régimen Especial.....	21
	B. Decisión de Invertir de la Demandante	30
	C. Las Medidas Impugnadas	36
	(1) Ley 15/2012	36
	(2) RD-Ley 2/2013	37
	(3) RD-Ley 9/2013	37
	(4) Ley 24/2013	37
	(5) RD 413/2014 y Orden IET/1045/2014	38
	D. Las Medidas Impugnadas y Decisiones de los Tribunales Españoles.....	38
IV.	RECLAMACIONES Y PETITORIOS DE LAS PARTES	40
V.	JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD.....	43
	A. Primera Objeción: El IVPEE es una Medida Impositiva que está Exenta del Ámbito de Aplicación del TCE en Virtud del Artículo 21(1) del TCE.....	44
	(1) Las Posiciones de las Partes.....	45
	(2) El Análisis del Tribunal	49
	B. Segunda Objeción: El Tribunal carece de Jurisdicción para decidir sobre la reclamación de compensación de Eurus en relación con los impuestos japoneses del laudo bajo el Artículo 21(1) del TCE	54
	(1) Las Posiciones de las Partes.....	54
	(2) El Análisis del Tribunal	56

C.	Tercera Objeción: Inadmisibilidad de la reclamación de expropiación bajo el Artículo 13 del TCE	57
(1)	Las Posiciones de las Partes.....	58
(2)	El Análisis del Tribunal	60
D.	Objeción Putativa: Condición de la Demandante como un inversor a los efectos del Artículo 26(1) del TCE y cuestiones relacionadas	61
VI.	DERECHO APLICABLE.....	64
(1)	Las Posiciones de las Partes.....	64
(2)	El Análisis del Tribunal	68
VII.	FONDO.....	77
A.	La Reclamación de Expropiación: Artículo 13(1) del TCE	78
(1)	La posición de la Demandante.....	78
(2)	La Posición del Demandado	80
(3)	El Análisis del Tribunal	82
B.	Supuesta violación del Artículo 10(1) del TCE, primera y segunda oraciones.....	88
(1)	La Posición de la Demandante.....	88
(2)	La Posición del Demandado	96
(3)	El Análisis del Tribunal	103
C.	Supuesta violación por parte de España del Artículo 10(1) del TCE tercera oración	125
(1)	Las Posiciones de las Partes.....	125
(2)	El Análisis del Tribunal	129
(3)	Conclusiones sobre el Artículo 10(1) del TCE.....	131
D.	Argumentos de ayuda estatal de la UE.....	131
(1)	Introducción	131
(2)	La solicitud de la CE en lo que respecta a las ayudas estatales	132
(3)	Las conclusiones del Tribunal sobre ayudas estatales	135
VIII.	DAÑOS.....	145
(1)	Las Posiciones de las Partes.....	145
(2)	El Análisis del Tribunal	151
(3)	La Reclamación de Compensación por Impuestos	153
IX.	CONCLUSIONES	154

TABLA DE ABREVIATURAS/TÉRMINOS DEFINIDOS SELECCIONADOS

APPA	Asociación de Productores de energías renovables
Reglamento de Arbitraje	Reglamento del CIADI para los Procedimientos de Arbitraje 2006
Primer Informe Pericial BDO	Informe Pericial de BDO, titulado ‘Informe Pericial Económico-Financiero de los parques eólicos de EURUS’ del 11 de abril de 2017
BOE	Boletín Oficial del Estado
Brattle	Peritos de regulación y quantum de la Demandante
Primer Informe de Quantum de Brattle	Informe pericial de Brattle, titulado ‘Daños Financieros a los Inversionistas’, de fecha 18 de noviembre de 2016
Primer Informe Regulatorio de Brattle	Informe pericial de Brattle, titulado ‘Cambios en la Regulación de las Instalaciones Eólicas en España desde diciembre de 2012’, de fecha 18 de noviembre de 2016
Informe de Refutación de Quantum de Brattle	Informe de refutación de Brattle, titulado ‘Daños Financieros a Eururus’ de fecha 29 de septiembre de 2017
Informe de Refutación Regulatoria de Brattle	Informe de refutación regulatoria de Brattle, titulado ‘Cambios en la Regulación de las Instalaciones Eólicas en España desde diciembre de 2012’ de fecha 29 de septiembre de 2017
C-[#]	Anexo Documental de la Demandante
CL-[#]	Anexo Legal de la Demandante
Memorial de la Demandante	Memorial de la Demandante de fecha 18 de noviembre de 2016
Dúplica de la Demandante	Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante de fecha 8 de febrero de 2018

Réplica de la Demandante	Réplica de la Demandante de fecha 29 de septiembre de 2017
CNE	Comisión Nacional de Energía
DCF	Descuento de Flujos de Caja (por sus siglas en inglés: <i>Discounted cash flow</i>)
CE	Comisión Europea
TCE	Tratado sobre la Carta de Energía
UE	Unión Europea
EUR	Euros
Informe Pericial Ernst & Young Japan	Informe pericial de Ernst & Young, titulado ‘Impuesto japonés sobre la Indemnización por Daños y Dividendos Recibidos de una Filial Extranjera’ de fecha 29 de septiembre de 2017
TJE	Trato Justo y Equitativo
FIT	Tarifa <i>feed-in</i> (por sus siglas en inglés: <i>Feed-in tariff</i>)
Audiencia	Audiencia sobre jurisdicción y fondo celebrada el 18-23 de julio de 2018
Transcripción de la Audiencia, Día [#], [página:línea] [(Orador(es))]	Transcripción de la Audiencia (revisada el 16 de octubre de 2018)
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 18 de marzo de 1965
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
PER-89	Plan de Energías Renovables de 1989
PFER	Plan de Fomento de Energías Renovables 2000-2010
CCE	Contrato(s) de Compraventa de Energía
R-[#]	Anexo Documental del Demandado

RL-[#]	Anexo Legal del Demandado
RAB	Valoración regulatoria de activos (por sus siglas en inglés: <i>Regulatory asset-based</i>)
RAIPRE	Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica
RD	Real Decreto
RD 1432/2002	Real Decreto 1432 de 2002, promulgado el 27 de diciembre de 2002
RD 2818/1998	Real Decreto 2818 de 1998, promulgado el 23 de diciembre de 1998
RD 413/2004	Real Decreto 413 de 2004, promulgado el 6 de junio de 2004
RD 436/2004	Real Decreto 436 de 2004, promulgado el 12 de marzo de 2004
RD 661/2007	Real Decreto 661 of 2007, promulgado el 25 de mayo de 2007
ER	Energías Renovables
Memorial de Contestación del Demandado	Memorial de Contestación del Demandado de fecha 12 de abril de 2017
Dúplica del Demandado	Dúplica del Demandado de fecha 22 de diciembre de 2017
IPC	Índice de precios al consumo
Segundo Informe Pericial BDO	Informe pericial de BDO, titulado ‘Informe Pericial que duplica el Informe de Refutación de Brattle: Daños Financieros a EURUS’ e ‘Informe de Refutación: Cambios en la Regulación de las Instalaciones Eólicas en España desde Diciembre de 2012’ de fecha 21 de diciembre de 2017
EFE	Empresas con Fines Específicos
Tribunal	Tribunal Arbitral constituido el 2 de mayo de 2016

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. El presente caso se refiere a una controversia presentada al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (**‘CIADI’** o el **‘Centro’**) sobre la base del Tratado sobre la Carta de la Energía, el cual entró en vigor el 16 de abril de 1998 para España y el 21 de octubre de 2002 para Japón (el **‘TCE’**),¹ y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, en vigor desde el 14 de octubre de 1966 (el **‘Convenio CIADI’**).
2. El Demandado es el Reino de España (**‘España’** o **‘Demandado’**).
3. Inicialmente había dos Demandantes, Eurus Energy Holdings Corporation (**‘Eurus Japan’**), una sociedad de responsabilidad limitada constituida con arreglo a las leyes de Japón,² y Eurus Energy Europe BV (**‘Eurus Europe’**) una sociedad privada de responsabilidad limitada constituida con arreglo a las leyes de los Países Bajos, de propiedad exclusiva de Eurus Japan y a su vez titular de acciones y otras participaciones en 13 empresas españolas con fines específicos (**‘EFE’**) que poseen y explotan parques eólicos en España (los **‘Parques Eólicos’**). Como se indica en el párrafo 36 abajo, mediante la Resolución Procesal No. 4 de 11 de junio de 2018, el Tribunal admitió la solicitud de Eurus Europe de retirarse del arbitraje con la condición de pagar las costas atribuibles a su participación. En consecuencia, el arbitraje prosiguió con Eurus Japan como única Demandante.
4. El Demandante y el Demandado se denominan colectivamente en la presente Decisión como las **‘Partes’**, y el término **‘Parte’** se utiliza para referirse tanto a la Demandante como al Demandado. Los representantes actuales de las Partes y sus direcciones se encuentran listados anteriormente en la página (i).

¹ Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 1, 7, 8, 54.

² Solicitud de Arbitraje, ¶ 7; Eurus Japón pertenece conjuntamente a Toyota Tsusho Corporation (60%) y a Tokyo Electric Power Company, Inc (40%).

II. ANTECEDENTES PROCESALES

A. INICIO DEL ARBITRAJE

5. Con fecha 19 de febrero de 2016, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje de fecha 17 de febrero de 2016, junto con los anexos C-0001 a C-0023 (la '**Solicitud de Arbitraje**').
6. El 1 de marzo de 2016, el Secretario General del CIADI inscribió la Solicitud de Arbitraje y notificó la inscripción a las Partes. En la Notificación del Acto de Registro, el Secretario General invitó a las Partes a proceder a constituir un tribunal arbitral lo antes posible de conformidad con la Regla 7(d) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (las '**Reglas de Iniciación del CIADI**').

B. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

7. Las Partes acordaron que el Tribunal se constituiría de conformidad con el Artículo 37(2)(a) del Convenio CIADI y estaría compuesto por tres árbitros, uno nombrado por cada Parte ('**Co-árbitros**'), y el tercer árbitro, el Presidente del Tribunal, que sería nombrado por acuerdo de las Partes.³
8. El Tribunal está integrado por el Juez James Crawford, ciudadano australiano, Presidente, designado por acuerdo de las Partes; el Sr. Oscar M. Garibaldi, ciudadano argentino y estadounidense, designado por la Demandante; y el Profesor Andrea Giardina, ciudadano italiano, designado por la Demandada. El Sr. Paul-Jean Le Cannu, consejero jurídico del CIADI, fue designado para actuar como Secretario del Tribunal.
9. El 2 de mayo de 2016, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Secretario General notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por lo tanto, se consideraba constituido el Tribunal en dicha fecha.

³ Cartas de la Demandante de 16 de marzo de 2016 y 25 de marzo de 2016; comunicaciones del Demandado de 21 de marzo de 2016 y 30 de marzo de 2016.

C. PRIMERA SESIÓN Y ESCRITOS DE LAS PARTES

10. De conformidad con la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal Arbitral celebró una primera sesión con las Partes el 20 de julio de 2016 por teleconferencia.
11. Tras la primera sesión, el 7 de septiembre de 2016, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución Procesal No. 1, en la que se registraba el acuerdo de las Partes sobre cuestiones procesales. La Resolución Procesal No. 1 estableció, entre otras cosas, que el Reglamento de Arbitraje aplicable era el vigente a partir del 10 de abril de 2006, que los idiomas de procedimiento eran el español y el inglés, y que la sede del procedimiento sería París, Francia. La Resolución Procesal No. 1 establecía el calendario acordado para una audiencia combinada de jurisdicción y fondo.
12. El 18 de noviembre de 2016, la Demandante presentó su Memorial (**‘Memorial de la Demandante’**), junto con los anexos C-0001 a C-0445, los anexos legales CL-0001 a CL-0078; tres declaraciones testimoniales de los Sres. Masaaki Matsuoka (CW-1), Shigehito Nakamura (CW-2) y Tetsuya Suwabe (CW-3), y tres informes periciales preparados por el Sr. Carlos Lapuerta y el Sr. José Antonio García (The Brattle Group) (CE-1), por el Sr. Carlos Lapuerta y el Sr. Richard Caldwell (The Brattle Group) (CE-2) y por el Dr. Joseph F. Rakow (Exponent) (CE-3).
13. El 12 de abril de 2017, el Demandado presentó su Memorial de Contestación sobre el Fondo y su Memorial sobre Jurisdicción (**‘Memorial de Contestación del Demandado’**), junto con los anexos R-0001 a R-0259, los anexos legales RL-0001 a RL-0067, la declaración del Sr. Juan Ramón Ayuso (RW-1) y un informe pericial preparado por los Sres. Gervase MacGregor, Eduardo Pérez Ruiz, David Mitchell y Francisco Javier Espel Sesé (BDO).
14. El 1 de junio de 2017, las Partes presentaron una solicitud conjunta al Tribunal en relación con el calendario propuesto para la fase de producción de documentos.
15. El 13 de junio de 2017, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 relativa a las Solicitudes de Documentos de las Partes.

16. Tras los intercambios entre las Partes y el Tribunal, el 18 de septiembre de 2017, el Tribunal confirmó que las fechas de audiencia se trasladarían al 16-20 de julio de 2018, en París.
17. El 19 de septiembre de 2017, el Tribunal aprobó la propuesta conjunta de las Partes para el calendario modificado de la fase de producción de documentos.
18. El 22 de septiembre de 2017, el Demandado presentó el anexo R-0260, que por error no se había presentado con el Memorial de Contestación, así como la versión corregida de la lista consolidada de anexos.
19. El 30 de septiembre de 2017, la Demandante presentó su Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción (**‘Réplica de la Demandante’**), junto con los anexos C-0446 a C-0481, anexos legales CL-0079 a CL-0093; declaraciones testimoniales complementarias del Sr. Masaaki Matsuoka (CW-4) y del Sr. Tetsuya Suwabe (CW-5); informes periciales de impugnación preparados por el Sr. Carlos Lapuerta y el Sr. José Antonio García (The Brattle Group) (CE-4), y por el Sr. Carlos Lapuerta y el Sr. Richard Caldwell (The Brattle Group) (CE-5), así como un informe pericial del Sr. Koichi Sekiya (Ernst & Young Japan) (CE-6).
20. Tras la comunicación de la Demandante de 19 de septiembre de 2017, el Tribunal confirmó el 6 de octubre de 2017 que la audiencia se celebraría del 16 al 21, y el 23 de julio de 2018, quedando el 24 de julio de 2018 en reserva.
21. El 27 de noviembre de 2017, el Tribunal aprobó el acuerdo de las Partes de prorrogar el plazo para la presentación de la Dúplica del Demandado sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción hasta el 22 de diciembre de 2017. Por consiguiente, las Partes acordaron prorrogar el plazo para la presentación de la Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante hasta el 8 de febrero de 2018. Todas las fechas restantes del calendario procesal se mantendrían sin cambios.
22. El 4 de diciembre de 2017, el Secretario General del CIADI informó a las Partes de que la Sra. Celeste Salinas Quero había sido nombrada para desempeñar el cargo de Secretaria del Tribunal, en sustitución del Sr. Paul-Jean Le Cannu.

23. El 22 de diciembre de 2017, el Demandado presentó su Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción (**‘Dúplica del Demandado’**), junto con los anexos R-0260 a R-0339, anexos legales RL-0068 a RL-0086, la segunda declaración testimonial del Sr. Juan Ramón Ayuso, y un segundo informe pericial preparado por los Sres. Gervase MacGregor, Eduardo Pérez Ruiz, David Mitchell, y Francisco Javier Espel Sesé (BDO).
24. El 8 de febrero de 2018, la Demandante presentó su Dúplica sobre Jurisdicción (**‘Dúplica de la Demandante’**), junto con los anexos C-0482 a C-0485, y los anexos legales CL-0094 a CL-0111.
25. El 28 de marzo de 2018, la Demandante presentó una solicitud para que se introdujera en el expediente el laudo dictado en el caso *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR c. Reino de España* (Arbitraje CCE 2015/063) (**‘Novenergia II’**) (CL-0112). Además, la Demandante solicitó que el Tribunal ordenara que ‘los laudos arbitrales que involucren a España y que se refieran a las Medidas Impugnadas que puedan hacerse públicos antes de la conclusión de este procedimiento puedan ser presentados en el expediente sin necesidad de seguir el procedimiento establecido en la Sección 16.3 de la Resolución Procesal No. 1.’⁴
26. El 17 de abril de 2018, España respondió aceptando las peticiones de la Demandante bajo ciertas condiciones y propuso modificar el procedimiento establecido en el Artículo 16.3 de la Resolución Procesal No. 1 para incorporar los anexos legales al expediente. El Demandado también propuso presentar en el expediente, entre otros, la decisión de *Achmea* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**‘TJUE’**).⁵

⁴ Carta de la Demandante de 28 de marzo de 2018. [Traducción del Tribunal]

⁵ *Slowakische Republik (República Eslovaca) c. Achmea BV*, Caso C 284/16, 6 de marzo de 2018 (**‘Achmea’**). La Demandante aceptó la propuesta del Demandado de añadir al expediente la decisión del TJUE en el caso *Achmea* y el Tribunal permitió su adición en el ¶ 7 de la Resolución Procesal No. 3 de 17 de mayo de 2018. Sin embargo, en última instancia, ninguna de las Partes presentó la decisión de *Achmea* como anexo legal numerado al expediente. Las Partes se refirieron a la decisión de *Achmea*: (i) en las presentaciones escritas subsiguientes relativas a la Solicitud de la Comisión Europea de participar como parte no contendiente y a la solicitud del Demandado de añadir al expediente la Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros del 15 de enero de 2019 sobre las consecuencias jurídicas de la decisión del Tribunal de Justicia en *Achmea* y sobre la protección de las inversiones en la Unión Europea, (ii) en los alegatos orales en la audiencia sobre jurisdicción y fondo, y (iii) al comentar varios de los anexos legales añadidos al expediente con posterioridad a la audiencia referidos a *Achmea*.

27. El 27 de abril de 2018, la Demandante presentó una respuesta a la carta de España del 17 de abril de 2018. La Demandante rechazó la propuesta de España, pero aceptó la admisión de la decisión en el caso *Achmea*.⁶

D. EL DESISTIMIENTO DE EURUS EUROPE, LA AUDIENCIA SOBRE JURISDICCIÓN Y FONDO

28. El 11 de mayo de 2018, la Demandante informó al Tribunal de que Eurus Europe iba a desistir de sus reclamaciones. El mismo día, el Tribunal invitó al Demandado a formular observaciones a más tardar el 16 de mayo de 2018 sobre la solicitud de desistimiento de Eurus Energy Europe B.V.

29. El 17 de mayo de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 relativa a la admisión de pruebas documentales. En particular, la Resolución Procesal No. 3 modificó el Artículo 16.3 de la Resolución Procesal No. 1, incorporando el Artículo 16.3.3.3 para permitir la presentación en el expediente de laudos o resoluciones que se llegasen a hacer públicos antes del cierre del procedimiento y que se hubieran dictado en causas contra España en el sector de las energías renovables. En tal caso, la Parte que presente el laudo tendría derecho a hacer observaciones de no más de cinco páginas y la otra Parte a presentar una respuesta de la misma extensión. El Tribunal también admitió en el expediente, entre otras cosas, el laudo dictado en *Novenergia II* y la decisión del TJUE en *Achmea*. De conformidad con esta disposición, se presentaron varias decisiones o fallos adicionales para que constaran en las actas y se dio la oportunidad a las partes de presentar observaciones a las Partes. Dichas observaciones se han tenido debidamente en cuenta a continuación.

30. El 18 de mayo de 2018, España presentó una respuesta a la carta de la Demandante del 11 de mayo de 2018 relativa a la solicitud de desistimiento de Eurus Energy Europe B.V.

31. El mismo día, 18 de mayo de 2018, la Demandante presentó una carta notando que el Tribunal había instruido a España a presentar sus observaciones sobre el desistimiento de las reclamaciones de Eurus Europe a más tardar al cierre de las actividades en Washington,

⁶ Carta de la Demandante del 27 April 2018.

D.C. el 16 de mayo de 2018.⁷ Dado que el plazo había transcurrido sin que España respondiera, la Demandante argumentó que España había ‘consentido en la suspensión’.⁸

32. Por carta de 21 de mayo de 2018, el Tribunal informó a las Partes que la cuestión del desistimiento de las reclamaciones se examinaría durante la próxima teleconferencia sobre la organización previa a la audiencia, prevista para el 5 de junio de 2018.
33. El 22 de mayo de 2018, la Demandante presentó el laudo en el caso *Novenergia II* y el laudo dictado por el tribunal en el caso *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/14/1), de fecha 16 de mayo de 2018 (**‘Masdar’**) (**CL-0113**).
34. El 1 de junio de 2018, el Demandado presentó sus observaciones sobre el laudo de *Novenergia II*.⁹
35. El 5 de junio de 2018 se celebró una teleconferencia previa a la audiencia, relativa a la organización de la audiencia a celebrarse del 18 al 21 y el 23 de julio de 2018, en la Cámara de Comercio Internacional (la ‘CCI’) en París, Francia.
36. El 11 de junio de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 4 sobre el desistimiento de las reclamaciones de Eurus Energy Europe B.V. En su Resolución Procesal No. 4, el Tribunal, después de exponer las posiciones de las Partes, observó que la Regla 44 del CIADI, conforme a la cual Eurus Europe había solicitado el desistimiento de sus reclamaciones, se refiere a la ‘terminación del procedimiento’, pero que la Regla 44 no dice nada acerca de la terminación parcial, por ejemplo, cuando una parte desea desistirse de todas sus reclamaciones, mientras que el procedimiento continúa entre las partes restantes en relación con las reclamaciones pendientes. El Tribunal sostuvo que tenía la facultad discrecional para permitir una terminación parcial, basándose en la facultad que el Artículo 44 del Convenio CIADI otorga a los tribunales para decidir cuestiones no

⁷ Comunicación del CIADI a las Partes del 11 de mayo de 2018.

⁸ Carta de la Demandante de 18 de mayo de 2018. [Traducción del Tribunal]

⁹ De conformidad con el Artículo 6 de la Resolución Procesal No. 3 y el párrafo 16.3.3.1 enmendado de la Resolución Procesal No. 1, las Partes tuvieron la oportunidad de comentar el laudo dictado en *Masdar* en la audiencia sobre jurisdicción y fondo.

contempladas en las Reglas de Arbitraje o en las reglas acordadas por las partes.¹⁰ En cuanto al ejercicio de dicha facultad discrecional, el Tribunal consideró que no debía permitirse el desistimiento tardío de una parte si el demandado se opone y puede demostrar perjuicio, incluida la posible pérdida del efecto de cosa juzgada contra la parte que se desiste. Por otro lado, el desistimiento tardío de Eurus Europe había sido explicado por las Demandantes y por los acontecimientos recientes, en particular, la decisión de *Achmea* del TJUE y el fallo de las autoridades fiscales neerlandesas. Teniendo en cuenta que permitir el desistimiento de las reclamaciones de Eurus Europe simplificaría el procedimiento, ahorrando tiempo y algunos costos, y que cualquier perjuicio para el Demandado era en gran medida teórico porque, en cualquier caso, las Demandantes habían declarado que no reclamarían daños y perjuicios a favor de Eurus Europe, el Tribunal decidió permitir el desistimiento de Eurus Europe, a condición de que Eurus Japan se comprometiera a cumplir cualquier orden de pago de las costas atribuibles a la participación de Eurus Europe en el presente arbitraje.¹¹

37. El 12 de junio de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 5 que refleja los acuerdos de las Partes y las decisiones del Tribunal sobre cuestiones procesales relativas a la organización y arreglos logísticos de la audiencia que a ser celebrada del 18 al 21 y el 23 de julio de 2018, en la CCI en París, Francia.
38. El 12 de julio de 2018, la Demandante presentó dos laudos como nuevos anexos legales: *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/13/31), Laudo, 15 de junio de 2018 (*'Antin'*)

¹⁰ El Tribunal se refirió a *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17), Resolución Procesal No. 1 Con Respecto a la Terminación del Procedimiento relativa a Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., 14 de abril de 2006; *Aguas Argentinas S.A. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/19), Resolución Procesal No. 1 Con Respecto a la Terminación del Procedimiento relativa a Aguas Argentinas S.A., 14 de abril de 2006, y *International Company for Railway Systems (ICRS), Privatization Holding Company (PHC) c. Reino Hachemita de Jordania* (Caso CIADI No. ARB/09/13), Resolución Procesal No. 1 Con Respecto a la Terminación del Procedimiento relativa a Privatization Holding Company (PHC), 26 de febrero de 2010.

¹¹ Resolución Procesal No. 4, 11 de junio de 2018.

(CL-0114) y *Antaris GmbH y Dr. Michael Göde c. República Checa* (Caso CPA No. 2014-01), Laudo, 2 de mayo de 2018 (*'Antaris'*) (CL-0115).¹²

39. Se celebró una audiencia sobre la jurisdicción y el fondo en la CCI en París del 18 al 21 y el 23 de julio de 2018 (la **'Audiencia'**). Las siguientes personas estuvieron presentes en la Audiencia:

Tribunal:

Juez James Crawford	Presidente
Sr. Oscar M. Garibaldi	Árbitro
Profesor Andrea Giardina	Árbitro

Secretaría CIADI:

Sra. Celeste Salinas Quero	Secretaria del Tribunal
----------------------------	-------------------------

Por la Demandante:

Abogados:

Sr. Peter J. Turner QC	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sr. Nicholas Lingard	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sr. Ignacio Borrego	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sr. Joaquin Terceño	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sr. Daniel Allen	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sra. Claire Pauly	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sr. Yuri Mantilla	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sr. David Perrett	Freshfields Bruckhaus Deringer

Partes:

Sr. Hidenori Mitsuoka	Eurus Energy Holdings Corporation
Sra. Masako Takahata	Eurus Energy Holdings Corporation
Sr. Yoshito Inagaki	Eurus Energy Holdings Corporation
Sr. Jesse Harman	Eurus Energy Holdings Corporation

Testigos:

Sr. Masaaki Matsuoka	Green Power Investment Corporation
Sr. Tetsuya Suwabe	Eurus Energy Holdings Corporation

Peritos:

Sr. Carlos Lapuerta	The Brattle Group
Sr. José Antonio García	The Brattle Group
Sr. Richard Caldwell	The Brattle Group

¹² De conformidad con el Artículo 6 de la Resolución Procesal No. 3 y el párrafo 16.3.3.1 enmendado de la Resolución Procesal No. 1, las Partes tuvieron la oportunidad de comentar los laudos dictados en *Antin* y *Antaris* en la audiencia sobre jurisdicción y fondo.

Sr. Jack Stirzaker

The Brattle Group

Por el Demandado:

Abogados:

Sr. Diego Santacruz Descartín
Sr. Antolín Fernandez Antuña
Sra. Mónica Moraleda Saceda
Sra. Elena Oñoro Sainz
Sra. Amaia Rivas Kortazar
Sra. Irene Bonet Tous

Abogacía del Estado
Abogacía del Estado

Parte:

Sra. Carmen María Roa

IDAE

Testigo:

Sr. Juan Ramón Ayuso

IDAE

Peritos:

Sr. David Mitchell
Sr. Gervase MacGregor
Sr. Eduardo Pérez
Sr. Javier Espel
Sra. Susana Campos
Sr. Tse Chen Choi
Sra. Susan Blower

BDO
BDO
BDO
BDO
BDO
BDO
BDO

Estenógrafos:

Sr. Trevor McGowan
Sr. Rodolfo Rinaldi
Sr. Leandro Iezzi

The Court Reporter
D-R Esteno
D-R Esteno

Intérpretes:

Sr. Jesus Getan Bornn
Sra. Amalia Thaler de Klemm
Sra. Anna Sophia Chapman
Sra. Ryoko Okamoto
Sra. Mariko Higuchi

Intérprete inglés-español
Intérprete inglés-español
Intérprete inglés-español
Intérprete japonés-inglés
Intérprete japonés-inglés

40. Durante la Audiencia, las Partes presentaron los siguientes anexos ilustrativos:

De la Demandante

- Presentaciones de Apertura de la Demandante (no numeradas); Presentación de Quantum de Brattle (no numerada); Presentación Regulatoria de Brattle (no numerada);

Presentaciones de Cierre de la Demandante (no numeradas); Diapositiva complementaria 28(a) a las presentaciones de cierre de la Demandante (no numerada).

- C-0486 (Proyecto RD 661/2007 de 19 de marzo de 2007).

Del Demandado

- Cuestiones de hecho fundamentales del arbitraje (no numeradas); Objeciones preliminares sobre jurisdicción y admisibilidad (no numeradas); Fondo del caso (no numerado); Quantum (no numerado); Presentación BDO (no numerada); Declaración final del Demandado (no numerada)
- R-0340 (Cuadro en Vol. II tab. 11 utilizada en el contrainterrogatorio del Sr. Caldwell); R-0341 (Cuadro en Vol. II tab. 13 utilizada en el contrainterrogatorio del Sr. Caldwell); R-0342 (Cuadro en Vol. II tab. 15 contrainterrogatorio del Sr. Caldwell); R-0341 (Propuesta de Real Decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial y determinadas instalaciones de tecnologías comparables en régimen ordinario - Proyecto de RD 661/2007 de 19 de marzo de 2007) (inglés y español).

E. ASUNTOS POSTERIORES A LA AUDIENCIA

41. El 14 de agosto de 2018, las Partes solicitaron que el Tribunal extendiera el plazo para presentar las transcripciones revisadas hasta el 14 de septiembre de 2018.
42. El 15 de agosto de 2018, el Tribunal aprobó la fecha enmendada para la presentación de las correcciones acordadas a las transcripciones para el 14 de septiembre de 2018.
43. El 7 de septiembre de 2018, el Demandado solicitó al Tribunal la prórroga del plazo para el envío de las presentaciones de las Partes sobre las costas hasta el 14 de septiembre de 2018. En una comunicación de la misma fecha, la Demandante informó al Tribunal que, aunque estaba descontenta con la demora de la solicitud, no se oponía a la petición hecha por el Demandado.

44. El 8 de septiembre de 2018, el Tribunal aprobó la fecha modificada para las presentaciones de las Partes sobre las costas.
45. El 13 de septiembre de 2018, el Demandado solicitó una segunda prórroga del plazo para la presentación de las correcciones a las transcripciones acordadas hasta el 21 de septiembre de 2018. Mediante comunicación de la misma fecha, la Demandante informó al Tribunal que aceptaba la solicitud del Demandado.
46. En la misma fecha, el Tribunal aprobó la segunda prórroga para presentar las correcciones a las transcripciones acordadas antes del 21 de septiembre de 2018.
47. Las Partes presentaron sus presentaciones sobre las costas el 14 de septiembre de 2018.
48. El 19 de septiembre de 2018, el Demandado solicitó que el Tribunal, en vista de la considerable cuantía de las costas y en aras de la transparencia, ordenara al abogado de la Demandante que proporcionara los siguientes documentos: (i) el presupuesto enviado por Freshfields Bruckhaus Deringer a la Demandante en relación con los servicios jurídicos a ser proporcionados en relación con este arbitraje; y (ii) el recibo de los pagos realizados por la Demandante por dichos servicios jurídicos.
49. El 20 de septiembre de 2018, la Demandante solicitó al Tribunal que le permitiera presentar una breve respuesta a la comunicación de España del 19 de septiembre de 2018. Mediante comunicación de la misma fecha, el Tribunal solicitó a la Demandante presentar comentarios sobre la solicitud del Demandado antes del 24 de septiembre de 2018.
50. El 21 de septiembre de 2018, la Demandante presentó sus observaciones sobre la solicitud del Demandado de 19 de septiembre de 2018.
51. En una comunicación de la misma fecha, la Demandante informó al Tribunal de que las Partes habían llegado a acuerdo sobre las correcciones de las transcripciones en inglés y que las enviarían al estenógrafo inglés de conformidad con la sección 21.3 de la Resolución Procesal No. 1. La Demandante también informó al Tribunal que las Partes no llegaron a acuerdo sobre algunas correcciones a las transcripciones en español. La Demandante

- solicitó que el Tribunal decidiera sobre ciertas correcciones propuestas por España a las transcripciones de la audiencia en español.
52. El 25 de septiembre de 2018, el Demandado confirmó que había discrepancias sobre algunas cuestiones de traducción en las transcripciones en español.
 53. El 9 de octubre de 2018, el Tribunal emitió sus decisiones sobre la solicitud del Demandado de 19 de septiembre de 2018 y la solicitud de la Demandante de 21 de septiembre de 2018.
 54. El 12 de octubre de 2018, el abogado de la Demandante envió al estenógrafo inglés del tribunal, Sr. McGowan, las correcciones convenidas por las Partes para ser introducidas en las transcripciones en inglés. En la misma fecha y por correo electrónico separado, el abogado de la Demandante envió al estenógrafo español, Sr. Rinaldi, las correcciones a las transcripciones en español aprobadas por el Tribunal.
 55. El 16 de octubre de 2018, el Sr. Rinaldi envió a las Partes y al Tribunal las versiones finales de las transcripciones en español.
 56. Por carta de la misma fecha, la Demandante informó al Tribunal que estaba dispuesta a presentar: (i) copias redactadas de las páginas pertinentes de los extractos bancarios de la oficina de Freshfields en Tokio, en las que se mostraban todas las transferencias de fondos pertinentes recibidas por Freshfields (con traducciones del japonés al inglés); y (ii) una copia de la portada de la última factura de Freshfields a Eurus, la cual ha sido aceptada pero aún no ha sido pagada en el curso ordinario. Además, la Demandante solicitó exigir a España una declaración recíproca sobre la base de un intercambio simultáneo. La Demandante también solicitó que previo al intercambio de material, España detallara el material que pretendía revelar.
 57. El 17 de octubre de 2018, el Tribunal solicitó al Demandado presentar observaciones sobre la carta de la Demandante antes del 19 de octubre de 2018.
 58. En una comunicación de la misma fecha, el Demandado solicitó una prórroga del plazo hasta el 22 de octubre de 2018. La prórroga fue concedida por el Tribunal.

59. El 22 de octubre de 2018, el Demandado presentó sus observaciones sobre la carta de la Demandante de 16 de octubre de 2018.
60. El 30 de octubre de 2018, la Demandante presentó sus observaciones sobre la carta del Demandado del 22 de octubre de 2018.

F. SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

61. El 5 de noviembre de 2018, la Comisión Europea presentó una Solicitud de Autorización para intervenir como Parte No Contendiente de conformidad con la Regla 37(2) de fecha 29 de octubre de 2018 (la '**Solicitud de la Comisión Europea**'). La Comisión solicitó autorización para intervenir en relación con la aplicabilidad del Artículo 26 del TCE a los litigios intracomunitarios y con el derecho de la UE sobre ayudas estatales como derecho aplicable al fondo de la cuestión, impidiendo conceder una indemnización por daños a España.
62. El 6 de noviembre de 2018, el Tribunal invitó a las Partes a presentar observaciones sobre la solicitud de la Comisión Europea antes del 13 de noviembre de 2018.
63. El 8 de noviembre de 2018, la Demandante presentó sus observaciones sobre la solicitud de la Comisión Europea oponiéndose a la misma por motivos de demora, costos y su irrelevancia para el caso tal como está constituido actualmente.
64. El 13 de noviembre de 2018, el Demandado presentó sus observaciones sobre la solicitud de la Comisión Europea, apoyando la solicitud en razón de su importancia relativa para las cuestiones planteadas ante el Tribunal.
65. El 28 de noviembre de 2018, el Tribunal informó a las partes de su intención de conceder una autorización condicional a la solicitud de la Comisión Europea limitada a la cuestión de la ayuda estatal como cuestión de fondo. El Tribunal invitó a las partes a presentar observaciones adicionales sobre la solicitud de la Comisión Europea sobre la cuestión de fondo de la ayuda estatal antes del 5 de diciembre de 2018.
66. El Centro recibió las observaciones de la Demandante y el Demandado el 4 y 5 de diciembre de 2018, respectivamente.

67. El 21 de diciembre de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 6 sobre la Solicitud de la Comisión Europea. El Tribunal concedió a la Comisión Europea permiso para presentar un escrito sobre la cuestión de la ayuda estatal antes del 17 de enero de 2019. El escrito estaba sujeto a una serie de condiciones, entre ellas que la Comisión presentara, a más tardar el 4 de enero de 2019, ‘un compromiso por escrito en el que manifieste que con cualquier decisión en materia de costos que fuera ordenada por el Tribunal y atribuible a su intervención’ (el ‘**Compromiso sobre las Costas**’).
68. El 4 de enero de 2018, la Comisión Europea presentó una Solicitud de modificación de la Resolución Procesal No. 6 del Tribunal, de fecha 21 de diciembre de 2018 (la ‘**Solicitud de la Comisión Europea**’). La Comisión pidió que el Tribunal suprimiera la condición del Compromiso sobre las Costas o, alternativamente, que se admitiera en el expediente su Solicitud de Autorización de Intervención en lugar de su propuesta de presentación.
69. El 9 de enero de 2019, tras una invitación del Tribunal, cada Parte presentó observaciones sobre la solicitud de la Comisión Europea.
70. El 16 de enero de 2019, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 7 sobre la Solicitud de la Comisión Europea. El Tribunal rechazó la solicitud de la Comisión de renunciar a la condición de un Compromiso sobre las Costas, pero accedió a la petición de la Comisión de introducir en el expediente la Solicitud de la Comisión Europea en lugar de su propuesta de presentación. El Tribunal invitó a las Partes a presentar, antes del 31 de enero de 2019, nuevas observaciones sobre la Solicitud de la Comisión sobre la cuestión de la ayuda estatal.
71. El 17 de enero de 2019, la Comisión Europea informó al Tribunal de que no estaba en condiciones de cumplir el Compromiso sobre las Costas y que no presentaría un escrito.
72. Entretanto, el 25 de enero de 2019, el Demandado presentó una solicitud para introducir en el expediente, como anexo legal adicional, una Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros del 15 de enero de 2019, sobre las consecuencias jurídicas de la decisión del TJUE en *Achmea* y sobre la protección de las inversiones en la Unión Europea. La declaración fue firmada por 22 Estados miembros de la Unión Europea.

El Demandado alegó que la Declaración ‘aborda varias de las mismas cuestiones relativas a la objeción jurisdiccional intra-UE de España.’

73. El 31 de enero de 2019, las Partes presentaron sus respectivos comentarios sobre la Solicitud de la Comisión Europea sobre la cuestión de ayuda estatal. Estos argumentos se tratan en lo esencial a continuación.
74. El 4 de febrero de 2019, la Demandante presentó sus objeciones a la solicitud del Demandado, argumentando que la Declaración sería irrelevante porque ‘no hay ningún demandante europeo en este caso, y ninguna objeción jurisdiccional intra-UE.’
75. El 7 de febrero de 2019, el Tribunal rechazó la solicitud del Demandado, observando, entre otras cosas, ‘que la Declaración no es unánime y sólo se ocupa de las controversias intra-UE.’ Sobre esta base, el Tribunal considera que la Declaración no es de naturaleza tal que constituya un factor decisivo en la decisión del Tribunal.’

G. ANEXOS LEGALES AÑADIDOS CON POSTERIORIDAD A LA AUDIENCIA

76. El 13 de febrero de 2019, el Sr. McGowan envió a las Partes y al Tribunal las versiones finales de las transcripciones en inglés.
77. El 11 de abril de 2019, el Demandado solicitó al Tribunal admitir en el expediente la decisión del tribunal en *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/13/30), Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Quantum, de fecha 30 de noviembre de 2018 (*‘RREEF’*). El 15 de abril de 2019, la Demandante comentó sobre la solicitud del Demandado.
78. El 17 de abril de 2019, el Demandado presentó la decisión de *RREEF* en el expediente (**RL-0088**) (opinión disidente parcial presentada como **RL-0089**)¹³ junto con sus comentarios al respecto. El 29 de abril de 2019, la Demandante presentó sus comentarios sobre *RREEF*.

¹³ **RL-0089**, *RREEF*, Opinión Disidente Parcial del Prof. Robert Volterra, 30 de noviembre de 2018.

79. El 29 de abril de 2019, la Demandante solicitó que el Tribunal admitiera en el expediente el laudo del tribunal en el *caso Foresight Luxembourg Solar 1 S.à r.l. y otros c. Reino de España* (Caso CCE V(2015/150)), de fecha 14 de noviembre de 2018 (*'Greentech'*) y que eximiera a las Partes de presentar cualquier comentario. La Demandante también solicitó que el Tribunal ordenara al Demandado presentar los laudos existentes de los arbitrajes relacionados con su régimen de energía renovable y que continuara presentando dichos laudos hasta que el Tribunal indicara lo contrario. La Demandante señaló que tenía conocimiento de otros laudos y decisiones emitidos en dichos casos que no se habían hecho públicos.¹⁴ El 3 de mayo de 2019, el Tribunal admitió el laudo de *Greentech* en el expediente y emitió una decisión sobre la presentación de laudos y decisiones. También se presentaron otros laudos y decisiones más recientes, y las Partes hicieron breves presentaciones sobre varios de ellos. Dichos laudos y decisiones se indican más adelante.
80. El 5 de mayo de 2019, La Demandante introdujo el laudo de *Greentech* en el expediente (**CL-0116**) junto con sus comentarios al respecto. El 24 de mayo de 2019, el Demandado presentó sus propios comentarios sobre el laudo.
81. El 29 de mayo de 2019, el Demandado presentó en el expediente las decisiones emitidas en *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/20), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Quantum, 19 de febrero de 2019 (*'Cube'*) (**RL-0090**) y *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/14/11), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Quantum, 12 de marzo de 2019 (*'NextEra'*) (**RL-0091**) y presentó sus comentarios sobre aquellas decisiones.¹⁵ El 11 de junio de 2019, la Demandante presentó sus observaciones sobre dichas decisiones.

¹⁴ El Demandante se remitió a la Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Quantum emitida el 19 de febrero de 2019 en *Cube Infrastructure Fund SICAV y Otros c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/20); la Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Quantum emitida el 12 de marzo de 2019 en *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Reino de España* (Caso CIADI N° ARB/14/11); y la Decisión sobre la Objeción Jurisdiccional 'Intracomunitaria' emitida el 25 de febrero de 2019 en *Landesbank Baden-Württemberg y otros c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/45) (*'Landesbank'*).

¹⁵ El Demandado explicó que no estaba en condiciones de presentar la decisión de *Landesbank*, a la espera de una decisión de confidencialidad del tribunal en dicho caso.

82. El 18 de junio de 2019, la Demandante incluyó en el expediente el laudo del tribunal en el caso *9REN Holding S.à.r.l. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/15) de fecha 31 de mayo de 2019 (**'9REN'**) (**CL-0117**) y presentó sus observaciones sobre el laudo. El 2 de julio de 2019, el Demandado también incluyó en el expediente el laudo del tribunal en el caso *9REN* (**RL-0092**) junto con sus comentarios sobre el laudo.
83. El 22 de julio de 2019, la Demandante incluyó en el expediente el laudo del tribunal en *Cube*, de fecha 15 de julio de 2019¹⁶ (**CL-0119**) y solicitó que el Tribunal eximiera a las Partes de comentar el laudo porque 'se limita a poner en práctica las posiciones anteriores del Tribunal sobre las cuales las Partes ya han hecho comentarios.' La Demandante también presentó la Decisión sobre la Objeción Jurisdiccional 'Intracomunitaria' del tribunal *Landesbank*, de fecha 25 de febrero de 2019 (**CL-0118**), que se había hecho pública. La Demandante también solicitó al Tribunal aceptar dicha decisión sin ningún comentario de las Partes, ya que la única cuestión abordada es la validez del arbitraje intracomunitario en virtud del TCE.¹⁷
84. El 24 de julio de 2019, el Demandado informó de su intención de presentar observaciones sobre *Landesbank*.
85. El 9 de agosto de 2019, la Demandante solicitó que el Demandado presentara varios laudos emitidos en otros arbitrajes y que el Tribunal eximiera a las Partes de presentar comentarios sobre dichos laudos.
86. Tras posteriores intercambios entre las Partes sobre el asunto, el 23 de agosto de 2019, el Tribunal instruyó al Demandado y a la Demandante a comentar la decisión en el *Landesbank*. El Tribunal también informó a las Partes que habiendo recibido sus comentarios sobre la Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Quantum emitida por el tribunal en *Cube*, no vio la necesidad de los comentarios de las Partes sobre el laudo.¹⁸

¹⁶ **CL-0119**, *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. Reino de España* (Caso CIADI N° 15/20), Laudo, 15 de julio de 2019.

¹⁷ Comunicación de la Demandante del 22 de julio de 2019.

¹⁸ Comunicación del Tribunal del 23 de agosto de 2019.

87. El 27 de agosto de 2019 y el 2 de septiembre de 2019, el Demandado y el Demandante presentaron sus observaciones sobre *Landesbank*.
88. El 3 de octubre de 2019, la Demandante solicitó que el Tribunal ordenara al Demandado presentar el laudo del tribunal en el caso *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/36), de fecha 6 de septiembre de 2019 (*'OperaFund'*). El 7 de octubre de 2019, el Tribunal invitó al Demandado a presentar el laudo en el caso *OperaFund* e invitó a las Partes a presentar observaciones al respecto.
89. El 10 de octubre de 2019, el Demandado presentó el laudo en *OperaFund* (**RL-0093**) (opinión disidente presentada como **RL-0094**)¹⁹ junto con sus comentarios al respecto. La Demandante presentó sus comentarios el 23 de octubre de 2019.
90. El 9 de diciembre de 2019, la Demandante solicitó que el Tribunal ordenara al Demandado presentar la decisión del tribunal en *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH y BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/16), de fecha 2 de diciembre de 2019 (*'BayWa'*) y el laudo del tribunal en *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, y otros c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/1), de fecha 2 de diciembre de 2019 (*'Stadtwerke'*).
91. El 23 de diciembre de 2019, el Demandado presentó la decisión en *BayWa* (**RL-0095**) (opinión disidente presentada como **RL-0096**)²⁰ y el laudo en *Stadtwerke* (**RL-0097**) (opinión disidente presentada como **RL-0098**)²¹ junto con sus comentarios al respecto. El 9 de enero de 2020, la Demandante presentó sus comentarios sobre la decisión y el laudo. La Demandante también presentó el laudo del tribunal en el caso *SolEs Badajoz GmbH c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/38), de fecha 31 de julio de 2019 (*'SolEs'*) (**CL-0120**)²² y sugirió que no era necesario hacer más comentarios sobre el laudo y otras

¹⁹ **RL-0094**, *OperaFund*, Disidencia sobre Responsabilidad y Quantum por el Prof. Philippe Sands, Q.C., 13 de agosto de 2019.

²⁰ **RL-0096**, *BayWa*, Opinión Disidente del Dr. Horacio Grigera Naón (sin fecha).

²¹ **RL-0098**, *Stadtwerke*, Opinión Disidente del Prof. Kaj Hobér, 20 de noviembre de 2019.

²² **CL-0120**, *SolEs Badajoz GmbH c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/38), Laudo, 31 de julio de 2019.

decisiones. El 9 de marzo de 2020, el Demandado indicó que no se oponía a la sugerencia de la Demandante, pero añadió que deseaba presentar el laudo dictado en el caso *PV Investors c. Reino de España* con comentarios, a menos que el Tribunal decidiera lo contrario. El 10 de marzo de 2020, la Demandante respondió que no se oponía a que España presentara el laudo de *PV Investors c. España* al expediente, pero que no creía que se justificaran los comentarios de las Partes sobre el mismo. Por consiguiente, el 12 de marzo de 2020, el Tribunal admitió el laudo en el caso *SolEs c. España* y el laudo en el caso *PV Investors c. España*, sin formular comentarios, e invitó a España a presentar este último laudo como anexo legal numerado. España lo presentó el 13 de marzo de 2020.²³

92. El 17 de junio de 2020, el Demandado solicitó autorización para presentar sin observaciones la decisión sobre la *Solicitud de Anulación del Reino de España dictada el 11 de junio de 2020 en el Caso CIADI ARB/13/36 Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.á r.l. c. Reino de España*. La Demandante no se opuso a que esta decisión constara en el expediente. Por lo tanto, el Tribunal admitió la Decisión de Anulación en el expediente sin hacer comentarios. España presentó la Decisión el 25 de junio de 2020.²⁴
93. El 20 de octubre de 2020, el Demandado presentó la decisión en el caso *Cavalum SGPS, S.A. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/34), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Quantum, 31 de agosto de 2020 (*'Cavalum'*) (**RL-0102**)²⁵ (opinión disidente presentada como **RL-0103**)²⁶ junto con sus comentarios al respecto. El 3 de noviembre de 2020, la Demandante presentó sus comentarios.

²³ **RL-0099**, *PV Investors c. Reino de España* (Arbitraje CNUDMI, Caso CPA No. 2012-14) Laudo, 28 de febrero de 2020, con la opinión concurrente y disidente del Prof. Charles N. Brower, 28 de febrero de 2020 (**RL-0100**).

²⁴ **RL-0101**, Procedimiento de anulación entre Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.á r.l. (demandantes) y el Reino de España (solicitante-demandado) (Caso CIADI No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España, 11 de junio de 2020.

²⁵ **RL-0102**, *Cavalum SGPS, S.A. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/15/34), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Quantum, 31 de agosto de 2020.

²⁶ **RL-0103**, Opinión Disidente del Sr. David R. Haigh Q.C., 31 de agosto de 2020.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

94. Los antecedentes de hecho que figuran a continuación contienen un resumen de los hechos pertinentes, algunos de los cuales son objeto de controversia entre las Partes. Este resumen no pretende incluir todos los hechos presentados en este procedimiento y es sin perjuicio de todos los hechos del expediente considerados por el Tribunal.

A. EL SISTEMA ELÉCTRICO ESPAÑOL Y EL RÉGIMEN ESPECIAL

95. España caracteriza el sistema eléctrico español ('SEE') como 'un sistema económico, técnico y jurídico' que comprende 'un conjunto de actividades que tienen por objeto la garantía del suministro de energía eléctrica en el territorio español.'²⁷ El objetivo principal del SEE es asegurar que todos los consumidores tengan acceso a la electricidad en condiciones de igualdad y calidad, con una electricidad producida al menor costo posible, teniendo en cuenta la protección al medio ambiente.²⁸

96. España explica que la participación en el SEE está reglada en regulaciones, lo que debe entenderse teniendo en cuenta la jerarquía de las normas dentro del ordenamiento jurídico español. En orden descendente, éstas son: la Constitución, Leyes, Reales Decretos-Leyes, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales, sujetos a la distinción de que el derecho de la UE forma parte del sistema jurídico español y su aplicación está sujeta a la jurisdicción definitiva de los tribunales europeos.²⁹

97. La política de la UE en materia de energía y medio ambiente, alineada con el Protocolo de Kioto,³⁰ establece objetivos que España, como Estado miembro, debe cumplir.³¹ España sostiene que la Directiva 2001/77/CE³² reconoció la necesidad de proporcionar ayuda

²⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 245.

²⁸ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 271.

²⁹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 248-255.

³⁰ Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (adoptado el 11 de diciembre de 1997, entró en vigor el 16 de febrero de 2005) 2303 UNTS 162.

³¹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 304, 305.

³² **RL-0015**, Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 27 de octubre de 2001.

estatal a las energías renovables ('ER') de conformidad con las directrices comunitarias sobre ayudas estatales para la protección del medio ambiente.³³

98. En la interpretación de la Comisión Europea, dicha ayuda estatal tiene por objeto cubrir la diferencia entre el costo de producción de la energía y el precio de mercado, incluyendo un rendimiento justo del capital. Pero tal ayuda estatal no debe dar lugar a una remuneración excesiva.³⁴ La Demandante no concuerda con la referencia de España a la Directiva de 2001, que da la impresión de que el régimen establecido en el RD 2818/1998 (en virtud del cual la Demandante realizó parte de su inversión) estaba limitado en el tiempo ya que los incentivos financieros cesaban una vez que se alcanzaba una supuesta rentabilidad razonable.³⁵
99. La generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovable se reguló en la Ley 40/1994,³⁶ desarrollada por el RD 2366/1994,³⁷ de 9 de diciembre de 1994. Las Partes convienen en que la Ley 40/1994 estableció un sistema de dos niveles con un 'Régimen Ordinario' y un 'Régimen Especial' de retribución y que la Ley 54/1997,³⁸ promulgada en noviembre de 1997, mantuvo dicho sistema de dos niveles.³⁹ La Demandante explica que en este sistema, los Productores Especiales clasificados como 'ordinarios' estaban sujetos a un sistema de precios de libre mercado (obligados a vender su energía en el mercado a través de un sistema de *pooling*) y los Productores Especiales que calificaban para el Régimen Especial, incluyendo los Parques Eólicos, tenían derecho a recibir una remuneración adicional.⁴⁰ En particular, la Ley 54/1997, en su Artículo 30(4), establece

³³ La Directiva de 2001 fue sustituida por las Directrices Comunitarias sobre Ayudas Estatales para la Protección del Medio Ambiente 2008/C 82/01 (**R-0065**), Comisión Europea, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 1 de abril de 2008, que tiene un efecto similar.

³⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 311-314; **RL-0021**, Decisión Final de la Comisión C(2016) 7827, 28 Noviembre de 2016, en relación con el caso número SA.40171 en el Registro de Ayudas Estatales (2015/NN) – República Checa.

³⁵ Réplica de la Demandante, nota al pie 63, refiriéndose al Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 400, 402, 404.

³⁶ **R-0070**, Ley 40/1994 de regulación del Sistema Eléctrico Nacional, 30 de diciembre de 1994.

³⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 316, 343.

³⁸ **R-0003**, Ley 54/1997, sobre el sector eléctrico, 27 de noviembre de 1997.

³⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 41; Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 259.

⁴⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 41.

los criterios para la determinación de las primas ‘al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales.’⁴¹

100. España sostiene que el Régimen Especial, creado con el RD 2366/1994, se basa en el principio de rentabilidad razonable. Una tasa de rentabilidad razonable implica recibir ingresos suficientes para recuperar los costos de inversión, los costos de explotación y obtener una rentabilidad conforme a los criterios de mercado. La metodología consiste en: (i) una instalación tipo, reconociendo y reconstruyendo una estructura económica operativa, identificando los costos de inversión, operación y mantenimiento según criterios de mercado y con la actuación de un ‘inversor diligente’ y (ii) estableciendo un objetivo de rentabilidad económica para un período de tiempo determinado, que sea dinámico, equilibrado y proporcionado, de acuerdo con el mercado de capitales. Este objetivo debe alcanzarse mediante la suma de a) el precio de mercado y b) los subsidios. España afirma que ha utilizado históricamente esta metodología en sus Planes de Fomento de las Energías Renovables (‘**PFER**’) de 1986,⁴² 1989,⁴³ 2000-2010⁴⁴ y 2005-2010.⁴⁵
101. España explica que hasta 1997, el SEE era un sistema regulado, en el que el gobierno establecía el precio de la electricidad e indemnizaba a los productores de electricidad por los costos de generación, transmisión y distribución. La Ley 54/1997 comenzó a desregular el SEE como resultado de los requisitos de la UE para fomentar la competencia y la eficiencia del sector eléctrico.⁴⁶
102. España sostiene que el Tribunal debiese analizar los cambios introducidos en el SEE teniendo en cuenta el principio de sustentabilidad económica. Dicho principio justifica la

⁴¹ **C-0004** o **R-0003**, Ley 54/1997, Art. 30(4). La Demandante y el Demandado se basaron en la misma traducción al inglés de la Ley 54/1997, tomada de una publicación de 2008 de la Comisión Nacional de Energía. El Tribunal también utiliza dicha traducción, y señala que la traducción corresponde a la Ley 54/1997, modificada por la Ley 17/2007 de 4 de julio de 2007 y el Real Decreto 7/2006 de 23 de junio de 2006. En lo que respecta al Art. 30(4) sobre la determinación de las primas, el texto “tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales” (presente también en la versión de la Ley 54/1997 publicada en el Boletín Oficial del Estado el 28 de noviembre de 1997) permaneció hasta el reemplazo del Art. 30(4) por el RD-Ley 9/2013.

⁴² **W-R-0260**, PFER 1986.

⁴³ **R-0083**, PFER 1989.

⁴⁴ **R-0118**, PFER 2000-2010.

⁴⁵ **R-0119**, PFER 2005-2010; Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 335-346.

⁴⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 256-261.

intervención regulatoria en los ingresos y costos del SEE, incluidos los costos de subvencionar las ER.⁴⁷ Sin embargo, esta intervención se limita a garantizar a los productores de ER una rentabilidad razonable en función del costo del dinero en el mercado de capitales, de conformidad con el Artículo 30(4) de la Ley 54/1997.⁴⁸ Dicha rentabilidad, según España, estaba ligada a los costos de construcción y operación de las plantas.⁴⁹

103. El significado de la norma de ‘tasas de rentabilidad razonables’ (o lo que España en sus escritos llama ‘tasa de rentabilidad razonable’) en la Ley 54/1997 y su posterior reglamentación es un importante punto de controversia. La Demandante no está de acuerdo con la afirmación de España de que la inclusión de la expresión ‘rentabilidad razonable’ en el Artículo 30(4) de la Ley 54/1997 tenga el significado que España desea atribuirle ahora, es decir, que los incentivos para las instalaciones existentes siempre estuvieron sujetos a un tope indefinido para mantenerlos coherentes con dicha expresión. Para la Demandante, la garantía de una tasa de rentabilidad razonable significa asegurar unos niveles mínimos de rentabilidad, no que ésta se limite.⁵⁰
104. La Demandante señala que años más tarde, cuando España utilizó la expresión ‘tasa de rentabilidad razonable’ en un reglamento de implementación, a saber, en el Artículo 44(3) del Real Decreto 661/2007 (‘**RD 661/2007**’)⁵¹ que regulaba las condiciones de actualización y revisión de los incentivos disponibles para los procedimientos especiales, dicha disposición aclaraba expresamente que las revisiones no se aplicarían a las instalaciones existentes:

3. Durante el año 2010, a la vista del resultado de los informes de seguimiento sobre el grado de cumplimiento del Plan de Energías Renovables (PER) 2005-2010 y de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España (E4), así como de los nuevos objetivos que se incluyan en el siguiente Plan de Energías Renovables para el período 2011-2020, se procederá a la revisión de las tarifas, primas, complementos y límites inferior y superior

⁴⁷ Dúplica del Demandado, ¶ 188.

⁴⁸ Dúplica del Demandado, ¶¶ 185-188.

⁴⁹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 388(c).

⁵⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 69, ll 8-14 (Sr. Lingard).

⁵¹ **R-0101** o **C-0008**, Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, por el que se regula la producción de energía eléctrica en régimen especial.

definidos en este real decreto, atendiendo a los costos asociados a cada una de estas tecnologías, al grado de participación del régimen especial en la cobertura de la demanda y a su incidencia en la gestión técnica y económica del sistema, garantizando siempre unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al costo del dinero en el mercado de capitales. Cada cuatro años, a partir de entonces, se realizará una nueva revisión manteniendo los criterios anteriores.

Las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión.⁵²

105. Para la Demandante, la inclusión de lo que caracteriza como ‘cláusula de estabilización’ en el Artículo 44(3) del RD 661/2007 inmediatamente después de la discusión sobre la garantía de tasas de rentabilidad razonables en función del costo del dinero en los mercados de capitales, se explica por el hecho de que si España hubiera establecido en la Ley 54/1997 que las inversiones globales estaban sujetas a un límite máximo indefinido de rentabilidad de las inversiones, España simplemente no habría atraído la inversión que esperaba atraer. La Demandante no habría invertido en España, y mucho menos expandido su inversión a lo largo de los años.⁵³
106. La Demandante también apoya su postura sobre el significado de ‘tasa de rentabilidad razonable’ refiriéndose al texto del Artículo 36 del RD 661/2007, que regula la relación entre la retribución a percibir y el paso del tiempo. La Demandante señala que la tarifa regulada se mantendría en un nivel durante 15 años y luego se reduciría, pero seguiría estando disponible ‘a partir de entonces.’ El uso de la palabra ‘a partir de entonces’, según la Demandante, significa un período indefinido, sin ninguna indicación de que los incentivos se limitarían una vez que la instalación hubiera alcanzado una tasa de retorno objetivo.⁵⁴

⁵² Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 68, ll 21-22 – p. 69, ll 1-16 (Sr. Lingard); p. 50, citando a **C-0008** (o **R-0101**), RD 661/2007, Art. 44(3).

⁵³ Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 70, ll 20-22 – p. 71, ll 1-4 (Sr. Lingard).

⁵⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 68, ll 10-20 (Sr. Lingard); Réplica de la Demandada ¶ 246.

107. En diciembre de 1998, España promulgó el RD 2818/1998 que implementó la Ley 54/1997. En virtud del Artículo 18 del RD 2818/1998, los Productores Especiales tenían derecho, entre otras cosas, a:

Transferir al sistema a través de la compañía distribuidora de electricidad su producción o excedentes de energía eléctrica, siempre que técnicamente sea posible su absorción por la red y percibir por ello el precio de mercado mayorista más los incentivos previstos en el régimen económico de este Real Decreto.⁵⁵

108. El RD 2818/1998, al igual que el RD 2366/1994, dispuso que los productores del Régimen Ordinario y el Régimen Especial se inscribieran en un registro administrativo, denominado posteriormente Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Electricidad ('RAIPRE').⁵⁶ Las Partes discrepan sobre las consecuencias jurídicas de la inscripción. España sostiene que la creación del RAIPRE muestra la intención del regulador de vigilar el cumplimiento de los objetivos establecidos en las centrales energéticas españolas.⁵⁷ La Demandante alega que la inscripción en el RAIPRE da derecho a los Productores Especiales a determinados incentivos, tal y como se establece en el Artículo 23 del RD 2818/1998, sujeto a modificación cada cuatro años en base a criterios definidos.⁵⁸
109. En particular, el RD 2818/1998 establece una tarifa *feed-in* ('FIT') a ser calculada utilizando los precios de mercado como base con una prima a ser añadida. La prima para las instalaciones de energía eólica con menos de 50 MW de capacidad instalada era de 5,26 pesetas por kWh, que, sumado al precio de mercado, sería el precio que podrían recibir los Productores Especiales. A los Productores Especiales también se les dio la opción de recibir una tarifa fija de 11,02 pesetas por kWh. Como se ha señalado, las primas se revisarían cada cuatro años.
110. Los criterios enumerados que se aplicarían en el examen cuatrienal de las primas no incluían 'un límite cuantitativo para el monto de retribución que podía percibir una

⁵⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 43, citando CL-0005, RD 2818/1998, Art. 18.

⁵⁶ Memorial de Contestación del Demandando, ¶¶ 406-408, refiriéndose a R-0101, RD 661/2007, que introdujo el acrónimo.

⁵⁷ Memorial de Contestación del Demandando, ¶¶ 406, 408.

⁵⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 57.

instalación.’⁵⁹ España sostiene, sin embargo, que, al estar las primas sujetas a revisión, ‘ningún inversor podía acometer una inversión confiando en la petrificación del régimen retributivo establecido en el RD 2818/1998.’⁶⁰

111. En 1999 España aprobó el PFER 2000-2010,⁶¹ el cual estableció las condiciones económicas y las metodologías para determinar la remuneración del Régimen Especial. El Plan definió ‘instalaciones tipo’ para cada tecnología de ER diferentes. Cada instalación tipo estaba sujeta a normas de costos de inversión, costos de operación, vida útil, horas de producción recompensadas y precio de mercado. El Demandado sostiene que, aplicando esa metodología, una instalación tipo alcanzaría dentro de su vida útil una tasa de rentabilidad razonable, de acuerdo con el costo del dinero en el mercado de capitales.⁶²
112. En 2002, España promulgó el RD 1432/2002.⁶³ Según la Demandante, en el preámbulo del RD 1432/2002 se reconoce expresamente la importancia de ‘enviar señales de estabilidad’ a los posibles inversores.⁶⁴ España explica que la tarifa o la prima y el incentivo, según el caso, consistían en un múltiplo de la tarifa media o de referencia (‘**TMR**’). La TMR, o lo que la Demandante describe como ‘tarifa de referencia’ se definió en el RD 1432/2002.⁶⁵ El Artículo 4 del RD 1432/2002 disponía que la tarifa de referencia se calculase según una fórmula que tuviera en cuenta diversos costos y consideraciones. Para la Demandante, la relevancia del RD 1432/2002 consistió en que estabilizaba el cálculo de los incentivos del Régimen Especial anclándolos a la TMR o ‘tarifa de referencia.’⁶⁶
113. En 2004, España promulgó el RD 436/2004.⁶⁷ El Artículo 22 de dicho RD otorgaba a los Productores Especiales la opción de (i) vender electricidad de ER a una tarifa regulada o (ii) vender electricidad de ER a precio de mercado, recibiendo el precio del pool y una

⁵⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 62.

⁶⁰ Memorial de Contestación del Demandando, ¶ 411.

⁶¹ **R-0118**, Plan de Fomento de las Energías Renovables 2000-2010.

⁶² Memorial de Contestación del Demandando, ¶¶ 412-420.

⁶³ **C-0006** o **R-0099**, RD 1432/2002, del 27 December de 2002.

⁶⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 105, citando **C-0006** (o **R-0099**), RD 1432/2002, Preámbulo.

⁶⁵ Memorial de Contestación del Demandando, ¶¶ 427, 455.

⁶⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 61, ll 3-17 (Sr. Lingard).

⁶⁷ **C-0007**, RD 436/2004, del 12 de marzo de 2004.

prima adicional y un incentivo por cada venta. En el caso de las instalaciones de energía eólica con una capacidad instalada superior a 5 MW, la prima y el incentivo se fijaron en un 40% y un 10%, respectivamente. La Demandante describe el RD 436/2004 como ‘una mejora adicional del sistema de retribución de las instalaciones [de ER].’⁶⁸

114. España sostiene que, con sujeción al principio de sustentabilidad económica y rentabilidad razonable, el RD 436/2004 derogó el RD 2818/1998 para alcanzar los objetivos del PFER en 2011.⁶⁹ En consecuencia, el RD 436/2004 fijó los subsidios utilizando la metodología de cálculo establecida en el PFER para conceder a los productores una tasa de rentabilidad razonable con referencia a una instalación tipo, pero no concedió una rentabilidad indeterminada.⁷⁰ La Demandante no comparte esta lectura del RD 436/2004, ya que su preámbulo ‘*garantiza* a los titulares de instalaciones en régimen especial una retribución razonable para sus inversiones.’⁷¹ En opinión de la Demandante ‘no tendría sentido describir la “retribución razonable” como “garantía” si, de hecho, hubiera sido un límite superior.’⁷²
115. En virtud del RD 436/2004, los productores de energía eólica podían elegir anualmente entre: (i) una tarifa fija calculada como un porcentaje de la TMR (**‘Tarifa Fija’**) y (ii) el precio del pool más una prima y un incentivo (**‘Opción Prima’**). Además, España explica que la prima que se daba a las instalaciones de ER en virtud del RD 436/2004 era un porcentaje de la TMR. Esto significaba que, si la potencia instalada aumentaba, los costos asociados a la producción de ER sujetas al Régimen Especial se incrementaban también. Esto provocó un aumento de la TMR,⁷³ lo que a su vez provocó un aumento de los costos de producción del Régimen Especial, ya que las tarifas y primas eran un porcentaje de la TMR. Por consiguiente, el RD 436/2004 ‘provocó efectos adversos para la sostenibilidad económica del SEE.’⁷⁴ Entre otros factores, el aumento de los precios del petróleo provocó

⁶⁸ Solicitud de Arbitraje, ¶ 16 [Traducción del Tribunal]; Memorial de la Demandante, ¶ 45.

⁶⁹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 420, 421.

⁷⁰ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 421(b), 423.

⁷¹ Réplica de la Demandante, ¶ 68, citando **C-0007**, RD 436/2004, preambular ¶ 7 (énfasis añadido por la Demandante).

⁷² Réplica de la Demandante, ¶ 68.

⁷³ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 455, citando la Declaración Testimonial del Sr. Ayuso, ¶¶ 32-37.

⁷⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 454.

un aumento del precio de la energía de hasta 50-60 euros/MW. Esto llevó a una situación en la que la mayoría de las instalaciones optaron por una retribución acorde con el precio de mercado más una prima, obteniendo rentabilidades mucho más altas que las previstos por el regulador.⁷⁵ Esta situación llevó a la aprobación del RD-Ley 7/2006, en cuyo preámbulo se destacaba la ineficiencia del sistema de retribución entonces vigente.⁷⁶

116. En 2005, España revisó el PFER adoptando el PFER 2005-2010, en el que se utilizó la misma metodología que el PFER (con referencia a las instalaciones tipo) para calcular los subsidios necesarios para cubrir los costos de inversión y operación y para alcanzar una rentabilidad del proyecto cercano al 7% antes de impuestos a través de una vida útil de 20 años para los parques eólicos.⁷⁷ España sostiene que el sector de las ER era consciente de los límites de rentabilidad establecidos por esta metodología.⁷⁸
117. En 2007, España promulgó el RD 661/2007, por el que se aplica el RD-Ley 7/2006. La Demandante caracteriza el RD 661/2007 como la actualización definitiva del Régimen Especial ante las Medidas Impugnadas.⁷⁹ España lo caracteriza como una medida ‘para eliminar el efecto perverso que el anterior sistema, basado en la TMR, producía para la sostenibilidad económica del SEE.’⁸⁰
118. Conforme al Artículo 24 del RD 661/2007, los Productores Especiales podían vender su energía en el mercado de pool y recibir una prima adicional, o podían optar por recibir una tarifa fija regulada. Los incentivos disponibles para los productores de energía eólica se actualizarían anualmente de acuerdo con el índice nacional de precios al consumo (‘IPC’),⁸¹ en lugar de la TMR.⁸² El Artículo 27(2) establece una ‘prima de referencia’ a la

⁷⁵ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 458.

⁷⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 459.

⁷⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 452; Dúplica del Demandado, ¶ 355.

⁷⁸ Dúplica del Demandado, ¶ 358.

⁷⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 69.

⁸⁰ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 473.

⁸¹ Memorial de la Demandante, ¶¶ 46, 116.

⁸² Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 474.

que se sujetarían las primas a determinar, de manera que las primas futuras se situarían dentro de un rango predefinido, dependiendo del tipo de instalación en cuestión.⁸³

119. España explica que, para las tecnologías eólicas, la Disposición Transitoria Primera del RD 661/2007 estableció un período transitorio hasta el 31 de diciembre de 2012. Es decir, los parques eólicos que habían optado por vender la electricidad a precio de mercado más una prima en virtud del RD 436/2005 seguirían recibiendo primas por dicha vía hasta el 31 de diciembre de 2012, pero con primas no actualizadas después de 2006 (porque el RD-Ley 7/2006 congeló la actualización de las primas en virtud de la TMR). A partir de entonces, estarían sujetas al RD 661/2007.⁸⁴

B. DECISIÓN DE INVERTIR DE LA DEMANDANTE

120. La Demandante comenzó su desarrollo e inversión en la ER de España en 1997, como una de las divisiones empresariales de la Tomen Corporation (**‘Tomen’**), ahora Toyota Tsusho Corporation.⁸⁵ La Demandante, Eurus Japan, es la sucursal de negocios de energía de Tomen. Eurus Japan es propiedad en un 60% de Toyota Tsusho Corporation y en un 40% de Tokyo Electric Power Company Holdings, Inc. (**‘TEPCO’**).⁸⁶
121. La inversión de la Demandante en España consiste en acciones en 13 EFE,⁸⁷ poseídas indirectamente a través de su filial de propiedad exclusiva, Eurus Europe. Estas EFE a su vez poseen y operan 21 proyectos eólicos diferentes en Galicia y Asturias:
- **Eos Pax IIA SL** (proyectos Paxareiras I y IIA, ambos aprobados el 7 de marzo de 1997),
 - **Parque Eólico de Barbanza SA** (proyecto Barbanza, aprobado el 7 de marzo de 1997),

⁸³ Memorial de la Demandante, ¶ 46.

⁸⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 477, 478.

⁸⁵ En su Memorial, la Demandante relata que, en 1992, cuando Eurus todavía formaba parte del negocio de energía de Tomen, Tomen se asoció con SeaWest España, la filial española de SeaWest, una empresa estadounidense especializada en energía eólica. Tomen y SeaWest España se propusieron explorar la industria eólica española con especial atención a los emplazamientos de Galicia y Asturias. Ver Memorial de la Demandante, ¶¶ 49, 50, 54.

⁸⁶ Memorial de la Demandante, ¶¶ 3, 19.

⁸⁷ Memorial de la Demandante, Apéndice II.

- **Parque Eólico de Vicedo SL** (proyecto Vicedo, aprobado el 5 de septiembre de 1997),
- **Parque Eólico de A Ruña SL** (proyecto Paxareiras II F, aprobado el 17 de julio de 1998),
- **Parque Eólico de Virxe do Monte SL** (proyecto Paxareiras II C, aprobado el 17 de julio de 1998),
- **Parque Eólico de Ameixenda Filgueira SL** (Paxareiras II D & E, aprobado el 10 de agosto de 2000),
- **Parque Eólico de Adraño SL** (proyecto Paxareiras II B, aprobado el 9 de mayo de 2001),
- **Parque Eólico de Currás SL** (Paxareiras II F+, aprobado el 9 de mayo de 2001),
- **Parque Eólico de la Bobia y San Isidro SL** (proyecto BSI, aprobado el 25 de julio de 2001),
- **Parque Eólico de Deva SL** (proyecto Deva, aprobado el 18 de febrero de 2002),
- **Parque Eólico de Tea SL** (proyecto Tea, aprobado el 18 de febrero de 2002),
- **Parques Eólicos de Buio SL** (proyectos Buio, Rioboo, Gamoide, todos aprobados el 25 de febrero de 2005, proyectos Fonteavia y Bidueiros, ambos aprobados el 26 December 2005), y
- **Parque Eólico de Abara SL** (proyectos Alto de Abara, aprobado el 24 de mayo de 2006, y Grallas, aprobado el 22 de febrero de 2008).

La participación indirecta de la Demandante en las EFE se comparte con el conglomerado español Acciona S.A. (**‘Acciona’**).⁸⁸

122. Aunque la energía eólica ofrece algunos beneficios en comparación con los métodos de generación de energía a partir de combustibles fósiles, la energía eólica es cara de producir debido a sus considerables costos de construcción.⁸⁹ Por ello, según la Demandante, gobiernos como el español han ofrecido a menudo incentivos para hacer de la energía eólica

⁸⁸ Memorial de la Demandante, ¶¶ 21, 22.

⁸⁹ Memorial de la Demandante, ¶¶ 30-32.

una opción de inversión competitiva para los productores de energía. Las FIT permiten a los productores de energía recibir un pago por la energía generada, teniendo en cuenta los costos del productor, y no sólo el precio de mercado de la electricidad. Las FIT permiten que los métodos de producción de energía con costos más elevados, como la energía eólica, logren una rentabilidad previsible y estable.⁹⁰ La Demandante sostiene que los incentivos especiales de España, incluyendo las FIT, fueron la razón principal por la que la Demandante invirtió en España.⁹¹

123. La Demandante explica que, en el proceso de realizar y ampliar su inversión en España, siguió protocolos internos llamados en japonés el sistema *ringi*, materializados en un documento integral llamado *ringi-sho*, para evaluar las posibles oportunidades de inversión y decidir si proceder con ellas. La Demandante siguió el sistema *ringi* antes de comprometerse a invertir en todos sus parques eólicos en España, y también consultó a asesores financieros externos.⁹²
124. En 1994, España promulgó la Ley 40/1994, desarrollada por el RD 2366/1994, por la que se creó un Régimen Especial para los productores de ER, en el que se adoptaron niveles de tarifas diferenciadas que tuvieron en cuenta las condiciones específicas de los productores de ER.⁹³
125. En 1995, el Ministerio de Industria y Comercio de Galicia (**'Xunta'**) publicó un plan para permitir el desarrollo de 2.550 MW de energía eólica en Galicia. Galicia convocó a los inversores interesados a presentar planes de desarrollo. En enero de 1996, Galicia aprobó el plan de desarrollo presentado por SeaWest España, que había establecido su intención de asociarse con Tomen.⁹⁴
126. En marzo de 1996, el entonces presidente de la Xunta visitó Japón, donde se reunió con representantes de Tomen en la Embajada de España en Tokio. En su declaración

⁹⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 33.

⁹¹ Memorial de la Demandante, ¶ 34.

⁹² Memorial de la Demandante, ¶¶ 24-26.

⁹³ Memorial de la Demandante, ¶ 55.

⁹⁴ Memorial de la Demandante, ¶¶ 56-59.

testimonial, el Sr. Matsuoka afirma que el presidente de la Xunta garantizó que Galicia apoyaría activamente la inversión en energía eólica.⁹⁵ Las Partes discrepan sobre el valor que se debe dar a las supuestas garantías del presidente de la Xunta. España argumenta que este funcionario, como representante de una Comunidad Autónoma, no tenía competencia para crear obligaciones de España en relación con el SES.⁹⁶

127. En julio de 1996, Tomen y SeaWest España celebraron un Acuerdo de Desarrollo Conjunto para llevar a cabo sus negocios en España a través de la empresa conjunta EuroVento SL (**'EuroVento'**).
128. En febrero de 1997, la Xunta concedió la condición de Productor Especial a EuroVento para su primer proyecto en el marco del plan de desarrollo. Este rango habilitó a EuroVento para recibir los beneficios del Régimen Especial. En marzo de 1997, la Xunta concedió la autorización administrativa para el proyecto de EuroVento. En mayo de 1997, los asesores financieros encargados por SeaWest España y Tomen emitieron un memorando financiero preliminar para atraer la financiación del proyecto. En el memorando se exponía la opinión independiente de los asesores sobre el Régimen Especial, y se afirmaba que 'es muy improbable que en un futuro próximo se produzca un cambio adverso importante en la política del Gobierno en materia de energía renovable en general, y de energía eólica en particular.'⁹⁷
129. La Demandante afirma que el Régimen Especial fue la razón principal para que Tomen decidiera invertir en España, con la expectativa de que los compromisos de España con la promoción de las ER fueran fiables y duraderos. La Demandante señala además que, incluso si España modificase el Régimen Especial, la Demandante esperaba que dichos cambios no afectasen retroactivamente a las plantas de energía eólica existentes.⁹⁸ En

⁹⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 62.

⁹⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1020-1023.

⁹⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 67, citando C-0045, Primer Memorando Babcock, mayo 1997, ¶ 11.7. [Traducción del Tribunal]

⁹⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 69.

marzo de 1997, Tomen decidió invertir en España, en lo que se convirtió en las instalaciones eólicas Paxareiras I y II A.⁹⁹

130. Entre 1997 y 2008, la Demandante realizó una serie de inversiones en parques eólicos españoles, en cada caso a través de Eurus Europe.¹⁰⁰ En todos los casos, excepto en dos, la participación de Eurus en las EFE en funcionamiento fue del 50%; en uno fue del 12,5%; en otro, del 48,5%. Estas inversiones fueron aprobadas y realizadas al amparo de sucesivas leyes españolas (Ley 40/1994, sustituida por la Ley 54/1997) y Reales Decretos (RD 2366/1994; RD 2818/1998; RD 436/2004; y RD 661/2007). Las Partes discuten el impacto de estos diversos cambios, y el Tribunal volverá a tratar esta cuestión a su debido tiempo. Pero a pesar de estas fluctuaciones, el Régimen Especial instituido por estas leyes y decretos mantuvo el carácter de un sistema en el que la retribución de los productores de energías renovables incluía un subsidio sobre el precio de mercado.
131. Sin embargo, a partir de 2005, el SEE comenzó a mostrar un déficit creciente, incrementándose sustancialmente con el tiempo. En 2013, el déficit acumulado era de casi EUR 30.000 millones.¹⁰¹ Las Partes discrepan sobre las causas del déficit. El demandado considera que la principal causa del déficit fue el alcance de los subsidios pagaderos a los productores en el marco del Régimen Especial. La Demandante sostiene que la causa principal fue la reticencia de España a transferir a los consumidores el costo total del sistema. Independientemente de las causas, el déficit acumulado y otros factores llevarían en 2012-2014 a un cambio significativo de la política española en relación con el cálculo de los subsidios.¹⁰²
132. Lo que la Demandante describe como ‘precursor temporal’ de esta revisión fue el RD 1614/2010, que impuso límites de producción y redujo temporalmente los incentivos para, entre otras cosas, las instalaciones de energía eólica.¹⁰³ En virtud del Artículo 2 del RD

⁹⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 70.

¹⁰⁰ Memorial de la Demandante, ¶¶ 65-123; Memorial de la Demandante, Apéndice II.

¹⁰¹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 898.

¹⁰² Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 541-560; 590; 682-707; Dúplica del Demandado, ¶ 495; Memorial de la Demandante, ¶¶ 127-139; Réplica de la Demandante, ¶¶ 262-266.

¹⁰³ Memorial de la Demandante, ¶ 126, citando C-0010, RD 1614/2010, Art. 2.

1614/2010, la energía producida por encima de los límites especificados no reuniría las condiciones para recibir incentivos financieros. En la parte pertinente, el Artículo 2(4) establecía:

4. Para las instalaciones de tecnología eólica en tierra el número de horas equivalentes de referencia será de 2.589 horas/año cuando en un año natural, la media de horas de funcionamiento anual de la totalidad de las instalaciones de tecnología eólica en tierra con inscripción definitiva, sin considerar aquellas que hubieran sido objeto de una modificación sustancial con fecha posterior a la entrada en vigor del presente real decreto, supere las 2.350 horas/año.

Para las instalaciones inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente de la Dirección General de Política Energética y Minas a fecha 7 de mayo de 2009 [...] los valores de referencia de horas equivalentes anuales, 2.350 y 2.589 horas/año, no serán revisables durante su vida operativa.

133. España explica que el RD 1614/2010 se adoptó para garantizar la sostenibilidad económica del SEE y resolver determinadas ineficiencias en relación con la energía eólica y otras tecnologías, tal y como se recoge en su preámbulo.¹⁰⁴ En opinión de España, esto demostraba que los productores de ER estaban conscientes de que la sostenibilidad económica del SEE podía provocar cambios que afectaran a las instalaciones existentes. Además, las asociaciones del sector energético habían instado a que se adoptaran medidas para reformar el Régimen Especial.¹⁰⁵
134. Según la Demandante, el RD 1614/2010 no produjo efectos considerables en su inversión.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 622, citando **R-0105**, RD 1614/2010, Preámbulo.

¹⁰⁵ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 621, 622.

¹⁰⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 126.

C. LAS MEDIDAS IMPUGNADAS

135. Entre 2012 y 2014, España promulgó lo que la Demandante define como las ‘Medidas Impugnadas’, que, según la Demandante, reformaron drásticamente el Régimen Especial, en contravención de los Artículos 10 y 13 del TCE.¹⁰⁷

(1) Ley 15/2012

136. En 2012, España promulgó la Ley 15/2012.¹⁰⁸ El Artículo 8 de dicha ley introdujo un impuesto ambiental del 7% (‘IVPEE’) sobre la producción de energía, aplicable a todos los generadores de energía, incluyendo, pero no limitado a los productores de energía renovable. Las Partes discrepan en cuanto a la calificación del IVPEE. España lo considera una medida de fiscalización interna, en el sentido del Artículo 21 del TCE, de aplicación general tanto a los productores ordinarios como a los de ER, con el fin de aumentar los ingresos estatales.¹⁰⁹ La Demandante lo ve como un recorte tarifario disfrazado que afecta particularmente a los productores de ER, y argumenta que no fue un impuesto de buena fe.¹¹⁰

137. La Ley 15/2012 permitió a los productores de energía ordinaria fijar sus propios precios al vender la energía en el mercado del pool, permitiéndoles trasladar el costo del impuesto del 7% a los compradores (consumidores). Pero la Ley 15/2012 exigió a los productores de ER vender al pool a un precio cero y luego recibir una retribución mediante una fórmula regulada, basada en el precio medio de mercado y una tarifa regulada. Según esta fórmula, la tarifa regulada disminuye a medida que aumenta el precio medio de mercado del pool, es decir, la retribución a los productores de ER no aumenta si el precio medio del pool aumenta.¹¹¹

¹⁰⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 77. Ver también **CE-1**, Primer Informe Regulatorio de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶ 3.

¹⁰⁸ **C-0012**, Ley 15/2012, del 27 de diciembre de 2012.

¹⁰⁹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 691, 692; Dúplica del Demandado, ¶¶ 102-164.

¹¹⁰ Réplica de la Demandante, ¶¶ 150-166.

¹¹¹ Memorial de la Demandante, ¶ 128, aludiendo a **C-0019**, Reglas de Funcionamiento de los Mercados, 9 de mayo de 2014, Art. 39.4.4.

(2) RD-Ley 2/2013

138. En febrero de 2013, España promulgó el RD-Ley 2/2013¹¹² que elimina el pago de primas, dejando a los productores de ER sólo la opción de tarifa regulada. El RD-Ley 2/2013 también introdujo un IPC reajustado antes de impuestos, que no tomó en cuenta los aumentos de impuestos ni el costo de los productos energéticos y los precios de los alimentos.¹¹³ España sostiene que los cambios metodológicos introducidos por el RD-Ley 2/2013 tuvieron como objetivo evitar distorsiones no relacionadas con la economía en el IPC y fueron avalados por las normas y criterios de la UE.¹¹⁴

(3) RD-Ley 9/2013

139. En julio de 2013, España promulgó el RD-Ley 9/2013,¹¹⁵ que sustituyó el sistema de incentivos, basado en niveles de apoyo financiero por MWh producido, por un sistema de retribución basado en: (i) retornos objetivo antes de impuestos basados en la rentabilidad media de los bonos del Tesoro español a 10 años y (ii) costos, ingresos e inversión de una instalación eficiente y bien gestionada. Este sistema de retribución se revisaría cada 6 años. El RD-Ley 9/2013 modificó el Artículo 30(4) de la Ley 54/1997, para regular la indemnización de una ‘instalación eficiente y bien gestionada’ para obtener una ‘rentabilidad razonable.’¹¹⁶

(4) Ley 24/2013

140. En diciembre de 2013, España promulgó la Ley 24/2013,¹¹⁷ que derogó la Ley 54/1997 (salvo algunas disposiciones), y suprimió la distinción entre el Régimen Ordinario y el Régimen Especial. La Demandante alega que al derogar el marco jurídico en el que funcionaban todas las instalaciones de ER y eliminar el sistema de dos niveles, se suprimió el Régimen Especial.¹¹⁸

¹¹² **C-0014**, Real Decreto-Ley 2/2013, 1 de febrero de 2013.

¹¹³ Memorial de la Demandante, ¶ 130.

¹¹⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 698.

¹¹⁵ **C-0015**, Real Decreto-Ley 9/2013, del 12 de julio de 2013.

¹¹⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 131, citando a **C-0015**, RD-Ley 9/2013, Art. 1(2).

¹¹⁷ **C-0016**, Ley 24/2013 del 26 de diciembre de 2013.

¹¹⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 81.

(5) RD 413/2014 y Orden IET/1045/2014

141. En junio de 2014, España promulgó el RD 413/2014,¹¹⁹ que establece una metodología para alcanzar los nuevos niveles de apoyo financiero disponibles para los productores de ER. La Orden IET/1045/2014 puso en práctica dicha metodología, estableciendo parámetros multivariantes para calcular los niveles de apoyo financiero a la producción de ER.¹²⁰ El objetivo de rentabilidad antes de impuestos mencionado anteriormente se fijó en un 7,398% para los seis primeros años del Nuevo Régimen.¹²¹
142. Conforme al RD 413/2014, los parques eólicos estaban limitados a una retribución específica que consistía en: (i) una retribución basada en los MW de capacidad instalada y (ii) una retribución basada en los MWh además del precio del pool.¹²² Cada instalación existente debía clasificarse por tipo según su tecnología, capacidad instalada, antigüedad y sistema eléctrico.¹²³ La retribución específica anual dependería del número de horas de funcionamiento anual asignadas a cada tipo de instalación.¹²⁴ La retribución que dependía de la capacidad instalada no se basaba en los gastos de inversión inicial, sino en el valor supuesto de la inversión inicial realizada para una instalación tipo de dicha índole.¹²⁵

D. LAS MEDIDAS IMPUGNADAS Y DECISIONES DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

143. A partir de 2005, el Tribunal Supremo de España emitió una serie de decisiones sobre los recursos presentados contra numerosos reales decretos que modificaban las características del Régimen Especial. España sostiene que el Tribunal Supremo es el máximo intérprete

¹¹⁹ **C-0017**, Real Decreto 413/2014, del 6 de junio de 2014.

¹²⁰ **C-0018**, Orden IET/1045/2014 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de España, del 16 June de 2014. Esta Orden fue actualizada el 12 de agosto 2014.

¹²¹ Memorial de la Demandante, ¶ 135, refiriéndose a **C-0015**, RD-Ley 9/2013, Disposición Adicional Segunda; **C-0016**, Ley 24/2013, Disposición Final Primera.

¹²² Memorial de la Demandante, ¶ 136, refiriéndose a **C-0017**, RD 413/2014, Art. 11(6); **C-0018**, Orden IET/1045/2014 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo de España, Arts. 3, 5.

¹²³ Memorial de la Demandante, ¶ 137, refiriéndose a **C-0017**, RD 413/2014, Art. 13.

¹²⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 137.

¹²⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 138 refiriéndose a **C-0017**, RD 413/2014, Art. 21(3).

del sistema jurídico español y ningún inversor diligente podría ignorar su jurisprudencia.¹²⁶ En sus presentaciones, España se basó frecuentemente, entre otras cosas, en:

- Sentencia de 15 de diciembre de 2005,¹²⁷ por la que se desestimó el recurso interpuesto por una asociación de productores de ER contra el RD 436/2004, por no prever un mecanismo de actualización de la Tarifa Fija. El Tribunal consideró que no había impedimentos legales para que el Gobierno, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, modificara el sistema de indemnización, siempre que se mantuviera dentro del marco establecido en la Ley.
- Sentencia de 25 de octubre de 2006,¹²⁸ por la que se desestimó la apelación interpuesta contra las modificaciones introducidas por el RD 2351/2004 en el RD 436/2004 que modificó el sistema de cálculo de las primas del Régimen Especial. El Tribunal rechazó el argumento del recurrente de que los cambios violaban sus expectativas legítimas y confirmó que el régimen de Régimen Especial trata de fomentar el uso de ER a través de incentivos y no se puede garantizar que se mantenga sin cambios en el futuro.
- Sentencia de 20 de marzo de 2007,¹²⁹ por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra las nuevas modificaciones introducidas en el RD 436/2004. El Tribunal observó que los recurrentes invocaban los mismos motivos rechazados por su sentencia de 2006 contra el RD 2351/2004. El Tribunal confirmó que no se garantiza a los productores del Régimen Especial la intangibilidad de una determinada prestación o régimen de rentas en relación con las obtenidas en el pasado, ni se les garantiza la permanencia indefinida de las fórmulas utilizadas para fijar las primas.

¹²⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 361-386; Dúplica del Demandado, ¶¶ 372-404.

¹²⁷ **R-0137**, Sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España, Sala 3, 15 de diciembre de 2005 ('*Sentencia 2005*'), fundamento de derecho octavo.

¹²⁸ **RL-0138**, Sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España, Sala 3, 25 de octubre de 2006 ('*Sentencia 2006*'), fundamento de derecho tercero.

¹²⁹ **RL-0139** Sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España, Sala 3, 20 de marzo de 2007 ('*Sentencia 2007*'), fundamento de derecho segundo.

- Sentencia de 3 de diciembre de 2009,¹³⁰ por la el Tribunal desestimó una apelación presentada por los productores de energía fotovoltaica contra el RD 661/2007. Se solicitaba la anulación de la disposición transitoria primera del RD 661/2007, que les excluía de la posibilidad de percibir una retribución en virtud del precio del pool más la prima. Los productores alegaron, entre otras cosas, que dicha exclusión vulneraba la supuesta garantía de irretroactividad establecida en el Artículo 40(3) del RD 436/2004. El Tribunal consideró que ni la congelación del sistema de retribuciones del Régimen Especial ni el derecho a la inmutabilidad de dicho sistema se derivan de la Ley.
- Sentencia No. 270/2015 del Tribunal Constitucional español y Sentencia No. 1260/2016 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo)¹³¹ que desarrollaron el tema específico de la retroactividad de las Medidas Impugnadas, concluyendo ambas que éstas no infringían el Artículo 9.3 de la Constitución española que prohíbe la retroactividad.

IV. RECLAMACIONES Y PETITORIOS DE LAS PARTES

144. El petitorio de la Demandante se formula en su Réplica de la siguiente manera:

431. Eurus solicita la siguiente reparación:

(a) Que se declare que España violó el TCE;

(b) Que se declare que cada una de esas violaciones cometidas por España le ocasionó perjuicios a Eurus al reducir el valor de su inversión en energía eólica en el territorio español;

(c) Que se le conceda el cobro de una indemnización (incluidos los intereses correspondientes y una compensación por impuestos) para compensar a Eurus por la pérdida que sufrió como resultado de las violaciones del TCE cometidas por España;

¹³⁰ **RL-0141**, Sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España, Sala 3, 3 de diciembre de 2009 (*‘Sentencia 2009’*), fundamento de derecho cuarto.

¹³¹ **R-0154**, Sentencia del Tribunal Constitucional, 17 de diciembre de 2015 (Apelación Inc. 5347/2013); **RL-0242 (versión en inglés)**, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo español, 1 de junio de 2016. Véase también sobre la cuestión de la retroactividad la referencia en ¶ 382.

(d) Que se le conceda el cobro de la totalidad de los costes en que incurra en relación con el presente arbitraje;

(e) Que se le conceda el cobro de intereses sobre las sumas concedidas hasta su fecha de pago; y

(f) Cualquier otra forma de reparación que el Tribunal estime apropiada.

432. Eurus se reserva el derecho a modificar y/o complementar su suplico. Eurus se reserva asimismo el derecho a solicitar medidas cautelares o interlocutorias en el caso de así considerarlo necesario.¹³²

145. El Demandado, a su vez, solicita en su Dúplica:

896. A la vista de los argumentos expuestos en el presente Escrito, el Reino de España solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que:

a) Declare carecer de jurisdicción para conocer de las reclamaciones de las Demandantes, o en su caso la inadmisibilidad de las mismas, de conformidad con lo expuesto en la sección III del presente Escrito, referida a Objeciones Preliminares;

b) Subsidiariamente, para el caso de que el Tribunal Arbitral decida que tiene jurisdicción para conocer de la presente controversia, que desestime todas las pretensiones de las Demandantes en cuanto al fondo ya que el Reino de España no ha incumplido en modo alguno el TCE, de acuerdo con lo expuesto en las secciones IV y V del presente Escrito, referidas respectivamente a los Hechos y al Fondo del Asunto;

c) Subsidiariamente, que se desestimen todas las pretensiones resarcitorias de las Demandantes por cuanto éstas no tienen derecho a una compensación, de conformidad con lo expuesto en la sección VI del presente Escrito; y

d) Condene a las Demandantes al pago de todas las costas y gastos que se deriven del presente arbitraje, incluidos los gastos administrativos incurridos por CIADI, los honorarios de los árbitros y los honorarios de la representación letrada del Reino de España, sus peritos y asesores, así como cualquier otro costo o gasto en que se haya incurrido, todo ello incluyendo una tasa de interés razonable

¹³² Réplica de la Demandante, ¶¶ 431, 432.

desde la fecha en que se incurra en dichos costes hasta la fecha de su pago efectivo.

897. El Reino de España se reserva el derecho a suplementar, modificar o complementar estas alegaciones y presentar todos aquellos argumentos adicionales que sean necesarios de conformidad con el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje CIADI, las Ordenes Procesales y las directrices del Tribunal Arbitral a fin de responder a todas las alegaciones efectuadas por las Demandantes en relación con el presente asunto.¹³³

146. El Tribunal ha expuesto, en el párrafo 3, 28-36 supra, las circunstancias que llevaron a la retirada de Eurus Europe del presente arbitraje. Su retirada no afectó el petitorio de Eurus Japan, que abarca las reclamaciones enumeradas en el párrafo 144 supra.
147. En su Memorial de Contestación, España planteó varias objeciones jurisdiccionales, como se refleja en su petitorio reproducido en el párrafo 145 supra. En particular, España argumentó que el Tribunal carecía de jurisdicción *ratione personae* sobre Eurus Europe, que como nacional holandés no es nacional de otra Parte Contratante del TCE en el sentido del Artículo 26(1) del mismo. Por otra parte, Eurus Europe no es un inversor protegido por el TCE, ya que los Países Bajos y España son Estados miembros de la Unión Europea y el TCE no se aplica a las controversias sobre inversiones intracomunitarias.¹³⁴
148. En sus escritos, España no presentó esto como una objeción a la jurisdicción del Tribunal sobre las reclamaciones presentadas por Eurus Japan. Sin embargo, quedan otras objeciones a la jurisdicción de este Tribunal y a la admisibilidad de ciertas reclamaciones: éstas se tratan en la Parte V del presente laudo. Adicionalmente, en sus presentaciones finales España planteó por primera vez objeciones relacionadas con la competencia del Tribunal sobre las reclamaciones presentadas por Eurus Japan, específicamente ‘que este Tribunal carece de competencia *ratione materiae*’ sobre la reclamación de Eurus Japan¹³⁵ a la luz de la decisión del TJUE en el caso *Achmea*.

¹³³ Dúplica del Demandado, ¶¶ 896, 897.

¹³⁴ Dúplica del Demandado, ¶¶ 58-101.

¹³⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1409, ll 2-22 – p. 1410, ll 1-7 (Sra. Moraleda Saceda). La Demandante objetó ‘en la medida en que haya una nueva objeción jurisdiccional’ (ibid, p. 1149, ll 3-6 (Sr. Turner)).

149. Las posiciones respectivas de las Partes sobre los asuntos en cuestión en el arbitraje se resumen en los apartados siguientes. El Tribunal ha considerado el alcance total de los argumentos de las Partes tanto en sus presentaciones escritas como orales. El hecho de que un determinado argumento no se mencione expresamente en el resumen de las posiciones de las Partes no debe considerarse como una indicación de que el Tribunal no lo haya considerado.
150. Como cuestión general, es bien sabido que las cuestiones planteadas ante el Tribunal han sido o están siendo tratadas en más de 40 casos de arbitraje completados o pendientes contra España en virtud del TCE, así como en una variedad de otros casos relativos a incentivos de energía renovable presentados contra otros estados en virtud del TCE o de tratados bilaterales de inversión. Las Partes se han basado en varios de los laudos y decisiones emitidos por los tribunales en dichos casos, pidiendo a este Tribunal que adopte o se aparte de sus conclusiones. Esto plantea una cuestión de principio sobre la forma en que deben tratarse estas decisiones diversas (y en parte incoherentes). En opinión del Tribunal, debe tener en cuenta cuidadosamente los laudos y decisiones pertinentes que se le presenten debidamente, pero está obligado a tomar su propia decisión basándose en los argumentos de las Partes y en su propio análisis de los hechos y el derecho aplicable. Esta conclusión se ve en cierta medida matizada por el hecho de que los casos españoles se han referido en su mayoría a las mismas medidas y a cuestiones similares, si no idénticas. En los casos en que los tribunales han adoptado una posición coherente, el Tribunal debe prestar especial atención a esa posición y al razonamiento que la sustenta.

V. JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

151. El Tribunal aborda las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad planteadas en el curso del procedimiento.
152. En este contexto, es necesario hacer una observación preliminar sobre los argumentos planteados (o no planteados o no sostenidos) por España, algunos de los cuales podrían relacionarse con cuestiones de orden público europeo (*ordre public*). España, tras haber alegado en sus escritos que el Tribunal carecía de jurisdicción sobre la reclamación

intracomunitaria mantenida por Eurus Europe, no presentó ningún argumento de esta índole en relación con Eurus Japan. Reconoció que las inversiones de Eurus Japan se realizaron legalmente, e implícitamente que Eurus Japan era y es un inversor tal como se define en el Artículo 1(6) del TCE. No tomó ningún punto jurisdiccional en cuanto a su falta inicial de notificación del Régimen Especial en virtud de las normas europeas sobre ayudas estatales, a pesar de que esta falta puede haber dado lugar a que los subsidios concedidos a las EFE tuvieran consecuencias adversas en virtud de la legislación europea. España tampoco presentó ninguna prueba pericial sobre la normativa europea de ayudas estatales, a pesar de que así se ha hecho en algunos casos de las Medidas Impugnadas.

153. En opinión del Tribunal, los Estados miembros de la UE que son partes en los procedimientos del TCE (o, de hecho, en los procedimientos de los TBI en general) siguen siendo *sui juris*. En consecuencia, tienen las facultades normales que tiene un estado parte en un arbitraje, incluida la capacidad de formular su caso y de adoptar medidas en el procedimiento.¹³⁶ Las consecuencias jurídicas de dichas opciones de estrategia de litigio son una cuestión que el Tribunal debe apreciar en el curso de su laudo, aplicando las normas del derecho internacional.

A. PRIMERA OBJECIÓN: EL IVPEE ES UNA MEDIDA IMPOSITIVA QUE ESTÁ EXENTA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL TCE EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 21(1) DEL TCE

154. La Demandante alega que el Demandado infringió las obligaciones que le incumben en virtud del Artículo 10(1) del TCE al introducir, mediante la Ley 15/2012, un impuesto del 7% sobre el valor de la producción de energía eléctrica (el IVPEE). El Demandado sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de dicha reclamación, ya que el IVPEE es una medida tributaria exenta del ámbito de aplicación del TCE debido a la excepción prevista en el Artículo 21(1) del TCE.¹³⁷

¹³⁶ En *Antaris*, el tribunal rechazó una solicitud de admisión de la decisión de la TJUE en *Achmea* sobre la base de que era ‘demasiado tarde, ya que [...] [el Demandado] había renunciado a cualquier objeción sobre el punto jurisdiccional de la UE.’ **CL-0115**, *Antaris*, ¶ 73. [Traducción del Tribunal]

¹³⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 113-223.

(1) Las Posiciones de las Partes

a. La Posición del Demandado

155. El Demandado sostiene que no ha consentido en arbitrar las controversias derivadas de medidas fiscales como el IVPEE. De conformidad con el Artículo 26(3) del TCE, España sólo consintió en arbitrar las controversias derivadas de supuestas infracciones de la Parte III del TCE. Si bien el Artículo 10(1) del TCE está incluido en la Parte III, el IVPEE - cuya introducción supuestamente incumple las obligaciones de España en virtud del Artículo 10(1) - es una medida impositiva. Las medidas fiscales están exentas del ámbito de protección del Artículo 10(1) con arreglo al Artículo 21(1) del TCE, que establece que ‘no existe disposición alguna en el presente Tratado que establezca derechos o imponga obligaciones con respecto a las medidas impositivas de las Partes Contratantes.’ El Artículo 21(5) vuelve a aplicar el Artículo 13 a las medidas impositivas, con sujeción a un proceso de remisión preliminar ‘a las autoridades fiscales competentes’, cuestión a la que volverá el Tribunal. Pero no se vuelve a aplicar el Artículo 10(1).
156. El Demandado sostiene que el IVPEE es una ‘Medida Impositiva’ según se define en el Artículo 21(7)(a)(i) del TCE. De acuerdo con esta definición, el IVPEE es una ley interna de España, promulgada por el Parlamento español de acuerdo con los procedimientos pertinentes de la legislación española,¹³⁸ y está reconocida como un impuesto en virtud del derecho español e internacional.¹³⁹
157. España también afirma, en contra de lo que afirma la Demandante,¹⁴⁰ que el IVPEE es una medida fiscal de buena fe. Según España, el IPVEE es un impuesto que se aplica en general tanto a los productores de energías renovables como a los de energías convencionales, a los que se concede el mismo tratamiento sin conceder beneficios fiscales a los procedimientos de energías renovables que no se conceden a otros.¹⁴¹ En noviembre de 2014, el Tribunal Constitucional de España confirmó el derecho del legislador a promulgar

¹³⁸ Dúplica del Demandado, ¶¶ 110.

¹³⁹ Dúplica del Demandado, ¶¶ 111-116.

¹⁴⁰ Réplica de la Demandante, ¶¶ 148-166.

¹⁴¹ Dúplica del Demandado, ¶¶ 117-159.

el IPVEE, desestimando el recurso interpuesto por el Gobierno de Andalucía contra la supuesta inconstitucionalidad de la Ley 15/2012.¹⁴²

158. España sostiene además que el presente caso no plantea las circunstancias extraordinarias (como la destrucción de una empresa y la eliminación de un opositor político) que se dan en los casos *Hulley c. Rusia* y *Yukos c. Rusia*,¹⁴³ en los que se basa la Demandante para ilustrar los impuestos que no son de buena fe.¹⁴⁴ Las medidas impositivas impuestas en dichos casos perseguían un propósito totalmente ajeno al de obtener ingresos para el estado.¹⁴⁵
159. El propósito del IVPEE es precisamente recaudar ingresos para España para financiar los gastos públicos. Los ingresos del IVPEE se contabilizan en los Presupuestos Generales anuales de España; no se trata de un recorte de tarifas disfrazado dirigido a los productores de energías renovables.¹⁴⁶ De hecho, los efectos económicos del IVPEE sobre los productores de ER son neutralizados. España señala que los productores de ER tienen derecho a recibir la retribución específica para recuperar los costos del IVPEE, porque según la Orden IET/1045/2014, el IPVEE figura entre los gastos operacionales considerados para calcular la retribución específica recibida.¹⁴⁷
160. Por último, el Demandado se basa en los laudos de los tribunales en *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España* (Caso CCE No. V2013/153)¹⁴⁸ y *Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. c. Reino de España* (Caso CIADI No.

¹⁴² Dúplica del Demandado, ¶ 132, citando a **R-0043**, Sentencia 183/2014 del pleno del Tribunal Constitucional, 6 de noviembre de 2014, (Rec-inc. 1780/2013).

¹⁴³ **RL-0077** o **CL-0004** o **CL-0081**, *Hulley Enterprises Limited (Chipre) c. La Federación Rusa* (Caso CPA No. AA 226), Laudo Final, 18 de julio de 2014 ('*Hulley c. Rusia*' o '*Hulley*'); **RL-0078**, *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. La Federación Rusa* (Caso CPA No. AA 227), Laudo Final, 18 de julio de 2014 ('*Yukos c. Rusia*' o '*Yukos*').

¹⁴⁴ Réplica de la Demandante, ¶ 151.

¹⁴⁵ Dúplica del Demandado, ¶ 120.

¹⁴⁶ Dúplica del Demandado, ¶¶ 154-159.

¹⁴⁷ Dúplica del Demandado, ¶¶ 145-150, citando a **R-0115** (o **C-0118**), Orden IET/1045/2014 del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (sección III).

¹⁴⁸ **RL-0024**, *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. Reino de España* (Caso CCE No. V2013/153), Laudo, 12 de julio de 2016 ('*Isolux c. España*' o '*Isolux*'), ¶ 741.

ARB/13/36).¹⁴⁹ Tales tribunales se declararon incompetentes para decidir la reclamación por la supuesta violación del Artículo 10(1) del TCE mediante la introducción del IVPEE por la Ley 15/2012.¹⁵⁰

b. La Posición de la Demandante

161. La Demandante alega que la excepción prevista en el Artículo 21(1) del TCE sólo se aplica a las medidas impositivas de buena fe, no a las acciones disfrazadas de impuesto, sino que tienen por objeto lograr un propósito diferente.¹⁵¹ La Demandante considera que el IVPEE establecido por la Ley 15/2012 no es un impuesto de buena fe, sino un requisito disfrazado para que los productores de ER reembolsen a España una parte de sus incentivos pecuniarios.¹⁵²
162. La Demandante alega que las circunstancias que rodean la promulgación de la Ley 15/2012 revelan que su propósito de mejorar el nivel de eficiencia energética de España ‘era un engaño’.¹⁵³ La Demandante se refiere, entre otras cosas, a las declaraciones del entonces presidente del Gobierno de España y del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en el sentido de que, como consecuencia del déficit tarifario, España tendría que reformar la retribución de los productores de ER. La Demandante también se refiere a las declaraciones de los miembros del Parlamento español cuando se debatió la Ley 15/2012, en el sentido de que el impuesto no cumplía con el objetivo de un uso más eficiente y el respeto por el medio ambiente y la sostenibilidad energética.¹⁵⁴
163. La Demandante sostiene que incluso el Tribunal Supremo español tuvo dudas sobre la constitucionalidad del impuesto y su finalidad ambiental declarada, porque los productores de energía renovable ya estaban sujetos a un impuesto comercial sobre su capacidad económica. La Demandante explica que el Tribunal Constitucional de España rechazó la

¹⁴⁹ **RL-0071** o **CL-0079**, *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/13/36), Laudo, 4 de mayo de 2017 (*‘Eiser c. España’* o *‘Eiser’*), ¶ 271.

¹⁵⁰ Dúplica del Demandado, ¶¶ 160-164.

¹⁵¹ Réplica de la Demandante, ¶¶ 149-151.

¹⁵² Memorial de la Demandante, ¶¶ 156, 160; Réplica de la Demandante, ¶ 151, citando **CL-0081**, *Hulley*, ¶ 1407.

¹⁵³ Réplica de la Demandante, ¶¶ 153, 154.

¹⁵⁴ Réplica de la Demandante, ¶ 154.

pregunta del Tribunal Supremo sobre la constitucionalidad del IVPEE, basándose en que la pregunta debería haberse planteado al TJUE, pero no se pronunció sobre el fondo de la cuestión.¹⁵⁵ Las dudas del Tribunal Supremo español refuerzan la inferencia de que el IVPEE fue introducido con un propósito ulterior.¹⁵⁶

164. Además, la Demandante explica que a los productores de ER se les impide trasladar el costo del IVPEE a los consumidores, porque los productores de ER no pueden fijar el precio de su producto; tienen que aceptar una prima regulada.¹⁵⁷ Este efecto discriminatorio se reflejó, entre otras cosas, en las discusiones en el parlamento español que precedieron a la adopción de la Ley 15/2012 y en declaraciones del Ministerio de Energía y Turismo de España, en las que se afirma que España podría haber optado por reducir las primas, pero en cambio optó por adoptar un impuesto.¹⁵⁸
165. Asimismo, España no ofrece razones por las que las condiciones extraordinarias de los casos *Hulley c. Rusia* y *Yukos c. Rusia* no estén presentes aquí. La Demandante mantiene su posición de que el IVPEE de la Ley 15/2012 se introdujo con el propósito de reducir los incentivos a los productores de ER y se configuró como un impuesto para evitar la responsabilidad en virtud del TCE, que es un propósito totalmente ajeno al de recaudar ingresos para España, como en el caso *Yukos*.¹⁵⁹
166. El hecho de que el IVPEE sea de aplicación general no tiene sentido. La mayoría de los parques eólicos de la Demandante no han podido compensar el IVPEE, ya que han obtenido rendimientos superiores al 7,398% y, por tanto, no tienen derecho a recibir una retribución específica en el marco del Nuevo Régimen. Por esta razón, la explicación de España de

¹⁵⁵ Dúplica de la Demandante, ¶ 53.

¹⁵⁶ Réplica de la Demandante, ¶¶ 157-161.

¹⁵⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 159; Réplica de la Demandante, ¶ 155, citando a **C-0458**, Documento de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que contiene un borrador de respuesta que se remitirá a la Comisión Europea en respuesta a su solicitud de 13 de enero de 2014 de información adicional sobre el Proyecto Piloto 5526/13/TAXU, 17 de febrero de 2014, p. 6.

¹⁵⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 160; Réplica de la Demandante, ¶ 154(c), citando a **C-0456**, Entrevista con José Manuel Soria, ministro de Industria, Energía y Turismo, La Gaceta, 14 de octubre de 2012, p. 19.

¹⁵⁹ Dúplica del Demandado, ¶ 54.

que el IVPEE es uno de los costos que los productores de ER, incluyendo a la Demandante, pueden compensar, no es pertinente en este caso.¹⁶⁰

167. Por último, en opinión de la Demandante, *Isolux c. España* y *Eiser c. España* no ofrecen ninguna orientación útil. En *Isolux c. España*, el tribunal consideró que la adopción de la Ley 15/2012 por parte de España, aunque engañosa, no alcanzó el nivel de la conducta de Rusia en la adopción de medidas impositivas en los casos *Yukos* y *RosInvest*. Se podría decir que la decisión en *Isolux c. España* no valoró la conexión entre la utilización por parte de España de un impuesto para reducir los incentivos y el hecho de que España se enfrentaba a las primeras reclamaciones en virtud del TCE.¹⁶¹
168. Eurus Japan se encuentra en una posición diferente a la de los demandantes en el caso *Eiser c. España* respecto a la Ley 15/2012. En *Eiser c. España*, el tribunal consideró que los daños derivados del IVPEE se reducirían, e incluso se eliminarían, si España incluyese al IVPEE entre los costos indemnizables a los operadores de CSP sujetos al nuevo régimen que sustituyó al RD 661/2007.¹⁶² En el presente caso, ninguno de los parques eólicos del Demandante, salvo dos, ha recibido incentivos sobre el precio del pool, con la consecuencia de que la Demandante no ha podido recuperar el costo del IVPEE a través de dichos incentivos. Si se determina que el IVPEE ha violado el Artículo 10(1) del TCE, los daños de la Demandante serían considerables.¹⁶³

(2) El Análisis del Tribunal

169. De acuerdo con todos los demás tribunales que se han enfrentado a este asunto, el Tribunal sostiene que el IVPEE es una medida tributaria excluida de su jurisdicción en virtud del Artículo 10(1) del TCE, debido a la excepción prevista en el Artículo 21(1) del TCE, que establece:

A no ser que se disponga lo contrario en el presente Artículo, no existe disposición alguna en el presente Tratado que establezca

¹⁶⁰ Dúplica del Demandado, ¶ 56. Once de las 13 EFE de Eurus ya no reciben subsidios debido al límite de rendimiento de las inversiones establecido en las Medidas Impugnadas. Ver Réplica de la Demandante, ¶¶ 191, 219.

¹⁶¹ Réplica de la Demandante, ¶ 164.

¹⁶² Réplica de la Demandante, ¶ 165, citando a CL-0079, *Eiser*, ¶ 272.

¹⁶³ Réplica de la Demandante, ¶¶ 162-166.

derechos o imponga obligaciones con respecto a las medidas impositivas de las Partes Contratantes. En caso de que hubiese incompatibilidad entre el presente Artículo y cualquier otra disposición del Tratado, prevalecerá lo dispuesto en el presente Artículo en la medida en que haya incompatibilidad.¹⁶⁴

170. El TCE no define el término ‘medida impositiva’, aunque el Artículo 21(7) a) incluye en el ámbito de este término ‘las disposiciones sobre impuestos de la legislación nacional de la Parte Contratante, o de una subdivisión política de la misma o de una autoridad local dentro de ésta’ así como ‘las disposiciones sobre impuestos de cualquier convenio para evitar la doble imposición y de cualquier acuerdo o arreglo internacional al que esté vinculada la Parte Contratante.’¹⁶⁵
171. Para interpretar el Artículo 21, el Tribunal aplicará la norma general de interpretación de los tratados que figura en el Artículo 31(1) de la CVDT, que establece que ‘[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.’
172. El Tribunal coincide en que se debe dar al término ‘medida impositiva’ su significado ordinario en el contexto del tratado. Según la interpretación del término ‘medidas fiscales’ en *EnCana c. Ecuador*:

La cuestión de si algo es o no una medida fiscal es, fundamentalmente, un tema de su aplicación legal y no de su efecto económico. Una ley tributaria es aquella que impone a determinados grupos de personas la carga de pagar dinero al Estado para el beneficio público. Las repercusiones económicas o los efectos de las medidas fiscales pueden ser poco claros y discutibles; no obstante, una medida será una medida fiscal si es parte del régimen de aplicación de un impuesto. Una medida que disponga una exención impositiva es tan medida fiscal como aquella que en primer lugar obliga al pago del impuesto.¹⁶⁶

173. Más aún, para que una medida impositiva entre en el ámbito de aplicación del Artículo 21(1) del TCE, debe haber sido promulgada de buena fe. Esto no quiere decir que se deba

¹⁶⁴ CL-0001, TCE, Art. 21(1).

¹⁶⁵ CL-0001, TCE, Art. 21(7)(a).

¹⁶⁶ CL-0005, *EnCana Corporation c. República de Ecuador* (CNUDMI), Laudo, 3 de febrero de 2006 (‘*EnCana c. Ecuador*’), ¶ 142.

presumir la mala fe en el ejercicio de la potestad fiscal del estado. Para que una medida tributaria se haya promulgado de mala fe, la Demandante debe demostrar que las Medidas Impugnadas se adoptaron por motivos ulteriores e indebidos bajo el pretexto tributario y, por lo tanto, de mala fe. Este *test* de buena fe adicional fue aplicado por los tribunales en *Yukos c. Rusia* y *Hulley c. Rusia*. En *Yukos c. Rusia*, el tribunal determinó que:

[L]a excepción del Artículo 21(1) sólo puede aplicarse a las acciones fiscales de buena fe, es decir, acciones que están motivadas por el propósito de recaudar ingresos generales para el Estado. Por el contrario, las acciones que se realizan únicamente bajo la apariencia de impuestos, pero que en realidad tienen por objeto lograr un propósito totalmente ajeno a las mismas (como la destrucción de una empresa o la eliminación de un opositor político) no pueden acogerse a la exención de las normas de protección del TCE en virtud de la excepción fiscal del Artículo 21(1).¹⁶⁷

174. El tribunal de *Yukos*, como el de *Hulley*, distinguió entre medidas fiscales de buena fe y medidas destinadas a fines no relacionados, como la destrucción de una empresa o un opositor político.¹⁶⁸
175. *Prima facie*, el IVPEE es un impuesto. Primero, la Demandante admite que tiene todos los atributos formales de un impuesto.¹⁶⁹ Segundo, fue confirmado como tal por los tribunales españoles. El Demandado enumera varias decisiones del Tribunal Supremo español relativas a la Orden Ministerial HAP/703/2013 de abril de 2013.¹⁷⁰ Esta Orden aprobó el formulario 583 por el cual los contribuyentes se autoevalúan y pagan el IVPEE a la Hacienda Pública española. El Tribunal Supremo declaró la legalidad de la Orden.¹⁷¹ El Demandado también señala una decisión del Tribunal Constitucional del 6 de noviembre de 2014,¹⁷² que desestimó una demanda de inconstitucionalidad de los Artículos 4, 5 y 8

¹⁶⁷ **RL-0078**, *Yukos*, ¶ 1407. [Traducción del Tribunal]

¹⁶⁸ **RL-0078**, *Yukos*, ¶ 1407; **CL-0081**, *Hulley*, ¶ 1407.

¹⁶⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 149.

¹⁷⁰ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 171.

¹⁷¹ Ver **R-0039**, Sentencia de la Audiencia Nacional que desestima el recurso 297/2013, 2 de junio de 2014; **R-0040**, Sentencia de la Audiencia Nacional que desestima el recurso 298/2013, 2 de junio de 2014; **R-0041**, Sentencia de la Audiencia Nacional por la que se desestima el recurso 296/2013, 30 de junio de 2014.

¹⁷² Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 176 y ss.

del IVPEE.¹⁷³ El Tribunal falló que ‘los preceptos impugnados no rebasan la libertad de configuración del legislador, al que nada le impide el uso de los tributos [...]’¹⁷⁴ y se refirió al IVPEE como ‘el impuesto en cuestión’.¹⁷⁵ En cuanto a la segunda parte de la definición del término ‘medida impositiva’, a saber, si el IVPEE constituye una exacción obligatoria de dinero por ley para fines públicos, el Tribunal está de acuerdo con la conclusión en *Isolux c. España*.¹⁷⁶ El IVPEE fue recaudado por el Estado español y era obligatorio para todos los productores de energía eléctrica con el fin de recaudar fondos para el Estado. El objetivo de la Ley 15/2012 fue armonizar el sistema fiscal español con un uso más eficiente y respetuoso del medio ambiente y la sostenibilidad.¹⁷⁷ A primera vista, el IVPEE constituye una exacción obligatoria de dinero por ley para fines públicos.¹⁷⁸

176. En cuanto al requisito de buena fe, el Tribunal no se enfrenta a un escenario similar al de *Yukos* o *Hulley*. No existen pruebas de que España pretendiera destruir a la Demandante por medio del IVPEE. Como declaró el tribunal en *Isolux c. España*, las ‘repercusiones económicas o los efectos del IVPEE pueden resultar oscuros y discutibles, pero eso no constituye un argumento suficiente para concluir que el IVPEE es una medida impositiva promulgada de mala fe.’¹⁷⁹
177. En *Eiser*, el tribunal no decidió si existe una excepción de mala fe al Artículo 21(1):¹⁸⁰ sostuvo que la alegación de mala fe ‘sólo podría mantenerse si España sabía o debía haber sabido que las tarifas del RD 661/2007 no podían ser sustancialmente alteradas, y que por lo tanto violó a sabiendas sus obligaciones en virtud del TCE mediante la adopción de la Ley 15/2012. Las pruebas no son suficientes para sustentar esta afirmación.’¹⁸¹ Sin pronunciarse sobre el criterio adoptado en el caso *Eiser c. España* para que una alegación

¹⁷³ **R-0043**, Sentencia 183/2014, 6 de noviembre de 2014, publicada en el BOE de 4 de diciembre de 2014.

¹⁷⁴ **R-0043**, Sentencia 183/2014, 6 de noviembre de 2014, publicada en el BOE de 4 de diciembre de 2014, p. 14.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ **RL-0024**, *Isolux*, ¶ 740.

¹⁷⁷ **R-0030**, Ley 15/2012, Preámbulo (ver también **C-0012**).

¹⁷⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 149.

¹⁷⁹ **RL-0024**, *Isolux*, ¶ 739.

¹⁸⁰ **CL-0079**, *Eiser*, ¶ 269.

¹⁸¹ *Ibid.*

de mala fe sea sostenible, el Tribunal considera que, en el presente caso, la Demandante no ha establecido circunstancias que indiquen que el ITPEE fue adoptado de mala fe.

178. En el caso *Antaris*, el tribunal sostuvo que un gravamen imputable únicamente a los beneficiarios de los subsidios y recaudado mediante una compensación de los derechos a los subsidios no era un impuesto. La decisión sobre este punto se distingue, entre otras cosas, por el hecho de que el Tribunal Administrativo Supremo de la República Checa había considerado que la ‘Tasa Solar no es un impuesto a los efectos de la prohibición de la doble imposición en la legislación checa.’¹⁸² El propósito declarado del gravamen fue reducir las tarifas *feed-in* de ciertos inversores y no aumentar los ingresos del presupuesto estatal.¹⁸³
179. La Demandante alega (párrafo 161 supra) que el IVPEE se aplica de manera desigual a sus EFE, pues todas ellas, salvo dos, no pueden reclamar de vuelta los importes atrasados de los impuestos pagados, ya que no tienen derecho a recibir subsidios. Esta supuesta incidencia desigual del IVPEE no constituye, por sí misma, una prueba de mala fe. Tampoco cambia el carácter del IVPEE como impuesto. Un impuesto no deja de serlo porque se aplique de manera desigual o desproporcionada a determinados contribuyentes o categorías de contribuyentes, y el TCE no exige esa igualdad o proporcionalidad de la incidencia para que una medida pueda calificarse como medida impositiva. Si el IVPEE es una medida impositiva a los efectos del Artículo 21(1) del TCE, el Artículo 10(1) simplemente no se aplica al mismo.
180. Por estas razones, el IVPEE constituye una medida impositiva a los efectos del Artículo 21(1) del TCE y la reclamación queda fuera de la jurisdicción del Tribunal en la medida en que implica una supuesta violación del Artículo 10(1) del TCE.

¹⁸² CL-0115, *Antaris*, ¶¶ 233, 238. [Traducción del Tribunal]

¹⁸³ *Ibid.*, ¶¶ 250 y ss.

B. SEGUNDA OBJECCIÓN: EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA DECIDIR SOBRE LA RECLAMACIÓN DE COMPENSACIÓN DE EURUS EN RELACIÓN CON LOS IMPUESTOS JAPONESES DEL LAUDO BAJO EL ARTÍCULO 21(1) DEL TCE

181. La Demandante sostiene que su compensación debe comprender una compensación para pagar los impuestos a los que las cantidades potencialmente concedidas a la Demandante puedan estar sujetas en Japón a fin de recibir una compensación íntegra.¹⁸⁴ La Demandada alega que el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la reclamación de la Demandante como resultado de la exclusión impositiva del Artículo 21.¹⁸⁵
182. Las Partes argumentaron que la cuestión de la exclusión de la reclamación de compensación de impuestos del alcance de las protecciones del TCE era una cuestión de quantum.¹⁸⁶ Sin embargo, la cuestión de la jurisdicción del Tribunal sobre la reclamación por violación puede abordarse ya en esta fase.

(1) Las Posiciones de las Partes

a. La Posición del Demandado

183. El Demandado sostiene que no ha consentido en someter a arbitraje la resolución de las controversias derivadas de las medidas fiscales y que la exclusión impositiva que figura en el Artículo 21(1) del TCE es aplicable.¹⁸⁷
184. España sostiene que la exclusión del Artículo 21 del TCE excluye del ámbito de aplicación del TCE las medidas impositivas aplicadas en el estado receptor y en el estado de origen del inversor, en la medida en que ambos son ‘Partes Contratantes’ del TCE.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 310(d); Réplica de la Demandante, ¶¶ 369-387.

¹⁸⁵ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1159-1164; Dúplica del Demandado, ¶¶ 858-862. El Demandado se opuso a la ‘admisibilidad’ de la reclamación de exclusión en el Artículo 21 del TCE. La cuestión de si la reclamación por violación está excluida de las protecciones otorgadas por el TCE debido a la exclusión del Artículo 21 del TCE es, en opinión del Tribunal, una cuestión sobre la jurisdicción del Tribunal para juzgar la reclamación por exclusión, más que sobre la admisibilidad de la reclamación.

¹⁸⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1158-1163; Dúplica del Demandado, ¶¶ 850-863; Réplica de la Demandante, ¶¶ 369-374.

¹⁸⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1160.

¹⁸⁸ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1162; Dúplica del Demandado, ¶ 862.

185. Asimismo, ninguna medida impositiva de otro estado puede crear una obligación para España sobre la base del TCE, considerando que en caso de contradicciones, la excepción impositiva del Artículo 21 del TCE prevalece sobre cualquier otra disposición del TCE, incluyendo los Artículos 10, 13 y 26 del TCE, tal como se establece en el segundo inciso del Artículo 21 del TCE.¹⁸⁹
186. España sostiene que su posición es coherente con el Artículo 2 de los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado, según el cual el comportamiento de un estado es un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a responsabilidad internacional si es ‘atribuible al estado según el derecho internacional’ y si constituye una violación de una obligación internacional de dicho estado.¹⁹⁰ Esta posición es también coherente con la decisión del tribunal en *Rusoro c. Venezuela*, según la cual la responsabilidad fiscal derivaba de las leyes fiscales de un país distinto del país receptor del inversor no es una pérdida indirecta derivada del incumplimiento del tratado por el país receptor y no compromete la responsabilidad del país de origen.¹⁹¹ Por consiguiente, no se puede responsabilizar a España del pago de las medidas impositivas aplicadas por Japón.¹⁹²

b. La Posición de la Demandante

187. La Demandante sostiene que, en virtud del principio de la reparación integral, tiene derecho a ser indemnizada por la suma de ‘Perjuicios Históricos’, ‘Perjuicios por Desvalorización’, intereses compuestos sobre las dos cuantías precedentes¹⁹³ y, en el caso de resultar necesario, la compensación por los impuestos a los que puedan estar sujetas las cantidades potencialmente concedidas a la Demandante en Japón.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1163; Dúplica del Demandado, ¶ 863.

¹⁹⁰ Dúplica del Demandado, ¶¶ 863-865. [Traducción del Tribunal]

¹⁹¹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1165; Dúplica del Demandado, ¶ 867, citando a **RL-0037**, *Rusoro Mining Limited c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5), Laudo, 22 de Agosto de 2016, ¶ 854.

¹⁹² Dúplica del Demandado, ¶ 868.

¹⁹³ Memorial de la Demandante, ¶¶ 306-310.

¹⁹⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 310.

188. La Demandante argumenta que, contrario a lo que sostiene España,¹⁹⁵ la reclamación de compensación es ‘admisible’ según el TCE. En primer lugar, la excepción del Artículo 21 del Tratado no se aplica a un reembolso de impuestos. En cambio, la excepción tiene por objeto mantener la soberanía fiscal de cada Estado Contratante. Si se concediera la exclusión impositiva, el Tribunal no impondría obligaciones a España con respecto a las medidas japonesas, ni crearía derechos a favor de la Demandante con respecto a las medidas fiscales españolas; el Tribunal concedería daños adicionales para cubrir el impuesto que la Demandante tendría que pagar.¹⁹⁶
189. En segundo lugar, si bien el impuesto japonés no es atribuible a España, el pago de impuestos japoneses adicionales por los daños concedidos a la Demandante es una pérdida indirecta derivada del incumplimiento por parte de España del TCE, que es atribuible a España.¹⁹⁷ Además, el caso *Rusoro c. Venezuela*, al que hace referencia España,¹⁹⁸ es irrelevante ya que el demandante abandonó su solicitud de compensación.
190. En tercer lugar, el razonamiento del tribunal en *ConocoPhillips c. Venezuela* se basó en el principio de la indemnización total, que requiere que cualquier impuesto aplicado en cualquier país (no sólo en el país de origen del inversor) sobre el producto del laudo, que no debería haber sido pagado en ausencia de un incumplimiento del estado, sea indemnizado por el estado.¹⁹⁹

(2) El Análisis del Tribunal

191. Eurus pide una indemnización más alta sobre la base de que perderá parte del valor de la indemnización en el impuesto japonés. El Demandado alega que la reclamación es inadmisibile debido a la exclusión impositiva del Artículo 21(1) del TCE.²⁰⁰

¹⁹⁵ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1158-1168; Dúplica del Demandado, ¶¶ 850-872.

¹⁹⁶ Réplica de la Demandante, ¶ 374.

¹⁹⁷ Réplica de la Demandante, ¶¶ 375-377.

¹⁹⁸ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1165.

¹⁹⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 378.

²⁰⁰ Dúplica del Demandado, ¶¶ 850, 858-862.

192. Sin embargo, el Artículo 21(1) no es aplicable en sus términos. El Artículo 21(1) excluye de la jurisdicción del Tribunal las reclamaciones relativas a la violación de una disposición del Tratado que cree derechos o imponga obligaciones mediante una medida tributaria.
193. Sin embargo, la reclamación de la Demandante no ‘establecería derechos ni impondría obligaciones con respecto a las medidas impositivas de las Partes Contratantes’, como se establece en el Artículo 21(1) del TCE. Ello se debe a que la reclamación no se refiere a un derecho o una obligación que se derive del TCE. Constituye únicamente una reclamación de indemnización íntegra en virtud del derecho internacional.
194. La única obligación de España, de ser considerada responsable, es pagar una indemnización de acuerdo con el derecho internacional. La reclamación se refiere al quantum de dicha obligación. Esto deja las medidas impositivas de las Partes Contratantes exactamente como estaban.
195. Por consiguiente, el Tribunal es competente para conocer de la reclamación.

C. TERCERA OBJECCIÓN: INADMISIBILIDAD DE LA RECLAMACIÓN DE EXPROPIACIÓN BAJO EL ARTÍCULO 13 DEL TCE

196. El Artículo 21 del TCE establece:

(5) (a) El Artículo 13 se aplicará a los impuestos.

(b) Siempre que surja un conflicto en relación con lo dispuesto en el Artículo 13 en el sentido de si un impuesto determinado constituye una expropiación o si un impuesto que se alega constituye una expropiación es discriminatorio, se aplicarán las siguientes disposiciones:

(i) El inversor de la Parte Contratante que alegue se trata de una expropiación someterá la cuestión de si el impuesto es una expropiación o si es discriminatorio a las autoridades fiscales competentes; de no mediar dicho recurso por parte del inversor o de la Parte Contratante, los organismos a los que se recurra para resolver controversias de conformidad con la letra c) del apartado 2) del Artículo 26 o el apartado 2) del Artículo 27 someterán la cuestión a la autoridad fiscal competente;

(ii) En un plazo de seis meses a partir de la presentación del recurso, la autoridad fiscal competente procurará resolver la cuestión que se le haya sometido. Cuando se trate de cuestiones de no discriminación, la autoridad fiscal competente aplicará las disposiciones sobre no discriminación del convenio fiscal correspondiente o, cuando no existan disposiciones sobre no discriminación en el convenio fiscal correspondiente aplicable a dicho impuesto o no exista convenio fiscal alguno en vigor entre las Partes Contratantes en cuestión, aplicará los principios sobre no discriminación del Convenio Modelo sobre la Doble Imposición de los Ingresos y del Capital de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico;

(iii) Los organismos a los que se recurra para resolver controversias de conformidad con la letra c) del apartado 2) del Artículo 26 o el apartado 2) del Artículo 27 podrán tener en cuenta las conclusiones a las que hayan llegado las autoridades fiscales competentes respecto a si el impuesto en cuestión constituye una expropiación. Dichos organismos tendrán en cuenta las conclusiones a las que hayan llegado las autoridades fiscales competentes dentro del plazo de seis meses indicado en el inciso ii) de la letra b) respecto a si el impuesto es discriminatorio. Estos organismos podrán también tener en cuenta las conclusiones a las que hayan llegado las autoridades fiscales competentes una vez finalizado el plazo de seis meses.

(1) Las Posiciones de las Partes

a. La posición del Demandado

197. El Demandado alega que la reclamación en virtud del Artículo 13 del TCE por la presunta expropiación de la inversión de Eurus Japan a causa del IVPEE es improcedente, puesto que la Demandante no remitió a la autoridad fiscal nacional competente la cuestión de si el impuesto IVPEE constituye una expropiación o es discriminatorio.²⁰¹
198. Por consiguiente, el Demandado sostiene que la exclusión de las medidas fiscales que se efectúa en virtud del Artículo 21 del TCE no se aplica a las reclamaciones de expropiación en virtud del Artículo 13.²⁰² (El Artículo 13 no contiene una prohibición autónoma de discriminación, aunque la discriminación es uno de los indicios de una medida fiscal

²⁰¹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 224-242; Dúplica del Demandado, ¶¶ 167-179.

²⁰² Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 228.

expropiatoria). El Artículo 21(5)(b)(i) del TCE establece un procedimiento que debe seguirse siempre que se plantee una cuestión en virtud del Artículo 13.

199. El Demandado sostiene que las palabras de la disposición ‘someterá’ indican que el procedimiento del Artículo 21(5)(b)(i) es obligatorio. El Demandado reconoce que el demandante en *Isolux c. España* ya remitió la cuestión a la autoridad competente, que determinó que el impuesto no era ni expropiatorio ni discriminatorio,²⁰³ pero alega que tanto la remisión como la determinación en dicho caso son irrelevantes, ya que la remisión debe hacerse en cada ocasión.
200. El Demandado sostiene que, dado que la Demandante continúa incumpliendo su obligación de remitir la cuestión, el Tribunal debiese declarar la reclamación del Artículo 13 inadmisibile en relación con el IVPEE y remitir la cuestión a las autoridades fiscales competentes, de conformidad con el Artículo 21(5)(b)(i) del TCE.²⁰⁴

b. La posición del Demandante

201. La Demandante sostiene que el requisito establecido en el Artículo 21(5)(b) del TCE, de remitir la cuestión a la autoridad fiscal competente, no se aplica cuando la remisión resulte inútil.²⁰⁵ La demandante en *Isolux c. España* remitió la cuestión de si el IVPEE era expropiatorio y/o discriminatorio en virtud de la Ley 15/2012 al Departamento de Hacienda español, la autoridad fiscal competente en ese caso.²⁰⁶ El 29 de marzo de 2016, la Agencia Tributaria española informó que el IVPEE no era ni expropiatorio ni discriminatorio, citando en apoyo de la sentencia del Tribunal Constitucional español del 6 de noviembre de 2014. Asimismo, el 23 de diciembre de 2014, la Dirección General de Tributos emitió una respuesta por escrito a una consulta tributaria, en la que afirmaba que el impuesto del 7% de la Ley 15/2012 es un gasto contable deducible fiscalmente, declaración que la Dirección General de Tributos no habría realizado si hubiese considerado el impuesto del

²⁰³ Réplica de la Demandante, ¶¶ 169-173.

²⁰⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 243; Dúplica del Demandado, ¶ 179.

²⁰⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 168, citando a **CL-0081**, *Hulley*, ¶ 1424.

²⁰⁶ Réplica de la Demandante, ¶ 169.

7% como expropiatorio o discriminatorio.²⁰⁷ Cuando la Demandante presentó su Solicitud de Arbitraje el 17 de febrero de 2016, la posición de la autoridad competente era clara, y una remisión de la Demandante habría sido inútil.²⁰⁸

202. Además, la Demandante alega que el Artículo 21(5) del TCE no establece una condición previa para que la Demandante recurra al arbitraje en virtud del Artículo 26 del TCE. La única consecuencia del incumplimiento del Artículo 21(5) es que los órganos llamados a resolver la controversia en virtud de los Artículos 26(2)(c) o 27(2) (en el presente caso, este Tribunal) harán la remisión.²⁰⁹
203. Por último, la Demandante sostiene que el uso del singular ‘Autoridad’ en el Artículo 21(5)(b)(i) fue deliberado. El Tribunal ya se beneficia de las conclusiones de la autoridad española, sin necesidad de remisión posterior, y puede asignarles el peso que considere apropiado.²¹⁰

(2) El Análisis del Tribunal

204. La primera observación que hay que hacer es que el Artículo 21(5), que está redactado cuidadosamente, no establece que el hecho de que un demandante no notifique a la autoridad fiscal competente haga que su reclamación sea inadmisibile. La única consecuencia de tal omisión es que el tribunal que conoce de la reclamación debe notificarlo a las propias autoridades fiscales competentes. La única consecuencia adicional de dicha remisión (siempre que las autoridades fiscales competentes puedan convenir en que la medida fiscal sea expropiatoria o discriminatoria) es que el tribunal debe tener en cuenta dicho acuerdo. Si la reclamación con arreglo al Artículo 13 resultase inadmisibile por no haber notificado el demandante a la autoridad fiscal competente, no tendría sentido que el tribunal lo hiciera, porque la reclamación ya habría prescrito. Por consiguiente, la falta de actuación del demandante no es en sí misma un motivo de inadmisibilidat.

²⁰⁷ Réplica de la Demandante, ¶¶ 169-172, citando a **R-0009**, Respuesta de la Dirección General de Impuestos a la Consulta Fiscal en vigor V3371-14, 23 de diciembre de 2014, pp. 1-2.

²⁰⁸ Réplica de la Demandante, ¶ 173.

²⁰⁹ Dúplica del Demandado, ¶ 59.

²¹⁰ Dúplica del Demandado, ¶¶ 61, 63.

205. Este Tribunal tampoco lo notificará de oficio a las autoridades fiscales competentes, pues ya conoce la posición de la autoridad española competente, que, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2014 ya citada, es que el IVPEE no es ni expropiatorio ni discriminatorio.²¹¹ Este hecho, relevante no para la admisibilidad sino para el fondo, será tenido en cuenta en su momento. Para el propio Tribunal hacer una referencia sería el más puro formalismo y una pérdida de tiempo. La reclamación del Artículo 13 es admisible.

D. OBJECCIÓN PUTATIVA: CONDICIÓN DE LA DEMANDANTE COMO UN INVERSOR A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 26(1) DEL TCE Y CUESTIONES RELACIONADAS

206. De conformidad con el Artículo 26 del TCE, si un inversor es parte en una controversia ‘respecto al supuesto incumplimiento por parte de [estado receptor] de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión’, y que no pueda resolverse amigablemente en un plazo de 3 meses, el inversor podrá optar por someter la controversia a arbitraje en virtud de la Parte V.

207. La ‘inversión’ se define como:

cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque:

[...] (b) una empresa o sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una empresa o sociedad mercantil [...]

(e) rendimientos; [...] ²¹²

208. ‘Inversor’ se define como, entre otros:

(a) con respecto a una Parte Contratante:

[...]

(ii) la empresa u otra organización constituida con arreglo a la legislación aplicable en la Parte Contratante; [...] ²¹³

²¹¹ **RL-0043**, Sentencia 183/2014, 6 de noviembre de 2014, publicada en el BOE de 4 de diciembre de 2014.

²¹² **CL-0001**, TCE, Art. 1(6).

²¹³ **CL-0001**, TCE, Art. 1(7).

209. ‘Rendimientos’ se definen como:

las cantidades que se deriven o tengan relación con una inversión, indistintamente de la forma en que se paguen éstas, incluidos los beneficios, dividendos, intereses, ganancias del capital, pago de derechos de patente, honorarios de gestión, de asistencia técnica o por otros conceptos, y pagos en especie.²¹⁴

210. De acuerdo con estas definiciones, Eurus Japan es claramente un inversor indirecto de Japón en las EFE, y su inversión incluye rendimientos que, aunque se paguen a través de Eurus Europe, ‘se derivan o tienen relación con una inversión’.

211. Como parte de sus presentaciones de clausura, España argumentó que la Demandante no había probado que los daños sufridos a nivel de la planta hubiesen llegado a Eurus Japan. En este contexto, citó un párrafo de su Memorial de Contestación,²¹⁵ un pasaje del contrainterrogatorio del testigo de quantum de la Demandante,²¹⁶ y la decisión en el caso *Nykomb c. Letonia*.²¹⁷ En ningún momento el Demandado alegó que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* sobre Eurus Japan. Sí argumentó que no tenía jurisdicción sobre Eurus Europe, antes de que Eurus Europe se retirara como Demandante, esencialmente por el hecho de que la controversia entre España y Eurus Europe era una controversia intracomunitaria a la que no se aplicaba el TCE.²¹⁸ Este argumento, reforzado por la decisión del TJUE en el caso *Achmea*, no fue presentado por el Demandado en la fase oral, presumiblemente porque ya no tenía objeto debido a la retirada de Eurus Europe del arbitraje. Sin embargo, el fantasma del argumento permaneció, como en el siguiente pasaje:

²¹⁴ **CL-0001**, TCE, Art. 1(9).

²¹⁵ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1127 (una referencia pasajera a la cuestión).

²¹⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1570, Il 10-15 (Sr. Fernández Antuña).

²¹⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1570, Il 18-22 – p. 1571, Il 1-8 (Sr. Fernández Antuña), refiriéndose a las diapositivas 196-198 de la Declaración de Cierre del Demandado **RL-0057**, *Damages in International Investment Law*, Sergey Ripinsky con Kevin Williams, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), 2008 (‘*Ripinsky*’), p. 156, citando *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. República de Letonia* (Caso CCE No. 118/2001), Laudo, (‘*Nykomb c. Letonia*’), 16 de diciembre de 2004, pp. 39-41. En la Audiencia, la Demandante se opuso a estas referencias por ser material nuevo. Si bien tomó nota de la objeción, el Tribunal admitió las referencias que se hicieron en respuesta a una pregunta del Tribunal. Ver Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1526, Il 16-22 (Sr. Turner) – p. 1529, Il 1-8 (El Presidente).

²¹⁸ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 57-112; Dúplica del Demandado, ¶¶ 58-101.

SRA. MORALEDA SACEDA: [N]o se puede decidir en absoluto esta disputa fuera del derecho europeo, en ausencia del derecho europeo. Este es el problema, porque entraría en conflicto con el principio de autonomía del derecho europeo, que es una cuestión de orden público, que ha sido además reconocido por el mismo Tratado sobre la Carta de la Energía.

SR. GARIBALDI: ¿Entonces qué se supone que hagamos?

SRA. MORALEDA SACEDA: Pues, declarar que este Tribunal carece de competencia *rationae materiae*.²¹⁹

212. En opinión del Tribunal, la jurisdicción (si existe y en la medida en que exista) se deriva del TCE, que representa la base jurídica para la constitución del Tribunal. No puede haber duda, tal como están las cosas, en cuanto a la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal sobre Eurus Japan: de hecho, España, aunque no expresamente, entonces por clara implicación, lo aceptó.²²⁰ España nunca presentó la cuestión del flujo como algo que afectara a la jurisdicción; más bien fue a quantum, y se tratará a continuación en dicho contexto.
213. En cuanto a la jurisdicción *ratione materiae*, ésta también se rige por el TCE, y se tratará más adelante en el contexto del derecho aplicable. Basta con sostener aquí que *Achmea* se refería a la jurisdicción en virtud de un tratado bilateral de inversión intracomunitario, como lo aclaró el TJUE en la parte dispositiva de la sentencia:

Los Artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el Artículo 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya

²¹⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1409, ll 5-17 (Sra. Moraleda Saceda).

²²⁰ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 57-112 y Dúplica del Demandado, ¶¶ 58-101: El Demandado no discutió en ningún momento la jurisdicción *rationae personae* del Tribunal sobre Eurus Japan. Sólo impugnó la jurisdicción *rationae personae* del Tribunal sobre Eurus Europe.

competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro.²²¹

214. *Achmea* no se refería a la jurisdicción respecto de un nacional de un tercer estado en virtud de un tratado multilateral en el que la propia UE era y sigue siendo parte.
215. En resumen, la decisión de *Achmea* es inaplicable al presente caso, en la medida en que se refiere a la jurisdicción del Tribunal sobre la controversia entre Eurus Japan como inversor indirecto y el Reino de España.²²² Por consiguiente, no es necesario que el Tribunal decida entre decisiones posteriores como como *RREEF*,²²³ *Greentech*,²²⁴ *Cube*,²²⁵ *9REN*,²²⁶ y *Stadtwerke*²²⁷ que consideraron que *Achmea* no era aplicable a las controversias intracomunitarias del TCE por motivos diferentes. La jurisdicción del Tribunal no se pone en duda por la cuestión del flujo de daños a través de Eurus Europe a Eurus Japan, que se presentó exclusivamente como un asunto relevante para el quantum.

VI. DERECHO APLICABLE

(1) Las Posiciones de las Partes

a. La Posición del Demandado

216. En el contexto de su objeción intracomunitaria,²²⁸ España argumentó que el derecho de la UE tiene una triple dimensión en este caso, (i) como derecho internacional aplicable a la resolución de la controversia en virtud del Artículo 26(6) del TCE; (ii) como parte del

²²¹ *Achmea*, ¶ 62.

²²² En efecto, en **CL-0118**, *Landesbank*, ¶¶ 119, 149, España y la CE aceptaron que el tribunal habría tenido jurisdicción si el demandante hubiese sido japonés. Este punto fue planteado por la Demandante en sus Comentarios sobre la Decisión de *Landesbank* sobre Jurisdicción, 27 de agosto 2019, ¶ 3.

²²³ **RL-0088**, *RREEF*, ¶ 211.

²²⁴ **CL-0116**, *Greentech*, ¶ 220

²²⁵ **RL-0090**, *Cube*, ¶¶ 141-152.

²²⁶ **CL-0117**, *9REN*, ¶¶ 150-158, 173

²²⁷ **RL-0097**, *Stadtwerke*, ¶ 142.

²²⁸ Ver Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 58-101. Como se explicó en el párrafo 211 supra, la objeción intra-UE ya no tenía objeto después de la retirada de Eurus Europe.

derecho interno de España; y (iii) como un ‘punto fundamental’ que conforma las expectativas legítimas de Eurus.²²⁹

217. España discrepa de las conclusiones del tribunal de *Cube*, y sostiene que ‘el derecho de la UE es el derecho internacional que se aplicará junto con el TCE para decidir las cuestiones en litigio, tanto en materia de jurisdicción como en materia de fondo, de conformidad con el Artículo 26(6) del TCE.’²³⁰ España sostiene que el Tribunal está obligado por las fuentes primarias (tratados) y secundarias (directivas y decisiones de la CE) del derecho de la UE, que son aplicables a este caso.²³¹
218. España argumenta que los ‘subsidios solicitados por la Demandante’ son ayudas estatales.²³² España se basa en la Decisión de la Comisión Europea de 10 de noviembre de 2017 relativa al Marco español de Ayudas Estatales para las Fuentes Renovables (**‘Decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017’**)²³³ para argumentar que el Tribunal carece de competencia para decidir si los parques eólicos de la Demandante tienen derecho *sine die* a una cantidad específica de ayuda estatal. Según España, dicha decisión distorsionaría la competencia del mercado a favor de la Demandante, lo que equivaldría a una violación de los ‘pilares esenciales’ del derecho de la UE.²³⁴
219. La decisión de la CE del 10 de noviembre de 2017 sostuvo que el actual régimen de ayudas de España (las Medidas Impugnadas) es una ayuda estatal compatible con el mercado interior (Artículo 107(3)(c) del TFUE). España sostiene que la ayuda estatal concedida hasta la adopción de la decisión de la CE fue ilegal, porque no había sido notificada a la

²²⁹ Dúplica del Demandado, ¶ 66.

²³⁰ Comentarios del Demandado sobre *Cube*, 29 de mayo de 2019, ¶ 8. [Traducción del Tribunal]

²³¹ Comentarios del Demandado sobre la Solicitud de intervención de la Comisión Europea, 31 de enero de 2019, ¶ 2. [Traducción del Tribunal]

²³² España sostiene que el Régimen Especial fue una ayuda estatal sujeta a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales para la protección del medio ambiente de 2008, posteriormente sustituidas por las Directrices sobre ayudas estatales para la protección del medio ambiente y la energía 2014-2020. Ver Dúplica del Demandado, ¶ 63, refiriéndose a **R-0065**, Directrices Comunitarias sobre Ayudas Estatales en Favor del Medio Ambiente, (2008/C 82/01) y **R-0066**, Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 (2014/C 200/01).

²³³ Dúplica del Demandado, ¶ 77, citando a **RL-0073**, Decisión de la Comisión Europea, de 10 de noviembre de 2017, relativa al apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovable, la cogeneración y los residuos (Ayuda estatal S.A. 40348 (2015/NN) (**‘Decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017’**), ¶¶ 159-166.

²³⁴ Dúplica del Demandado, ¶ 65.

CE, lo cual constituía un incumplimiento de la obligación de mantenimiento del statu quo que incumbe a España en virtud del Artículo 108(3) del TFUE.²³⁵ Según España, la CE, siguiendo la jurisprudencia establecida por el TJUE, confirmó que en virtud del derecho de la UE no hay derecho a las ayudas estatales; además, no puede haber ninguna expectativa legítima de ayuda estatal ilegal.²³⁶

220. España sostiene que las razones aducidas por la CE para considerar que los subsidios otorgados en el marco de las Medidas Impugnadas son ayudas estatales pueden extenderse a los subsidios otorgados en el marco del Régimen Especial del RD 661/2007.²³⁷ España afirma que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, Eurus no puede tener expectativas legítimas respecto a las ayudas estatales no notificadas (los subsidios del RD 661/2007). Por consiguiente, la aplicación del derecho comunitario excluye la reclamación de confianza legítima de la Demandante.²³⁸
221. España añade que la decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017 señalaba que toda indemnización concedida por un tribunal a un inversor sobre la base de que España había modificado el Régimen Especial mediante la introducción de las Medidas Impugnadas constituiría una ayuda estatal. Los tribunales no son competentes para autorizar las ayudas estatales, que son competencia exclusiva de la CE. Además, cualquier indemnización concedida sería una ayuda estatal de notificación obligatoria.²³⁹

b. La Posición de la Demandada

222. La Demandante alega que el derecho de la UE no es aplicable a la controversia. Basándose en el caso *Eureka c. República Eslovaca*,²⁴⁰ la Demandante sostiene que, de conformidad con el Artículo 26(6) del TCE, un tribunal del TCE puede interpretar y determinar el

²³⁵ **RL-0073**, Decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017, ¶¶ 83-89.

²³⁶ **RL-0073**, Decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017, ¶¶ 155, 158.

²³⁷ Comentarios del Demandado sobre la Solicitud de Intervención de la Comisión Europea, Sección III.

²³⁸ Comentarios del Demandado sobre la Solicitud de Intervención de la Comisión Europea, Sección III.

²³⁹ Comentarios del Demandado sobre la Solicitud de Intervención de la Comisión Europea, Sección III, refiriéndose a **RL-0073**, Decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017, ¶ 165.

²⁴⁰ Dúplica de la Demandante, ¶ 11, citando a **CL-0096**, *Eureka B.V. c. República Eslovaca* (Caso CPA No. 2008-13), Laudo sobre Jurisdicción, Arbitraje y Suspensión, 26 de octubre de 2010 (*'Eureka c. República Eslovaca'*), ¶ 274

significado del derecho de la UE si surgen cuestiones de derecho de la UE en una controversia sobre el TCE. El hecho de que un tribunal pueda considerar cuestiones de derecho de la UE al decidir la controversia no significa que un arbitraje bajo los auspicios del TCE deba determinarse con arreglo a una fuente de derecho distinta al TCE.²⁴¹ A este respecto, la Demandante discrepa de la mayoría de *BayWa* que consideró que ‘[l]as cuestiones de derecho sustantivo de la UE sólo se plantean en la medida en que las reivindicaciones formuladas sean válidas con arreglo al TCE y en la medida en que lo sean.’²⁴² En cambio, la Demandante considera que el Tribunal debiese adoptar la opinión del tribunal de *Cube*, de que el derecho de la UE es sólo uno entre varios sistemas jurídicos regionales y nacionales, y ‘[d]entro del sistema de derecho internacional, el derecho de la UE no tiene supremacía ni prioridad jerárquica sobre las leyes de los Estados no miembros ni sobre las normas de derecho internacional, incluido el TCE.’²⁴³

223. Asimismo, la Demandante aclara que su caso se basa en los incumplimientos de España de sus obligaciones en virtud del TCE, y no en alguna cuestión de derecho comunitario. Eurus no pide recibir subsidios a perpetuidad bajo el Régimen Especial (lo que España caracteriza como un derecho *sine die* a las ayudas estatales). En su lugar, la Demandante argumenta que tenía derecho bajo el TCE a un trato justo y equitativo, incluyendo condiciones ‘estables’ y ‘favorables’ para su inversión. Sin embargo, España violó esas normas sustantivas al eliminar a través de las Medidas Impugnadas los derechos de los que Eurus disfrutó antes. Eurus reclama daños por el daño causado por España de acuerdo con el estándar de reparación íntegra según el derecho internacional. Dichos daños se miden en función de las cantidades que Eurus habría recibido en el marco del Régimen Especial, porque el escenario contrafáctico más plausible es aquel en el que España no eliminó erróneamente los derechos en función de los cuales Eurus invirtió.²⁴⁴

²⁴¹ Dúplica del Demandado, ¶ 8-11.

²⁴² Comentarios de la Demandante sobre *BayWa*, 9 de enero de 2020, ¶ 18, citando a **RL-0095**, *BayWa*, ¶ 409. [Traducción del Tribunal]

²⁴³ Comentarios de la Demandante sobre *Cube*, 11 de junio de 2019, ¶ 19, citando a **RL-0090**, *Cube*, ¶ 130. [Traducción del Tribunal]

²⁴⁴ Dúplica de la Demandante, ¶¶ 12-15.

224. La Demandante señala que los supuestos efectos de *Achmea* sobre la jurisdicción del Tribunal deberían haberse eliminado de este caso con el retiro de Eurus Europe.²⁴⁵ En cualquier caso, el argumento de España de que los pagos en virtud de un posible laudo a favor de Eurus constituirían una ayuda estatal y la jurisdicción de los tribunales falla porque (i) Eurus no está pidiendo el restablecimiento de los subsidios per se, sino el resarcimiento que le corresponde en virtud del derecho internacional: la indemnización a tanto alzado por el incumplimiento por parte de España de sus compromisos en virtud del TCE; y (ii) la decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017 sólo abarca las Medidas Impugnadas (es decir, el Nuevo Régimen), no declara que el Régimen Especial constituyera una ayuda estatal ilícita.²⁴⁶ A este respecto, la Demandante observa que el tribunal de *Greentech* consideró que la confianza de España en la decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017 estaba fuera de lugar, porque la jurisdicción del tribunal se deriva del TCE, no del derecho de la UE.²⁴⁷

225. La Demandante también sostiene que la concesión de un laudo en virtud del Convenio CIADI no puede constituir una ayuda estatal.²⁴⁸ En todo caso, como decidió el tribunal en *Micula c. Rumania*,²⁴⁹ el Tribunal no debe embarcarse en predicciones sobre la posible conducta de personas o autoridades después de la emisión del laudo, ni es apropiado que el Tribunal base su decisión en cuestiones de derecho de la UE que puedan aplicarse después de emitido el laudo.²⁵⁰

(2) El Análisis del Tribunal

226. El Artículo 26(6) del TCE se refiere a la ley aplicable en los arbitrajes en virtud de la Parte V. Dispone que:

²⁴⁵ Comentarios de la Demandante sobre *Greentech*, 10 de mayo de 2019, ¶ 4.

²⁴⁶ Dúplica del Demandado, ¶ 16, 28; Comentarios de la Demandante sobre la Solicitud de intervención de la Comisión Europea, 31 de enero de 2019, ¶¶ 11-14.

²⁴⁷ Comentarios de la Demandante sobre *Greentech*, 10 de mayo de 2019, ¶ 6, refiriéndose a **CL-0116**, *Greentech*, ¶¶ 217-219.

²⁴⁸ Comentarios de la Demandante sobre la Solicitud de intervención de la Comisión Europea, 31 de enero de 2019, ¶ 27.

²⁴⁹ **CL-0023**, *Ioan Micula y otros c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/05/20), Laudo Final, 11 de diciembre de 2013, ('*Micula c. Rumania*' o '*Micula*'), ¶ 328.

²⁵⁰ Dúplica del Demandado, ¶¶ 8-18.

En virtud del apartado 4) se creará un tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho Internacional aplicables.

227. También es de interés potencial el Artículo 16 del TCE ('Relación con otros Acuerdos'), que establece:

Cuando dos o más Partes Contratantes sean signatarias de un acuerdo internacional anterior, o firmen un acuerdo internacional posterior, cuyas condiciones afecten, en cualquiera de los dos casos, a las cuestiones reguladas en las Partes III o V del presente Tratado,

(1) nada de lo dispuesto en las Partes III o V del presente Tratado se interpretará de manera que deje sin efecto ninguna disposición del otro acuerdo, o del derecho de exigir una solución de la controversia relativa a ello con arreglo a dicho acuerdo; y

(2) nada de lo dispuesto en el otro acuerdo se interpretará de manera que deje sin efecto ninguna disposición de las Partes III o V del presente Tratado o del derecho de exigir una solución de la controversia relativa a ello con arreglo al presente Tratado, *en la medida en que tales disposiciones sean más favorables para los inversores o la inversión.*

(énfasis añadido)

228. Por deducción clara, las Partes III y V del TCE establecen excepciones a cualquier disposición de cualquier otro acuerdo, o a cualquier derecho a la solución de controversias en virtud de dicho acuerdo, en la medida en que el objeto de ambos sea común y la disposición del TCE sea más favorable al inversor o a la inversión.
229. De hecho, no existen acuerdos internacionales anteriores o subsiguientes entre Japón y España cuyos términos se refieran a la materia de las Partes III o V del TCE, por lo que la regla de prioridad expresada en la oración final (en cursiva) del Artículo 16 no tiene aplicación en el presente caso. Pero el Artículo 16 sigue siendo indirectamente pertinente en lo que respecta a la relación entre el TCE y el TFUE, en el sentido de que, por clara implicación, el TCE prevalece sobre el TFUE en la medida en que la disposición del TCE 'sea más favorable para el inversor o la inversión'. No cabe esperar que un estado que no sea miembro de la UE, o los nacionales de dicho estado, reciban un trato menos favorable.

230. En la medida en que el derecho de la UE forme parte del derecho aplicable en virtud del Artículo 26(6) del TCE (si y en la medida en que el derecho de la UE constituya ‘normas y principios aplicables del derecho internacional’), este Tribunal está autorizado a aplicarlo *prima facie*.
231. Sobre esta cuestión, las decisiones de los tribunales anteriores han sido notoriamente inconsistentes:
- *AES Summit*, **CL-0050**: Las partes convinieron en que el derecho de la UE debe tenerse en cuenta como un hecho pertinente,²⁵¹ y el tribunal dictaminó que consideraría el régimen comunitario de derecho de la competencia como un hecho.²⁵²
 - *Electrabel*, **CL-0018**: El tribunal declaró que el derecho de la UE debe tratarse como un ‘hecho’²⁵³ y también debe clasificarse como derecho internacional.²⁵⁴ Pero en las controversias intracomunitarias, ‘el derecho de la UE prevalecería sobre el TCE en caso de cualquier incoherencia sustancial’.²⁵⁵
 - *Eureko c. República Eslovaca (Jurisdicción)*, **CL-0096**: El tribunal decidió que ‘puede considerar y aplicar el derecho comunitario, de ser necesario, tanto como una cuestión de derecho internacional como una cuestión de derecho alemán’.²⁵⁶ Sin embargo, observó además que ‘no tiene competencia para pronunciarse sobre presuntas infracciones de la legislación de la Unión Europea como tal’.²⁵⁷
 - *Micula*, **CL-0023**: Las partes parecían ‘estar de acuerdo en que el derecho de la UE forma parte de la ‘matriz de hechos’ del caso’ y ‘que la cuestión del derecho de la UE puede ser pertinente para determinar si Rumania actuó de manera justa y equitativa con

²⁵¹ **CL-0050** o **RL-0039**, *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft. c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/22), Laudo, 23 de septiembre de 2010 (*‘AES Summit c. Hungría’*), ¶ 7.5.3.

²⁵² *Ibid.*, ¶ 7.6.6.

²⁵³ **CL-0018** o **RL-0002**, *Electrabel S.A. c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/19), Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012 (*‘Electrabel c. Hungría’* o *‘Electrabel’*), ¶ 4.127. [Traducción del Tribunal]

²⁵⁴ *Ibid.*, ¶ 4.119.

²⁵⁵ *Ibid.*, ¶ 4.191. [Traducción del Tribunal]

²⁵⁶ **CL-0096**, *Eureko c. República Eslovaca*, ¶ 283. [Traducción del Tribunal]

²⁵⁷ *Ibid.*, ¶ 290. [Traducción del Tribunal]

respecto a las inversiones de los Demandantes [...]’²⁵⁸ El tribunal coincidió en que ‘el contexto global de la adhesión a la UE en general y las disposiciones pertinentes del derecho de la UE en particular pueden ser relevantes para determinar si, entre otras cosas, las acciones de Rumania fueron razonables a la luz de todas las circunstancias, o si las expectativas de los Demandantes eran legítimas’.²⁵⁹ Sin embargo, decidió que el derecho de la UE, y la legislación sobre ayudas estatales en particular, no tenía importancia para el tribunal y era únicamente una cuestión para la corte en sede de ejecución.²⁶⁰

- *Charanne*, **RL-0049**: El tribunal no se pronunció sobre si la controversia se refería a la interpretación o aplicación de los tratados europeos en el sentido del Artículo 344 del TFUE, ya que consideró que el Artículo 344 no se aplica a los arbitrajes entre inversores y estados.²⁶¹
- *RREEF (Jurisdicción)*, **CL-0006**; *RREEF (Fondo)*, **RL-0088**: El tribunal consideró que el derecho internacional público prevalece en caso de conflicto entre el TCE y el derecho de la UE. ‘El derecho de la UE no ‘prima’ y no puede ‘primar’ sobre el derecho internacional público.’²⁶² El tribunal concedió una reducción sustancial de los daños a los demandantes únicamente en relación con los aspectos supuestamente ‘retroactivos’ del régimen de 2013-14. Dicho aspecto de la decisión se examina más detalladamente a continuación.²⁶³
- *Wirtgen*, **CL-0097**: El tribunal llegó a la conclusión de que el derecho internacional abarca el derecho de la UE,²⁶⁴ pero no encontró ningún conflicto pertinente, por lo que

²⁵⁸ **CL-0023**, *Micula*, ¶ 328. [Traducción del Tribunal]

²⁵⁹ *Ibid.* [Traducción del Tribunal]

²⁶⁰ **CL-0023**, *Micula*, ¶ 340.

²⁶¹ **RL-0049**, *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España* (Caso CCE No. V062/2012), Laudo Final, 21 de enero de 2016 (‘*Charanne c. España*’ o ‘*Charanne*’), ¶¶ 446, 447.

²⁶² **CL-0006**, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/13/30), Decisión sobre Jurisdicción, 6 de junio de 2016, ¶ 87 (énfasis omitido). [Traducción del Tribunal]

²⁶³ Ver más abajo, ¶¶ 346-355.

²⁶⁴ **CL-0097**, *Mr. Jürgen Wirtgen y otros c. República Checa* (Caso CPA No. 2014-03), Laudo Final, 11 de octubre de 2017, ¶ 177.

no se planteó la cuestión de la primacía.²⁶⁵ Por último, no fue necesario examinar las cuestiones relativas a la ayuda estatal, ya que las reclamaciones fracasaron por otros motivos.²⁶⁶

- *Novenergia II*, **CL-0112**: El tribunal resolvió que el derecho de la UE no es aplicable y es irrelevante para la determinación de la jurisdicción del tribunal.²⁶⁷
- *Masdar*, **CL-0113**: El tribunal rechazó la admisión de la decisión de *Achmea*,²⁶⁸ y de la decisión de la CE del 10 de noviembre de 2017.²⁶⁹
- *Antin*, **CL-0114**: El tribunal rechazó la admisión de la decisión de *Achmea*,²⁷⁰ señalando que el derecho de la UE es materialmente irrelevante para la cuestión de jurisdicción.²⁷¹ Sin embargo, sostuvo que España no analizó adecuadamente el impacto del derecho de la UE sobre las expectativas legítimas del inversor.²⁷²
- *Antaris*, **CL-0115**: El tribunal no admitió la decisión de *Achmea* sobre la base de la anterior renuncia del Demandado de excepciones sobre la cuestión de jurisdicción de la UE.²⁷³ No necesitó discutir el tema de la ayuda estatal ya que la solicitud fracasó por otros motivos.
- *Greentech*, **CL-0116**: El tribunal consideró que el derecho de la UE y la decisión de *Achmea* eran irrelevantes para su decisión sobre jurisdicción, al considerar que el Artículo 26(6) del TCE era aplicable sólo al fondo.²⁷⁴ La mayoría del tribunal observó que la decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017 no evaluaba el régimen de incentivos del RD 661/2007 en virtud del cual los demandantes habían invertido y, por

²⁶⁵ Ibid., ¶¶ 178, 259-265.

²⁶⁶ Ibid., ¶ 468.

²⁶⁷ **CL-0112**, *Novenergia II*, ¶¶ 459-465.

²⁶⁸ **CL-0113**, *Masdar*, ¶¶ 679-683.

²⁶⁹ Ibid., ¶ 79.

²⁷⁰ **CL-0114**, *Antin*, ¶¶ 56-58.

²⁷¹ Ibid., ¶¶ 224-230.

²⁷² Ibid., ¶ 658.

²⁷³ **CL-0115**, *Antaris*, ¶ 73.

²⁷⁴ **CL-0116**, *Greentech*, ¶¶ 218, 220-222.

consiguiente, no tenía ninguna relación con las expectativas legítimas de los demandantes de estabilidad regulatoria al momento de invertir.²⁷⁵

- *Cube*, **RL-0090**: El tribunal consideró que, si bien las normas de la UE en materia de ayudas estatales forman parte del derecho de la UE, ‘claramente no pueden constituir “normas del derecho internacional” en el sentido del Artículo 26(6) del TCE.’²⁷⁶ El tribunal consideró que el derecho español y el derecho de la UE sólo son relevantes como hechos para determinar cómo los demandantes pueden esperar que sus inversiones en España sean tratadas, pero no aplicó las disposiciones del derecho de la UE en materia de ayudas estatales.²⁷⁷
- *NextEra*, **RL-0091**: El tribunal rechazó la objeción intracomunitaria, pero indicó que, si bien la decisión de *Achmea* se refería a una controversia sobre un TBI intracomunitario, también se examinó en el contexto del arbitraje entre inversores y estados en el marco del TCE.²⁷⁸ El tribunal decidió que el derecho aplicable era el tratado europeo de comercio y cualquier norma de derecho internacional pertinente para su interpretación y aplicación, añadiendo que se referiría a las disposiciones del derecho español y de la UE, de ser necesario.²⁷⁹ No se hizo ninguna referencia al derecho de la UE en relación con el fondo.
- *9REN*, **CL-0117** o **RL-0092**: En cuanto a la jurisdicción, el tribunal consideró que el derecho de la UE no era esencialmente incompatible con el arbitraje inversor-estado en virtud del Artículo 26 del TCE y el Convenio CIADI, mientras que la decisión de *Achmea* ‘[no] se extiende al TCE.’²⁸⁰ Después de confirmar la jurisdicción, el tribunal consideró que estaba ‘dentro de esa competencia el considerar el derecho de la UE en la medida que resulte necesario para la resolución de la controversia en virtud del derecho *internacional*.’²⁸¹ (énfasis en el original)

²⁷⁵ Ibid., ¶ 381.

²⁷⁶ **RL-0090**, *Cube*, ¶ 159. [Traducción del Tribunal]

²⁷⁷ Ibid., ¶ 160.

²⁷⁸ **RL-0091**, *NextEra*, ¶ 334.

²⁷⁹ Ibid., ¶ 390.

²⁸⁰ **CL-0117**, *9REN*, ¶¶ 172, 173. [Traducción del Tribunal]

²⁸¹ Ibid., ¶ 172. [Traducción del Tribunal]

- *Landesbank*, **CL-0118**: Esta decisión sólo se refirió a la objeción intra-UE de España. El tribunal llegó a la conclusión de que, en virtud del Artículo 16 del TCE, el derecho de la UE no prevalecía sobre el TCE, como base para la jurisdicción del tribunal. No se abordaron cuestiones de ayudas estatales.²⁸²
- *OperaFund*, **RL-0093**: El tribunal consideró que debía respetarse la distinción entre el derecho sustantivo aplicable y el derecho aplicable a la jurisdicción. El tribunal llegó a la conclusión de que todas las disposiciones sustantivas del TCE eran aplicables y que el derecho de la UE no formaba parte del derecho sustantivo aplicable de dicho caso.²⁸³
- *BayWa*, **RL-0095**: El tribunal consideró que las ‘cuestiones de derecho sustantivo de la UE sólo se plantean tanto las reclamaciones formuladas sean válidas con arreglo al TCE y hasta tanto lo sean.’²⁸⁴
- *Stadtwerke*, **RL-0097**: El tribunal consideró que el derecho de la UE no regía la jurisdicción del tribunal en virtud del Artículo 26(6) del TCE. En cuanto al derecho aplicable, el tribunal consideró que el derecho español, como derecho nacional del estado receptor, no era ajeno a la decisión que el tribunal debía adoptar respecto de las cuestiones objeto de la controversia. El tribunal consideró que la cuestión de las expectativas legítimas de los demandantes podía resolverse sin una evaluación de la legislación nacional que creaba y aplicaba el marco jurídico y regulatorio aplicable a la inversión.²⁸⁵

232. En opinión del Tribunal, el derecho de la UE forma parte del derecho internacional, ya que está establecido por una serie de tratados según lo interpretan los tribunales (en particular el TJUE) a cuya jurisdicción han dado su consentimiento los Estados miembros de la UE.²⁸⁶ Es correcto que Japón es un tercero en los tratados de la UE y no está obligado por

²⁸² **CL-0118**, *Landesbank*, ¶ 194.

²⁸³ **RL-0093**, *OperaFund*, ¶ 330.

²⁸⁴ **RL-0095**, *BayWa*, ¶ 409. [Traducción del Tribunal]

²⁸⁵ **RL-0097**, *Stadtwerke*, ¶ 181.

²⁸⁶ Al mismo efecto, *Vattenfall AB c. República Federal Alemana* (Caso CIADI No. ARB/12/12), Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, 31 de agosto de 2018 (*‘Vattenfall’*), ¶ 146, citando a **RL-0048**, *Electrabel S.A. c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/19), Laudo, 25 de noviembre de 2015 (*‘Electrabel (Laudo)’*), ¶ 4.120: ‘El derecho de la UE es derecho internacional porque se basa en tratados internacionales’. [Traducción del Tribunal] El Tribunal nota que si bien *Vattenfall* no es parte del expediente sí es de dominio público y España se refirió a ella en sus

ellos como tal. Pero los tratados de la UE han establecido regímenes jurídicos para regular cuestiones como las ayudas estatales, que además son directamente aplicables como parte de la legislación de los Estados miembros. En la medida en que las empresas japonesas u otras empresas de terceros estados establezcan actividades en la UE que estén reguladas por dichos regímenes, pueden verse afectadas por ellos.

233. En su alegato oral, el Demandado, si bien aceptaba que en principio el derecho de la UE era aplicable a la inversión de la Demandante, rechazó que el Tribunal pudiese aplicarlo, refiriéndose a las restricciones del TJUE en cuanto a la autonomía de dicho derecho.²⁸⁷ En particular, el TJUE señaló que:

[L]a piedra angular del sistema jurisdiccional [de la UE] [...] es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el Artículo 267 TFUE, que [...] tiene como finalidad garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados.²⁸⁸

234. El Demandado interpretó este pasaje en el sentido de que negaba a los tribunales del TCE (a los que no se aplica el procedimiento de decisión preliminar) cualquier facultad de tener en cuenta el derecho de la UE. El Tribunal no interpreta la sentencia del TJUE en ese sentido. El núcleo del razonamiento del TJUE fue el siguiente:

57. Es cierto que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un acuerdo internacional que prevé la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculan a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión. En efecto, la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implican, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere,

comentarios sobre *Cavalum* del 20 de octubre de 2020 (véase el párrafo 4, nota al pie 4 relativa a las conclusiones del tribunal de *Cavalum* en ¶¶ 357 y 358 con respecto al derecho de la UE como parte del derecho internacional); la Demandante presentó comentarios sobre *Cavalum* en respuesta a España el 3 de noviembre de 2020.

²⁸⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1408, ll 18-22 – p. 1409, ll 1-12 (Sra. Moraleda Saceda).

²⁸⁸ *Achmea*, ¶ 37.

siempre que se respete la autonomía de la Unión y de su ordenamiento jurídico [...].

58. No obstante, en el presente asunto, además de que los litigios comprendidos en el ámbito de competencias del tribunal arbitral previsto en el Artículo 8 del TBI pueden tener por objeto la interpretación tanto de dicho Tratado como del Derecho de la Unión, la posibilidad de someter estos litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión está establecida por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros. Pues bien, dicho Artículo 8 puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el Artículo 267 TFUE, por lo que no es compatible con el principio de cooperación leal recordado en el apartado 34 de la presente sentencia.

59. En estas circunstancias, el Artículo 8 del TBI vulnera la autonomía del Derecho de la Unión.²⁸⁹

235. En el presente caso, por el contrario, la jurisdicción del Tribunal no está establecida por ‘un acuerdo que no fue celebrado por la UE sino por los Estados miembros’. Está establecida por un tratado multilateral del que la propia UE es parte. Además, el TCE no contiene ninguna cláusula de desconexión,²⁹⁰ ni ninguna disposición que dé prioridad a la UE sobre el derecho internacional, en particular en lo que respecta a terceros estados.²⁹¹ A falta de tales disposiciones, el Tribunal está llamado a aplicar la regla normal de prioridad del derecho internacional en virtud del Artículo 26(6) del TCE.²⁹²
236. Las referencias a la autonomía del derecho de la UE no implican que un tribunal del TCE no pueda considerar el derecho de la UE en circunstancias apropiadas. La autonomía no es lo mismo que la invisibilidad, y los tribunales del TCE pueden tomar nota y aplicar normas claras y establecidas del derecho de la UE que son relevantes para los hechos que se les

²⁸⁹ *Achmea*, ¶¶ 57-59 (referencias omitidas).

²⁹⁰ Cf **CL-0083**, *Blusun*, ¶ 280; y muchas otras decisiones de los tribunales de inversiones con efectos similares.

²⁹¹ La definición de ORIE en el Artículo 1(3) del TCE no tiene este efecto. Se trata de identificar y caracterizar a organismos como la UE como partes del TCE e identificar su papel y obligaciones junto con los Estados Parte. El Art. 1(3) no incorpora a modo de referencia ninguna regla de conflicto del derecho de la UE, dándole prioridad sobre el derecho internacional en ciertos casos.

²⁹² Cf **CL-0006**, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two lux S.à r.l. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/13/30), Decisión sobre Jurisdicción, 6 de junio de 2016, ¶ 87.

presentan. Esto no convierte a dichos tribunales en órganos no controlados de la UE, ni significa que puedan ejercer las competencias expresamente conferidas a los órganos de la UE, como las diversas competencias de la Comisión Europea en relación con las ayudas estatales. Una cosa es ejercer las facultades conferidas y otra es observar las consecuencias jurídicas ya asentadas de los hechos establecidos en el curso de los procedimientos, por ejemplo, el hecho de que las ayudas estatales no notificadas den lugar a consecuencias adversas en virtud del Artículo 108 (3) del TFUE. En esa medida, al menos, el derecho de la UE forma parte del derecho aplicable en virtud del Artículo 26(6) del TCE.

VII. FONDO

237. La Demandante alega tres pretensiones que surgen en virtud del TCE:

- (A) expropiación indirecta (Artículo 13);
- (B) violación del trato justo y equitativo (Artículo 10(1), inciso primero y segundo);
- (C) incumplimiento de la obligación de protección más constante, que se refiere también al menoscabo con medidas no razonables o discriminatorias (Artículo 10(1), inciso tercero).

238. Antes de pasar al fondo de estas reclamaciones, en la medida en que entran dentro de la jurisdicción del Tribunal, es pertinente observar que se han presentado un gran número de reclamaciones paralelas contra el Demandado derivadas de las medidas españolas, que producen resultados algo discrepantes.

239. Como cuestión general, los tribunales de inversiones (como otros tribunales internacionales) no están obligados por una doctrina estricta de precedentes, sino que se les encarga que hagan sus propias apreciaciones basadas en las pruebas y argumentos que se les presentan. En la práctica, los tribunales citan regularmente los laudos anteriores públicamente disponibles y les prestan una minuciosa atención. En opinión del Tribunal, las decisiones concordantes sobre la interpretación y la aplicación del TCE merecen una seria consideración, especialmente si alcanzan el nivel de una jurisprudencia constante. Cuando divergen, un tribunal posterior no tiene más remedio que formarse su propia

opinión sobre el derecho pertinente y su aplicación a los hechos. Esto es lo que ha hecho el Tribunal.

240. Al evaluar las reclamaciones de fondo de la Demandante, conviene en primer lugar examinarlas en el marco del TCE antes de pasar a examinar los argumentos de las partes sobre el derecho de la UE.

A. LA RECLAMACIÓN DE EXPROPIACIÓN: ARTÍCULO 13(1) DEL TCE

(1) La posición de la Demandante

241. La Demandante sostiene que el TCE protege a los inversores de la expropiación directa e indirecta, a menos que se lleve a cabo de conformidad con las condiciones establecidas en el Artículo 13(1) del TCE. La Demandante afirma que la expropiación ilícita se refiere tanto a los bienes materiales como a los derechos económicamente significativos para el inversor, como lo respalda la jurisprudencia de los tribunales internacionales, como en el caso *SPP c. Egipto*,²⁹³ y como se describe en el estudio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo sobre la Expropiación de Bienes.²⁹⁴ En particular, basándose en el caso *Goetz c. Burundi y Middle East Cement c. Egipto*, la Demandante sostiene que los derechos legales derivados de los actos unilaterales de los estados receptores, como leyes o decretos, están protegidos contra la expropiación ilegal.²⁹⁵ Además, la intención de un estado es irrelevante al evaluar si las medidas adoptadas dieron lugar a una expropiación indirecta.²⁹⁶
242. La Demandante alega que España, al adoptar las Medidas Impugnadas, en particular, el RD-Ley 2/2013, expropió los derechos de la Demandante a percibir las primas, sin ofrecer ninguna indemnización por las pérdidas de la Demandante. Los derechos de la Demandante

²⁹³ Memorial de la Demandante, ¶ 173, citando a **CL-0016**, *Southern Pacific Properties (Medio Oriente) Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/84/3), Laudo, 20 de mayo de 1992 (*'SPP c. Egipto'*), ¶¶ 165-167.

²⁹⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 172, citando a **CL-0015**, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión: Expropiación de Bienes (2000), p. 36.

²⁹⁵ Memorial de la Demandante, ¶¶ 174, 175, citando a **CL-0002**, *Antoine Goetz y otros c. Burundi* (Caso CIADI No. ARB/95/3), Laudo, 10 de febrero 1999, ¶ 76; y **CL-0003**, *Middle East Cement Shipping y Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/99/6), Laudo, 12 de abril de 2002, ¶ 107.

²⁹⁶ Memorial de la Demandante, ¶¶ 169-171.

a recibir primas se derivan de que cada una de las EFE de la Demandante ha recibido y mantenido en virtud de la legislación española la condición de Productor Especial. Cada EFE tenía derecho a recibir, como mínimo, primas por encima del precio del pool para la generación de electricidad.²⁹⁷

243. El derecho de la Demandante se plasmó en certificados oficiales, que se han devaluado casi por completo con la supresión por parte de España de las tarifas *feed-in*, produciendo el mismo efecto que si se hubiesen revocado.²⁹⁸ Después de que España adoptara las Medidas Impugnadas, 11 de las 13 EFE dejaron de recibir incentivos, aunque sus Certificados de Productores Especiales les daban derecho a todas ellas a hacerlo. La Demandante compara esta situación con la del caso *Middle East Cement c. Egipto*, en el que el tribunal sostuvo que una nueva ley que prohibía la importación de cemento, haciendo que la licencia de importación de cemento no tuviera validez, equivalía a una expropiación.²⁹⁹
244. La Demandante sostiene que España no pagó ninguna indemnización por la eliminación del pago de las tarifas *feed-in* mediante el RD-Ley 2/2013. Basándose en el Informe Regulatorio de Brattle, la Demandante sostiene que, en cambio, España recapturó activamente la retribución que las instalaciones existentes habían recibido en el marco del Régimen Especial.³⁰⁰
245. El Régimen Especial no estableció un límite cuantitativo para el monto acumulado de los incentivos financieros que un productor de ER puede recibir. Pero entonces las Medidas Impugnadas establecieron un 7.398% de retorno de inversión para las inversiones en energía renovable, aplicadas no sólo prospectivamente sino también retroactivamente. Esto significa que, si un inversor había obtenido rendimientos superiores al 7,398% en años anteriores, las Medidas Impugnadas lo equilibraban con rendimientos reducidos (hasta el punto, en su caso, de cero subsidios) en el futuro. Es decir, los productores existentes, como

²⁹⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 178.

²⁹⁸ Memorial de la Demandante, ¶¶ 179-181.

²⁹⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 181, citando a **CL-0003**, *Middle East Cement Shipping y Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/99/6), Laudo, 12 de abril de 2002, ¶ 107.

³⁰⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 184, citando a **CE-1**, Primer Informe Regulatorio de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶¶ 32, 239.

la Demandante, deben reembolsar a España mediante una compensación por las retribuciones ya percibidas en el Régimen Especial, y las instalaciones que en conjunto obtuvieron rendimientos superiores al 7,398% no podían acogerse a futuros incentivos.³⁰¹ Esto constituía una expropiación indirecta de los derechos de la Demandante.

246. España violó así el Artículo 13 del TCE al no pagar una indemnización ‘rápida, adecuada y efectiva’, expropiando ilegalmente los derechos legales de la Demandante como Productor Especial.

(2) La Posición del Demandado

247. El Demandado argumenta que no se ha producido ninguna expropiación de derechos, ya que los derechos que la Demandante alega que fueron expropiados no existen en la legislación española y, por consiguiente, no forman parte del patrimonio de la Demandante. Además, las Medidas Impugnadas no tenían carácter retroactivo.³⁰²
248. El Demandado explica que los certificados a los que se refiere la Demandante fueron concedidos al inscribirse en el RAIPRE. Dichos certificados fueron el resultado de un trámite administrativo obligatorio tanto para los productores convencionales como para los de energías renovables y no reflejaban ningún compromiso por parte de España de garantizar una tarifa determinada de forma indefinida a futuro.³⁰³
249. La inscripción fue utilizada por España para supervisar la evolución de la energía eléctrica producida y utilizada, y la energía transferida a la red, para verificar que se cumplieran los objetivos del Plan de Fomento de las Energías Renovables en España 2000-2010. Esta opinión fue apoyada por el tribunal en el caso *Charanne c. España*³⁰⁴ y se desprende del RD 2366/1994, por el que se creó el RAIPRE y se definió su finalidad como la de recopilar

³⁰¹ Memorial de la Demandante, ¶ 185, citando a CE-1, Primer Informe Regulatorio de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶ 187.

³⁰² Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 949, 950; Dúplica del Demandado, ¶¶ 619-638.

³⁰³ Dúplica del Demandado, ¶¶ 684-689.

³⁰⁴ Dúplica del Demandado, ¶ 685, citando a RL-0049, *Charanne*, ¶¶ 509, 510.

estadísticas y ofrecer información sobre la contribución de las instalaciones al sistema eléctrico.³⁰⁵

250. El Demandado sostiene que, al aprobarse las Medidas Impugnadas, la Demandante no tenía un derecho adquirido a recibir un subsidio por tiempo indefinido más allá de un rendimiento razonable, ni tampoco tenía un derecho adquirido a que las fórmulas utilizadas para fijar las primas se mantuviesen inalteradas. Dichos derechos nunca han existido y no pueden considerarse derechos adquiridos incorporados a los bienes de la Demandante protegidos contra la expropiación con arreglo al Artículo 13 del TCE.³⁰⁶ Esta posición también se sustenta en las sentencias del Tribunal Supremo de 2005, 2006, 2007 y 2009, en un informe de la CNE y en un fallo de la CE.³⁰⁷
251. El Demandado también alega que las Medidas Impugnadas no son expropiatorias debido a que no eran retroactivas, ni en virtud del derecho internacional ni en virtud de la legislación española. Basándose en el caso *Nations Energy c. Panamá*,³⁰⁸ el Demandado sostiene que las normas que se aplican a futuro, pero que no afectan a los derechos ya adquiridos, no son retroactivas desde el punto de vista del derecho internacional.³⁰⁹ En el presente caso,

³⁰⁵ Dúplica del Demandado, ¶¶ 686, 687.

³⁰⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 968-971.

³⁰⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 970-972, citando a **R-0126**, Informe 4/2004 de la CNE sobre la Propuesta de Real Decreto 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, 22 de enero de 2004, y **R-0140**, Tercera Sala del Tribunal Supremo, secc. 3, Sentencia, 9 de octubre de 2007, rec. 13/2006; **RL-0021**, Comisión Europea, Decisión C(2016) 7827 final, publicada en el expediente de ayuda SA.40171 (2015 / NN) - República Checa, 28 de noviembre de 2016, ¶ 135; Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 954, 955, citando **R-0138**, Sentencia de 2006, fundamento de derecho tercero, p. 4; **R-0141**, Sentencia de 2009, fundamento de derecho cuarto. Véase también en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 365, 366, citando a **R-0137**, Sentencia de 2005: ‘Ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución’. **R-0138**, Sentencia de 2006, fundamento de derecho tercero: ‘[...] los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un ‘derecho inmodificable’ a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador que, como todos los de este género, no tiene asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro’.

³⁰⁸ Dúplica del Demandado, ¶ 623, citando a **RL-0040**, *Nations Energy Inc. y otros c. República de Panamá* (Caso CIADI No. ARB/06/19), Laudo, 24 de noviembre de 2010 (*‘Nations Energy c. Panamá’*), ¶¶ 642, 646 (La versión en español del laudo es pública. España presentó traducciones al inglés de ¶¶ 642, 644 y 646 como **RL-0040**).

³⁰⁹ Dúplica del Demandado, ¶ 624.

el pago de la nueva retribución se desplegó al futuro, teniendo en cuenta como hecho relevante los pagos realizados antes de la entrada en vigor del RD-Ley 2/2013.³¹⁰

252. Además, el tribunal en *Isolux c. España* consideró que el RD-Ley 9/2013 no tenía efecto retroactivo, sino que se aplicaba al futuro, ya que no revocaba los derechos adquiridos en la operación de las plantas.³¹¹ Basándose en el caso *Charanne c. España*, el Demandado alega que el concepto de retroactividad defendido por la Demandante implica la congelación del marco regulatorio con respecto a la retribución a lo largo de toda la vida de una instalación, lo cual es contrario al objeto y propósito del TCE, que permite la adopción de medidas de control macroeconómico, incluso si con ello se reducen los beneficios de los inversores.³¹²
253. Las Medidas Impugnadas no tienen carácter retroactivo según la ley española, como lo confirman el Tribunal Constitucional español³¹³ y el Tribunal Supremo español.³¹⁴ Dichos tribunales dictaminaron que la modificación de la tasa de rentabilidad razonable introducida por las Medidas Impugnadas sólo afectaba al cálculo global de los subsidios a los que los propietarios de las instalaciones tenían derecho en el futuro, sin afectar o recapturar las cantidades recibidas en el pasado.³¹⁵

(3) El Análisis del Tribunal

254. El Artículo 13(1) del TCE establece:

³¹⁰ Dúplica del Demandado, ¶ 628.

³¹¹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 974, citando a **RL-0024**, *Isolux*, ¶ 814.

³¹² Dúplica del Demandado, ¶¶ 629, 630, citando a **RL-0049**, *Charanne*, ¶¶ 546, 548.

³¹³ Dúplica del Demandado, ¶¶ 634, 635, refiriéndose a **R-0154**, Sentencia del Tribunal Constitucional, 17 de diciembre de 2015 (Apelación Inc. 5347/2013), **R-0156**, Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de febrero de 2016 (Apelación Inc. 5852/2013), **R-0157**, Sentencia del Tribunal Constitucional, 18 de febrero de 2016 (Apelación Inc. 6031/2013).

³¹⁴ Dúplica del Demandado, ¶¶ 634, 635, refiriéndose a **R-0155**, Sentencia del Tribunal Supremo 63/2016, 21 de enero de 2016, (Rca. 627/2012), **R-0089**, Sentencia del Tribunal Supremo 1260/2016, 1 de junio de 2016, (Rec. 649/2014), **R-0023**, Sentencia del Tribunal Supremo 1266/2016, 1 de junio de 2016, (Apelación 564/2014), **R-0045**, Sentencia del Tribunal Supremo 1259/2016, 1 de junio de 2016, (Rca. 650/2014), **R-0026**, Sentencia del Tribunal Supremo 1261/2016, 1 de junio de 2016, (Rca. 653/2014), **R-0027**, Sentencia del Tribunal Supremo 1264/2016, 1 de junio de 2016, (Rca. 657/2014).

³¹⁵ Dúplica del Demandado, ¶ 637, citando a **R-0089**, Sentencia del Tribunal Supremo 1260/2016, 1 de junio de 2016, (Rec. 649/2014), pp. 14, 15.

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

(a) por un motivo de interés público;

(b) de manera no discriminatoria;

(c) con arreglo al debido procedimiento legal; y

(d) mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.³¹⁶

255. La reclamación conforme al Artículo 13 presenta una serie de cuestiones.

256. En primer lugar, es necesario distinguir entre la reclamación de expropiación en virtud del Artículo 13 del TCE y las reclamaciones hechas en virtud de los apartados 1 a 3 del Artículo 10, ya sea que se basen en la inestabilidad, la frustración de expectativas razonables o legítimas o en medidas irrazonables o discriminatorias. El Artículo 13 del TCE, al igual que otras garantías de expropiación, se refiere a la protección de los intereses de propiedad, incluidos determinados derechos legales sobre dinero o beneficios, frente a la incautación o la toma, o con una conducta equivalente. No tiene por objeto proteger la gama más amplia de intereses relacionados con la idea de las expectativas razonables o legítimas. Dichas expectativas pueden frustrarse o negarse, pero no pueden ser expropiadas.

257. En segundo lugar, cuando se trata de una conducta equivalente a la expropiación (o, como se formula en el Artículo 13, una conducta de ‘efecto equivalente’), hay que tener en cuenta que la expropiación, directa o indirecta, requiere una privación sustancial del bien en cuestión o de su valor. Por ejemplo, el tribunal de *AES c. Hungría* señaló:

Para que se produzca una expropiación, es necesario que el inversor se vea privado, en su totalidad o en una parte significativa, de la propiedad o del control efectivo de su inversión: o que su inversión

³¹⁶ CL-0001, TCE, Art. 13(1).

se vea privada, en su totalidad o en una parte significativa, de su valor.³¹⁷

258. Hay varias otras decisiones similares.³¹⁸
259. Para los fines del Artículo 13 del TCE, es necesario preguntar, en primer lugar, qué derechos son identificados por la Demandante como expropiados. A este respecto, la Demandante aclaró en su alegato oral que ‘porque el reclamo es por una expropiación del derecho que se tiene a las FIT’.³¹⁹ Se afirmó que dicho derecho de derecho público se derivaba, en primer lugar, de los Certificados Especiales de Producción expedidos a cada una de las empresas del proyecto de conformidad con su inscripción en el RAIPRE.³²⁰
260. El RAIPRE fue creado por el Artículo 6 del RD 2366/1994, que disponía que:

1. Para el adecuado seguimiento de la planificación energética, tanto en lo relativo a potencia instalada como a la evolución de la energía producida y la energía primaria utilizada, se crea un Registro General de Instalaciones de Producción de Régimen Especial en la Dirección General de la Energía del Ministerio de Industria y Energía [...].³²¹

261. El Artículo 7 del RD 2366/1994 precisaba entonces los derechos y obligaciones de los productores en el Régimen Especial, pero no especificaba la duración de dichos derechos.
262. Esto fue sustituido por las disposiciones pertinentes de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico:

Artículo 21(4). Se crea, en el Ministerio de Industria y Energía, un Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica en el cual habrán de estar inscritas todas aquellas instalaciones de producción de energía eléctrica que hayan sido

³¹⁷ **CL-0050**, *AES c. Hungría*, ¶ 14.3.1. [Traducción del Tribunal]

³¹⁸ Ver, a modo de ejemplo, **RL-0049**, *Charanne*, ¶ 464 (‘Para que una pérdida de valor, sin embargo, sea equivalente a una expropiación, tiene que ser de tal magnitud que equivalga a una privación de propiedad’); **CL-0112**, *Novenergia II*, ¶ 727: ‘Es incontrovertible en el arbitraje internacional que una medida estatal que resulte en una “privación sustancial” de una inversión - es decir, cuando la medida interfiere sustancialmente con el control o el valor económico de la inversión - constituye una expropiación.’) [Traducción del Tribunal]; **RL-0024**, *Isolux*, ¶ 839 (‘[E]s decir, que el impacto de las medidas tiene que ser de tal magnitud sobre los derechos o los bienes del inversor que su inversión pierde todo o una parte muy significativa de su valor, lo que equivale a una privación de su propiedad.’).

³¹⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1264, ll 3-4 (Sr. Turner).

³²⁰ Réplica de la Demandante, ¶¶ 184-191.

³²¹ **C-0002**, RD 2366/1994, Art. 6.

autorizadas, las condiciones de dicha instalación y, en especial, la potencia de la instalación.

Artículo 31. Las instalaciones de energía eléctrica en régimen especial habrán de estar inscritas en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica a que se refiere el apartado 4 del artículo 21 de la presente Ley. La inscripción especificará, en cada caso, el régimen retributivo al que se encuentren acogidos.³²²

263. Los decretos reales posteriores tuvieron efectos similares, remitiéndose al Registro Administrativo creado por la Ley de 1997.³²³
264. En opinión del Tribunal, se trata de disposiciones administrativas perfectamente normales, y no implican por sí mismas la inmutabilidad. La inscripción en el RAIPRE era esencialmente administrativa en efecto; calificaba a los solicitantes para recibir las FIT, pero no implicaba una promesa vinculante de que éstas se mantendrían inalteradas.
265. A ese respecto, el tribunal de *Charanne* sostuvo que:

[L]a Demandada ha demostrado de manera convincente que, en derecho español, la inscripción en el RAIPRE era simplemente un requisito administrativo para poder vender energía, y no implicaba que las instalaciones inscritas tuviesen un derecho adquirido a una determinada retribución.³²⁴

266. La Demandante tampoco ha establecido que, según la ley española, las empresas operadoras tengan un derecho adquirido a una retribución determinada. Los tribunales españoles han negado sistemáticamente la existencia de tal derecho. Por ejemplo, en relación con el recurso interpuesto contra el RD 436/2004, la Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró en su sentencia de 15 de diciembre de 2005:

Ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se

³²² **R-0003**, Ley 54/1997, Arts. 21(4), 31.

³²³ **C-0005**, RD 2818/1998, Art. 9 ('Para el adecuado seguimiento del régimen especial'); **C-0007**, RD 436/2004, Art. 9 ('Para el adecuado seguimiento del régimen especial'); **C-0008**, RD 661/2007, Art. 9 ('Para el adecuado seguimiento del régimen especial').

³²⁴ **RL-0049**, *Charanne*, ¶ 510.

mantenga dentro del marco establecido por la LSE [Ley del Sector Eléctrico 1999]³²⁵

267. La Sala Tercera también declaró en su sentencia de 25 de octubre de 2006 en relación con las modificaciones introducidas en el RD 436/2004:

Mientras no sea sustituida por otra, la regulación legal antes reseñada (Artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico) permite a las empresas correspondientes aspirar a que las primas incorporen en su fijación como factor relevante el de obtener “unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales” o, por decirlo una vez más con palabras del preámbulo del Real Decreto 436/2004 , “una retribución razonable para sus inversiones”. El régimen retributivo que analizamos no garantiza, por el contrario, a los titulares de instalaciones en régimen especial la intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas.³²⁶

268. Una vez más, el 20 de marzo de 2007, la Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró:

El citado Artículo 30 dispone que para la determinación de las primas se tendrá en cuenta [...] unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales; o, [...] una retribución razonable para sus inversiones. El régimen retributivo que analizamos no garantiza, por el contrario, a los titulares de instalaciones en régimen especial la intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas. [...] [É]stos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales.³²⁷

269. Además, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado en muchas ocasiones que ‘dicho marco regulatorio público [...] no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias.’³²⁸

³²⁵ **R-0137**, *Sentencia 2005*, fundamento de derecho octavo.

³²⁶ **R-0138**, *Sentencia 2006*, fundamento de derecho tercero.

³²⁷ **R-0139**, *Sentencia 2007*, fundamento de derecho segundo.

³²⁸ **R-0140**, Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 (Apelación 19/11), de 5 de noviembre de 2012 (Apelación 103/2011), de 9 de noviembre de 2012 (Apelación 89/2011), de 12 de noviembre de

270. En su sentencia de 3 de diciembre de 2009, por la que se desestima la impugnación del RD 661/2007, la Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró:

No se desprende la petrificación o congelación del régimen retributivo de los titulares de instalaciones de energía eléctrica en régimen especial ni un reconocimiento del derecho de los productores en régimen especial a la inmodificabilidad de dicho régimen, al ostentar el Gobierno, según el designio del legislador, un margen de apreciación para determinar los rendimientos energéticos ofrecidos, atendiendo a claros objetivos inherentes a la ejecución de las políticas económica, energética y medioambiental, y tomando en consideración en el ejercicio de su poder regulatorio los evidentes y esenciales intereses generales involucrados en un correcto funcionamiento del sistema de producción y distribución de la energía eléctrica, y, en particular, los derechos de los usuarios.³²⁹

271. Añadió que ‘el principio de seguridad jurídica [...] no incluye derecho alguno a la congelación del ordenamiento jurídico existente’.³³⁰
272. En resumen, la expropiación de derechos inmateriales requiere, entre otras cosas, que los derechos en cuestión existan en el ordenamiento jurídico pertinente, lo que no ocurre en el presente caso.
273. Cabe recordar que ningún tribunal del TCE ha confirmado aún una reclamación en virtud del Artículo 13 en relación con las Medidas Impugnadas. Dichas reclamaciones se han evitado ya sea porque la controversia estaba contemplada en el Artículo 10 o han sido rechazadas de plano.³³¹
274. Por consiguiente, la reclamación de expropiación de la Demandante no prospera, ya que el derecho que se afirma que ha sido expropiado no es un derecho adquirido susceptible de ser expropiado. Si la reclamación de expropiación se hubiera hecho con respecto a la participación indirecta del 100% de la Demandante en las empresas del proyecto, dicha

2012 (Apelación 98 y 110/11), de 16 de noviembre de 2012 (Apelación 116/11), de 21 de noviembre de 2012 (Apelación 34/2011). [Traducción del Tribunal]

³²⁹ **R-0141**, *Sentencia 2009*, fundamento de derecho cuarto.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ Como en **RL-0049**, *Charanne*, ¶¶ 460-467; **CL-0112**, *Novenergia II*, ¶¶ 759-763, **RL-0024**, *Isolux*, ¶¶ 837-854.

reclamación también habría fracasado, porque las plantas siguen intactas y funcionando bajo el control final y la supervisión continua de la Demandante, aunque su valor se vea afectado. Dos de los parques eólicos siguen recibiendo subsidios. En resumen, la Demandante no ha alegado ninguna conducta por parte de España que equivalga a una expropiación y, por consiguiente, la reclamación al amparo del Artículo 13 falla.

275. Al final, el principal argumento de la Demandante ha sido que el régimen de subsidios del RD 661/2007 debía mantenerse en lo esencial en virtud del Artículo 10(1) del TCE, no que se tratase de un derecho adquirido. Su principal pretensión es la estabilidad, no la inmutabilidad. Es a esa reclamación a la que recurre el Tribunal.

B. SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10(1) DEL TCE, PRIMERA Y SEGUNDA ORACIONES

(1) La Posición de la Demandante

a. El estándar de TJE

276. La Demandante sostiene que el estándar de TJE bajo el TCE protege especialmente las expectativas legítimas de los inversores con respecto a los entornos regulatorios. El Artículo 10(1) del tratado exige a los estados proporcionar un trato ‘justo y equitativo’ y establece un nivel de protección más alto que el estándar típico de TJE de un tratado bilateral de inversión, al exigir a los estados crear condiciones ‘estables’ y ‘favorables’,³³² en particular, para las inversiones en energía respetuosas del medio ambiente, como se desprende del objeto y el propósito del TCE.

277. Los tribunales de inversión han confirmado que el estándar de TJE requiere que los estados ofrezcan un ‘comportamiento constante y transparente’,³³³ para otorgar y mantener un marco regulatorio estable y predecible para cumplir con las expectativas justificadas de un inversor extranjero en el momento de la inversión.³³⁴ Esta particularidad del TCE no impide que España cambie su marco regulatorio, pero compromete a España a

³³² Réplica de la Demandante, ¶¶ 205, 206.

³³³ Memorial de la Demandante, ¶¶ 187-194, citando a **CL-0020**, *LG&E Energy Corp. y otros c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, ¶ 131. [Traducción del Tribunal]

³³⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 194, refiriéndose a **CL-0022**, *Impregilo S.p.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/17), Laudo, 21 de junio de 2011, ¶¶ 315, 326, 330, 331, 370; y, entre otros, a **CL-0023**, *Micula* (Ver Memorial de la Demandante, nota al pie 376).

‘proporcionar estabilidad fundamental en las características esenciales del régimen legal en el que se basaron los inversores al realizar inversiones a largo plazo,’ según lo sostenido por el tribunal en *Eiser c. España*.³³⁵

278. La Demandante sostiene que las expectativas legítimas deben determinarse objetivamente, teniendo en cuenta el marco regulatorio vigente en el momento de la inversión. Esto es especialmente así cuando dicho marco está diseñado para atender las necesidades de una clase especial de inversores a largo plazo, como los inversores en instalaciones de generación de energía.³³⁶ La adopción de legislación retroactiva es una de las formas más fuertes de inestabilidad regulatoria y de trato desfavorable, y la Comisión Europea ha disuadido a los estados de la intervención regulatoria retroactiva en el sector de la electricidad.³³⁷
279. La Demandante invirtió por primera vez en España en 1997 (Paxareiras I y IIa),³³⁸ con una última ampliación de su inversión en 2008 (Grallas). Durante dicho período, todas las EFE de la Demandante tuvieron derecho a beneficiarse del Régimen Especial, revisado por última vez mediante el RD 661/2007.³³⁹ Basándose, entre otros, en el caso *Saluka c. República Checa*,³⁴⁰ la Demandante alega que, a efectos de determinar cuándo se formó la confianza legítima de la Demandante, el Tribunal debería considerar las partes constitutivas de la inversión de la Demandante en España como un todo indivisible;³⁴¹ con la decisión de la Demandante de invertir basada en una evaluación del marco regulatorio

³³⁵ Réplica de la Demandante, ¶¶ 207-209, citando a **CL-0079**, *Eiser*, ¶ 382.

³³⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 195.

³³⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 196, refiriéndose a **CL-0042**, Comisión Europea, ‘Preguntas y respuestas: Comisión Europea: Orientaciones para la intervención estatal en el sector de la electricidad’, 5 de noviembre de 2013, pp. 1, 3.

³³⁸ La Demandante afirma que sus contribuciones a España comenzaron mucho antes de cualquier preocupación concebible sobre la situación económica de España. La Demandante afirma que empezó a considerar la posibilidad de invertir en energía eólica en España en 1992, cuando Tomen y SeaWest España exploraron los emplazamientos de Galicia y Asturias; en 1995 Eurus presentó su plan estratégico a la Xunta; y en 1997 Eurus inició su inversión. Véanse los comentarios de la Demandante sobre *BayWa*, 9 de enero de 2020, ¶ 4, refiriéndose al Memorial de la Demandante, ¶¶ 54, 58.

³³⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 202.

³⁴⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 200, citando a **CL-0031**, *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, ¶ 301.

³⁴¹ En sus comentarios sobre *BayWa*, la Demandante reiteró su posición de que, si bien Eurus buscaba la aprobación interna cada vez que ampliaba su proyecto eólico a largo plazo, ésta seguía siendo una inversión única que comenzó en 1997, con varios parques eólicos desarrollados y ampliados en las décadas siguientes. Véanse los comentarios del Demandante sobre *BayWa*, 9 de enero de 2020, ¶ 4.

existente en el momento de la inversión y los cambios realizados durante el proceso de inversión, incluido el RD 661/2007.³⁴²

280. La Demandante alega que esta opinión fue apoyada por el tribunal en *Blusun c. Italia*, que sostuvo que las protecciones sustantivas del Artículo 10(1) del TCE no se limitan a la realización inicial de la inversión, sino que incluyen las ampliaciones posteriores de la inversión y los cambios de forma.³⁴³

b. España violó el Artículo 10(1) del TCE al violar las expectativas legítimas de la Demandante

281. La Demandante no esperaba que España petrificara su marco regulatorio, pero sí confiaba en que España no debilitara significativamente o eliminara el Régimen Especial con respecto a cualquier EFE existente durante su vida operativa. La Demandante contaba con que sus inversiones se beneficiarían de un régimen al menos tan favorable como el establecido en el RD 661/2007.³⁴⁴ Brattle, el perito regulatorio de la Demandante, explica en su Informe de Regulación que los Regímenes Especiales gubernamentales estables son fundamentales para atraer inversiones a largo plazo en energía eólica, ya que dichas inversiones tienen altos costos iniciales y deben funcionar durante bastante tiempo para recuperar dichos costos.³⁴⁵

282. La Demandante alega que sus expectativas de estabilidad, es decir, los subsidios a las EFE de la Demandante no serían revocados con carácter retroactivo, eran legítimas, ya que la legislación del Régimen Especial incluía disposiciones que señalaban la opinión de España sobre las FIT como una forma de fomentar las inversiones energéticas a largo plazo para alcanzar sus objetivos ambientales a largo plazo.³⁴⁶

³⁴² Memorial de la Demandante, ¶¶ 197-201; Réplica de la Demandante, ¶ 250.

³⁴³ Réplica de la Demandante, ¶ 250, citando a **CL-0083 o RL-0074**, *Blusun S.A. y otros c. República Italiana* (Caso CIADI No. ARB/14/3), Laudo, 27 de diciembre de 2016 (*'Blusun c. Italia'* o *'Blusun'*), ¶ 319.

³⁴⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 204.

³⁴⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 218, citando a **CE-1**, Primer Informe Regulatorio de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶ 9.

³⁴⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 225; Réplica de la Demandante, ¶ 244.

283. Asimismo, otras fuentes circunstanciales confirman que las expectativas de la Demandante derivadas de la legislación española fueron legítimas:

- (1) En el preámbulo del RD 2366/1994 se establece que las energías renovables reducen el consumo de energía primaria convencional, lo que repercute positivamente en la protección del medio ambiente.³⁴⁷ El Artículo 7 del RD 2366/1994 señalaba que los Productores Especiales, como todos los proyectos de la Demandante, tenían derecho a '[t]ransferir a la compañía distribuidora de electricidad sus excedentes de energía, siempre que técnicamente sea posible su absorción por la red y percibir por ello el precio que resulte de lo dispuesto en este Real Decreto.' España no incluyó un texto para limitar la duración de este derecho.³⁴⁸ Asimismo, al establecer la fórmula para calcular la indemnización adicional sobre el precio de mercado ('coeficiente') que recibirían los Procedimientos Especiales, el Artículo 18 del RD 2366/1994 estableció que después de un período de cinco años, el valor del coeficiente permanecería 'constante', sin incluir ningún término que contradijera el mensaje de que continuaría mientras las instalaciones de los Productores Especiales pudiesen producir energía.³⁴⁹
- (2) El preámbulo de la Ley 54/1997 situó el fomento de las energías renovables por encima de todas las consideraciones de la política energética española. Además, la disposición transitoria octava de la Ley 54/1997 establecía que, en caso de que se revisaran las primas en el futuro, los Productores Especiales existentes tendrían derecho a elegir el régimen económico que les fuera aplicable en virtud de la Ley 54/1997.³⁵⁰
- (3) En el preámbulo del RD 2818/1998 se indicaba expresamente que la concesión de incentivos a los Productores Especiales 'no tiene límite temporal', y se explicaba la lógica económica de dicha decisión, como la incapacidad de las instalaciones de

³⁴⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 226, citando a **C-0002**, RD 2366/1994, Preámbulo.

³⁴⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 227, citando a **C-0002**, RD 2366/1994, Art. 7(d).

³⁴⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 228, refiriéndose a **C-0002**, RD 2366/1994, Art. 18.

³⁵⁰ Memorial de la Demandante, ¶ 230, citando a **C-0004**, Ley 54/1997, Disposición Transitoria Octava (2).

energías renovables para competir en un mercado libre debido a sus características, tecnologías y costos más elevados. El Artículo 32 del RD 2818/1998 establecía que los Productores Especiales podían seguir acogidos a los regímenes de retribución anteriores, incluso en caso de revisión de las primas fijadas en el RD 2818/1998, en referencia a la disposición transitoria octava de la Ley 54/1997.³⁵¹

- (4) En el preámbulo del RD 436/2004 se hace referencia a la ‘seguridad y estabilidad’ del método de cálculo de la retribución del régimen especial para ‘fomentar la inversión en este tipo de instalaciones.’³⁵² El Artículo 1(b) del RD 436/2004 establecía que el decreto tenía por objeto establecimiento de un régimen económico duradero para las instalaciones acogidas al régimen especial, basado en una metodología de cálculo de la retribución, objetiva y transparente para el cálculo de la retribución. El Artículo 34 establecía un plazo para que las instalaciones eólicas recibieran una determinada tarifa *a partir* del decimoquinto año (énfasis añadido), es decir, de forma indefinida.³⁵³ El Artículo 40 disponía explícitamente que las futuras revisiones de las tasas de incentivos no se aplicarían a las instalaciones existentes.³⁵⁴
- (5) El Artículo 36 del RD 661/2007 estableció que las instalaciones de energía eólica tendrían derecho a recibir determinados incentivos financieros los primeros 15 años y, *a partir de entonces*, determinados incentivos (énfasis añadido), es decir, de forma indefinida en el tiempo.³⁵⁵

284. La legitimidad de las expectativas de la Demandante derivadas de la legislación española sobre el Régimen Especial fue confirmada por los informes emitidos por los asesores financieros independientes de la Demandante en 1997 y 2001. Informaron de que era muy improbable que se produjeran cambios adversos importantes en la política relativa a la energía eólica en un futuro próximo y que el riesgo de que los precios de la electricidad disminuyeran en el futuro se veía mitigado por el marco regulatorio, que promovía el sector

³⁵¹ Memorial de la Demandante, ¶ 231, citando a **C-0005**, RD 2818/1998, Preámbulo y Art. 32.

³⁵² Memorial de la Demandante, ¶ 236, citando a **C-0007**, RD 436/2004, Preámbulo.

³⁵³ Memorial de la Demandante, ¶ 238, citando a **C-0007**, RD 436/2004, Art. 34(4).

³⁵⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 240, citando a **C-0007**, RD 436/2004, Art. 40.

³⁵⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 242, citando a **C-0008**, RD 661/2007, Art. 36, extracto de tabla 3.

de las energías renovables sin límite de tiempo.³⁵⁶ La Demandante también rechaza la sugerencia de España de que la diligencia debida de Eurus fue insuficiente con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español de octubre de 2006. Eurus señala que su inversión comenzó en 1997 y sólo una de sus instalaciones, Grallas, fue aprobada después de octubre de 2006.³⁵⁷

285. La Demandante alega también que sus expectativas basadas en la legislación española sobre el Régimen Especial eran legítimas, ya que se vieron reforzadas por las garantías personales del presidente de Galicia en una reunión en la Embajada de España en Tokio, en la que invocó el Régimen Especial y animó a la Demandante a invertir.³⁵⁸ Las expectativas legítimas de la Demandante también fueron destacadas por: (i) la Xunta de Galicia y el Gobierno de Asturias, que aprobaron en 1996 el plan a largo plazo de EuroVento en parques eólicos y concedieron la condición de productor especial a las EFE de la Demandante para recibir una remuneración acorde con el Régimen Especial; y (ii) los Contratos de Compraventa de Energía ('CCE') que las empresas de servicios públicos de propiedad del Estado español celebraron con las EFE, que permitieron a las EFE vender toda su electricidad a las empresas de servicios públicos de acuerdo con el Régimen Especial.³⁵⁹

c. España violó el Artículo 10(1) del TCE al no mantener condiciones estables y favorables para la inversión de la Demandante

286. Según la Demandante, los cambios retroactivos de España en el Régimen Especial también constituyeron condiciones inestables y desfavorables para su inversión, en violación del Artículo 10(1) del TCE. La Demandante no discute que España podía alterar el Régimen Especial en lo que se refiere a nuevos proyectos y nuevos inversores. Pero España violó el estándar de TJE al cambiar retroactiva y radicalmente el Régimen Especial en un nuevo

³⁵⁶ Memorial de la Demandante, ¶¶ 244-251, ¶ 246, citando a **C-0045**, Primer Memorandum de Babcock, mayo de 1997, p. 84; ¶ 247, citando a **C-0047**, Segundo Memorandum de Babcock, noviembre de 2001, p. 86; y ¶ 250, citando a **C-0049**, Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, EuroVento 201MW Wind Energy Project Confidential Information Memorandum ('Memorandum BHV'), octubre de 2002, p. 77.

³⁵⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 231.

³⁵⁸ Memorial de la Demandante, ¶¶ 252, 253, refiriéndose a **CW-1**, Declaración Testimonial del Sr. Matsuoka, 18 de noviembre de 2016, ¶¶ 17, 19-22.

³⁵⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 222.

marco regulatorio, reduciendo el valor de la inversión de la Demandante a aproximadamente un tercio de lo estipulado.³⁶⁰

287. La Demandante señala que el tribunal en *Total c. Argentina* reconoció la facultad de un estado para fijar las tarifas de una empresa de servicios públicos, siempre y cuando se pudiesen recuperar los costos de operación, amortizar las inversiones y obtener un rendimiento razonable a lo largo del tiempo.³⁶¹ Sin embargo, las Medidas Impugnadas no cumplen estas condiciones. España afirma que las Medidas Impugnadas mantuvieron la estabilidad, ya que fueron coherentes con el principio que rige las inversiones realizadas en virtud de la Ley 54/1997, ‘con el objetivo de que todo inversor pudiese recuperar, tomando como referencia una “instalación tipo”, (1) el coste de su inversión, (2) los costes de operación y (3) obtuviese una rentabilidad razonable.’³⁶² La Demandante cuestiona que la vinculación de los subsidios a los costos de instalaciones tipo hipotéticas en 2014, en el momento de las Medidas Impugnadas, que no formaban parte del marco regulatorio de España cuando la Demandante invirtió y posteriormente amplió su inversión, no garantiza que los inversores existentes puedan recuperar los costos de las instalaciones eólicas construidas entre 1997 y 2008. Por consiguiente, España no proporcionó condiciones estables, en violación del Artículo 10(1) del TCE.³⁶³
288. Asimismo, las Medidas Impugnadas eliminaron la opción de recibir primas, pusieron un tope a los rendimientos de la inversión a una tasa del 7,398% (antes de impuestos) y exigieron efectivamente a la Demandante que reembolsara a España los incentivos que había recibido anteriormente en el marco del Régimen Especial.³⁶⁴ Las Medidas Impugnadas provocaron que muchas de las plantas de la Demandante tuvieran una retribución insuficiente para cubrir sus costos de operación, compromisos de financiación y para generar los rendimientos esperados.³⁶⁵ Con anterioridad a las Medidas Impugnadas,

³⁶⁰ Memorial de la Demandante, ¶¶ 270-275, ¶ 278, refiriéndose a CE-2, Primer Informe de Quantum de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶ 18.

³⁶¹ Memorial de la Demandante, ¶ 275, citando a CL-0039 o RL-0050, *Total S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/1), Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 (*Total c. Argentina*), ¶ 122.

³⁶² Réplica de la Demandante, ¶¶ 213, 214, citando el Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1047, 1048.

³⁶³ Réplica de la Demandante, ¶ 217.

³⁶⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 276.

³⁶⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 277.

el Régimen Especial garantizaba que los inversores como la Demandante pudiesen obtener rendimientos mínimos, sin ningún tipo de tope para dichos rendimientos.³⁶⁶ El tope de rendimiento de las inversiones establecido por las Medidas Impugnadas ha dejado a 11 de las 13 EFE de la Demandante sin recibir incentivos, lo que demuestra que, contrario a lo que afirma España, no es correcto que España ‘mantuviera los subsidios’.³⁶⁷ De este modo, España no creó condiciones estables y favorables para la inversión de la Demandante.

d. La posición de la Demandante sobre la tasa interna de retorno (IRR)

289. El perito de la Demandante, Brattle, refutó el análisis de la TIR tal como lo presentó el perito del Demandado, BDO. Señaló dos puntos principales. Primero, no estaba de acuerdo con el uso de flujos de caja de plantas individuales en lugar de una instalación tipo objetivo. Segundo, la metodología de BDO era inexacta ya que exageraba la TIR y subestimaba el rendimiento requerido.³⁶⁸
290. Dado que las plantas de Eurus han tenido una producción mayor que las instalaciones tipo en el pasado, es razonable que Eurus reciba mayores rendimientos. Sin embargo, el análisis de la TIR de BDO aprovecha esta situación y utiliza la alta rentabilidad de la Demandante para refutar cualquier impacto negativo de las Medidas Impugnadas. Utilizando los flujos de caja de una instalación tipo, este escenario podría evitarse.³⁶⁹
291. De igual manera, Brattle argumentó que BDO omitió incluir en el análisis porciones importantes de los costos de inversión inicial, los cuales se clasificaron en dos categorías: costos de ‘Financiación y otros’ y costos de ‘Desarrollo/Asesoramiento’. Brattle sí incluyó estos costos en su análisis y como resultado, la TIR calculada por BDO cayó del 15,1% al 12,5%.³⁷⁰
292. Por último, Brattle sostuvo que el rendimiento razonable esperado por el Demandante era superior a lo que BDO consideraba razonable. BDO subestimó el rendimiento por tres

³⁶⁶ Réplica de la Demandante, ¶ 218.

³⁶⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 219, citando el Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1049.

³⁶⁸ CE-5, Informe de Refutación de Quantum de Brattle, 29 de septiembre de 2017, ¶¶ 51-54.

³⁶⁹ CE-5, Informe de Refutación de Quantum de Brattle, 29 de septiembre de 2017, ¶¶ 55-60; Transcripción de la Audiencia, Día 3, p. 623, ll 5 y ss. (Sr. Lapuerta); Transcripción de la Audiencia, Día 3, p. 815, ll 11 y ss. (Sr. Caldwell).

³⁷⁰ CE-5, Informe de Refutación de Quantum de Brattle, 29 de septiembre de 2017, ¶¶ 61-70.

razones. En primer lugar, la falta de liquidez de la Demandante aumentaba el riesgo y, por lo tanto, habría dado lugar a mayores rendimientos requeridos. En segundo lugar, BDO imputó los beneficios fiscales de la financiación de la deuda a las plantas, lo que es incompatible con la exclusión de los costos de ‘Financiación y otros’ del cálculo de la TIR. Tercero, BDO no incluyó el riesgo de la construcción, lo que elevaría el costo del capital hasta un 0,5%. Más aún, BDO estimó los WACCs antes de impuestos por año extrapolando su estimación utilizando una tasa impositiva efectiva del 22%. Aunque no se discutió la necesidad de aplicar una tasa impositiva efectiva, la tasa impositiva aplicada por BDO era incorrecta. La tasa no ha sido constante a lo largo de los años y debe ser calculada individualmente para cada año.³⁷¹

293. Como resultado, el rendimiento razonable antes de impuestos en 2007, según Brattle, fue del 9,8% con un equivalente después de impuestos del 7,3%. Esto se apoya en el 7,398% (antes de impuestos) que España consideró razonable en aquel momento.³⁷²

(2) La Posición del Demandado

a. Las expectativas de la Demandante no eran legítimas

294. España sostiene que la Demandante esperaba que cualquier cambio en el Régimen Especial se aplicara sólo prospectivamente, petrificando el Régimen Especial con respecto a las instalaciones existentes de la Demandante, y que, en efecto, tenía un derecho adquirido sobre las tarifas futuras que se recibirían durante toda la vida útil de una instalación.³⁷³ Sin embargo, dicha expectativa no era razonable teniendo en cuenta el marco regulatorio aplicable en el momento de la inversión y su evolución posterior, u otras fuentes a las que se refiere la Demandante.³⁷⁴
295. España coincide con la Demandante en que la legitimidad de las expectativas de un inversor debe ser analizada objetivamente. El Tribunal debe evaluar lo que el inversor sabía o debía saber razonablemente sobre la conducta del estado receptor, según lo sostenido por el

³⁷¹ CE-5, Informe de Refutación de Quantum de Brattle, 29 de septiembre de 2017, ¶¶ 71-83.

³⁷² CE-5, Informe de Refutación de Quantum de Brattle, 29 de septiembre de 2017, ¶ 82.

³⁷³ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 981, 983.

³⁷⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1008, 1009.

tribunal en *Electrabel c. Hungría*.³⁷⁵ En el presente caso, la conducta de España se expresa en el marco regulatorio existente en el momento de la inversión, que, como decidió el tribunal en el caso *Charanne c. España*, un inversor debe analizar diligentemente para apoyar la legitimidad de sus expectativas.³⁷⁶

296. España sostiene que la Demandante no demuestra que haya realizado un análisis diligente del marco jurídico existente,³⁷⁷ que un inversor extranjero en un sector altamente regulado, como el de la energía, ha de efectuar.³⁷⁸ La Demandante no presentó los informes de diligencia debida que el bufete español Uría Menéndez realizó antes de que la Demandante invirtiera en España en 1996.³⁷⁹
297. Además, se requería una evaluación seria y razonable del marco regulatorio español y de sus posibles cambios a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino de España. En diciembre de 2005 y octubre de 2006, el Tribunal Supremo dictaminó que las primas e incentivos a la producción de energía eléctrica en el Régimen Especial podían aumentar tanto como podían disminuir de un año a otro.³⁸⁰
298. Asimismo, un inversor diligente debería haber verificado los límites de la facultad del regulador para cambiar el marco aplicable. Tales límites, afirma España, se encuentran en la Ley 54/1997, que establece el principio de ‘rentabilidad razonable’ y ‘sostenibilidad económica del ‘SEE’.³⁸¹ Pero, como se desprende de la declaración testimonial del Sr. Suwabe, la Demandante esperaba recibir una retribución en los términos establecidos en el RD 661/2007 a lo largo de la vida de sus EFEs. En otras palabras, la Demandante esperaba que el marco regulatorio establecido en el RD 661/2007 quedara fijado definitivamente

³⁷⁵ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 984, ¶ 986, citando a **RL-0048**, *Electrabel (Laudo)*, ¶ 7.78.

³⁷⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 987, citando a **RL-0049**, *Charanne*, ¶¶ 495, 505.

³⁷⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 984-1000; Dúplica del Demandado, ¶¶ 720-723.

³⁷⁸ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 999.

³⁷⁹ Dúplica del Demandado, ¶ 721.

³⁸⁰ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 361-385, citando, entre otros, a **R-0137**, *Sentencia 2005*, fundamento de derecho octavo; Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 995, ¶ 996, citando a **R-0138**, *Sentencia 2006*, fundamento de derecho tercero; Dúplica del Demandado, ¶¶ 723, 729.

³⁸¹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 997.

con respecto a la inversión de la Demandante, a menos que se dispusiera de uno más favorable.³⁸²

299. Incluso si el Tribunal considerase que la Demandante fue diligente en sus decisiones de inversión, las Medidas Impugnadas no violaron las expectativas legítimas de la Demandante. Basándose, entre otros, en los casos *Charanne c. España*, *Electrabel c. Hungría* y *Blusun c. Italia*,³⁸³ España sostiene que, a falta de compromisos específicos por parte de un estado, un inversor no puede esperar legítimamente que un marco regulatorio determinado permanezca inalterado.³⁸⁴ Como España no asumió compromisos específicos con la Demandante en el sentido de no modificar el Régimen Especial, la Demandante no podía esperar legítimamente que el marco regulatorio español se mantuviera inalterado.³⁸⁵ La falta de diligencia de la Demandante hizo que sus expectativas fueran poco realistas y carentes de toda objetividad. Por consiguiente, una reclamación basada en la supuesta violación de tales expectativas debe ser desestimada.³⁸⁶
300. Además, las expectativas de la Demandante no eran razonables teniendo en cuenta el marco regulatorio vigente en el momento de la inversión y su desarrollo posterior. El marco regulatorio evolucionó entre 1997 y 2008 de una manera que reveló la posibilidad de que los cambios regulatorios afectasen negativamente a la retribución de los parques eólicos de la Demandante, por ejemplo, en el caso del RD 436/2004.³⁸⁷
301. Un inversor diligente sabría que el sistema eléctrico español se rige por principios esenciales, incluyendo, entre otros, el principio de jerarquía regulatoria, el principio de sostenibilidad económica y el principio de rentabilidad razonable.³⁸⁸ Estas normas regulatorias se basaron en la Ley 54/1997 y en la jurisprudencia, no en el RD 661/2007. Un inversor diligente no puede esperar legítimamente que España no adopte medidas para

³⁸² Dúplica del Demandado, ¶¶ 704, 706.

³⁸³ Dúplica del Demandado, ¶ 707, ¶ 708, citando a **RL-0049**, *Charanne*, ¶ 510; ¶ 709, citando a **RL-0048**, *Electrabel (Laudo)*, ¶¶ 165, 166; ¶ 712, citando a **RL-0074**, *Blusun*, ¶ 372.

³⁸⁴ Dúplica del Demandado, ¶ 707.

³⁸⁵ Dúplica del Demandado, ¶ 713.

³⁸⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1000.

³⁸⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1015.

³⁸⁸ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1010; Dúplica del Demandado, ¶¶ 726, 732.

resolver el déficit tarifario que afecta a la sostenibilidad del SEE, o que los subsidios públicos se mantengan después de que las plantas hayan alcanzado el objetivo de rentabilidad correspondiente.³⁸⁹

302. Las otras fuentes a las que se refiere la Demandante no podían reforzar legítimamente sus expectativas de que el Régimen Especial se mantuviera sin cambios.
- (i) La competencia para establecer el régimen regulatorio de la retribución de la producción de energía eléctrica corresponde al estado, no a las Comunidades Autónomas, según lo dispuesto en el Artículo 3(1)(c) de la Ley 54/1997. Por lo tanto, ningún acto administrativo de las Comunidades Autónomas de Galicia y Asturias ni ninguna supuesta garantía de su presidente podrían generar una expectativa legítima de que el régimen regulatorio se mantenga inalterado.³⁹⁰
 - (ii) Los certificados para la inscripción en el RAIPRE no protegían a las plantas de las modificaciones introducidas por los RD 2818/1998, RD 436/2004, RD-Ley 7/2006 o el RD 661/2007. Dicha inscripción era un trámite administrativo que se exigía a los productores del régimen ordinario y del régimen especial, para controlar su participación en el SES. El tribunal de *Charanne* confirmó la opinión de que dicho registro no daba a los productores un derecho adquirido a una tasa para establecer la expectativa de que dicha tasa no se modificara.³⁹¹
 - (iii) Los contratos que celebró la Demandante con los distribuidores españoles no pueden calificarse de CCE. Estos contratos simplemente establecían la liquidación de los subsidios pagados por los distribuidores a los productores, por los cuales los distribuidores fueron posteriormente reembolsados por el regulador. Las cantidades pagadas en virtud de dichos contratos fueron determinadas por la normativa aplicable, y no por el distribuidor y el productor. En cualquier caso, el RD 661/2007 modificó dichos contratos (la CNE asumió las funciones de liquidación de las

³⁸⁹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1011-1013.

³⁹⁰ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1020-1025; Dúplica del Demandado, ¶¶ 735-737.

³⁹¹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1026-1029, citando a **RL-0049**, *Charanne*, ¶¶ 509-511.

distribuidoras) y los contratos contemplaban expresamente la posibilidad de que el marco regulatorio fuese modificado.³⁹²

b. España creó condiciones estables para la inversión de la Demandante

303. España sostiene que las ‘condiciones estables’ admiten la adopción de medidas de control macroeconómico razonables y proporcionadas, motivadas por una causa razonable, como lo sostienen los tribunales en *Plama c. Bulgaria*,³⁹³ *AES Summit c. Hungría*,³⁹⁴ y *Mamidoil c. Albania*.³⁹⁵ Los cambios introducidos en el Régimen Especial tuvieron por objeto garantizar la sostenibilidad y el equilibrio del SEE, a fin de garantizar a los productores un rendimiento razonable durante su vida útil, como se establece en el PFER 2005-2010.³⁹⁶
304. España sostiene que los tribunales de *Charanne* y *Eiser* consideraron que las medidas adoptadas por un estado eran proporcionadas y no violaban la obligación de crear condiciones estables, en la medida en que no eliminaban de forma repentina e inesperada las características esenciales del marco regulatorio vigente.³⁹⁷ En el presente caso, las Medidas Impugnadas mantuvieron el carácter esencial del marco regulatorio, es decir, que los inversores pudiesen recuperar el costo de su inversión, los gastos de explotación y obtener un rendimiento razonable, tomando como referencia los costos de una instalación tipo.³⁹⁸ Una comprensión racional y objetiva del marco regulatorio español indica que un inversor podría formarse expectativas sobre la recuperación de los costos de la producción de electricidad sólo con referencia a los costos incurridos por una instalación tipo. Sin embargo, España argumenta que el tribunal de *Eiser* precisamente no tomó en consideración este elemento esencial del marco regulatorio español.³⁹⁹

³⁹² Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1030-1038.

³⁹³ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1043, citando a **RL-0034**, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria* (Caso CIADI No. ARB/03/24), Laudo, 27 de agosto de 2008 (*‘Plama c. Bulgaria’*), ¶ 219.

³⁹⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1044, citando a **RL-0039**, *AES Summit c. Hungría*, ¶¶ 9.3.29, 9.3.30.

³⁹⁵ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1045, refiriéndose a **RL-0046**, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products S.A. c. República de Albania* (Caso CIADI No. ARB/11/24), Laudo, 30 de marzo de 2015, ¶¶ 617, 618.

³⁹⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1039-1047; Dúplica del Demandado, ¶¶ 744-747.

³⁹⁷ Dúplica del Demandado, ¶¶ 773-778, 781.

³⁹⁸ Dúplica del Demandado, ¶ 776.

³⁹⁹ Dúplica del Demandado, ¶ 789.

305. España también creó condiciones estables, ya que las Medidas Impugnadas no fueron retroactivas.⁴⁰⁰ Para que la legislación sea retroactiva, debe afectar a los derechos adquiridos, como decidió el tribunal en *Nations Energy c. Panamá*.⁴⁰¹ El demandante no tenía derechos adquiridos para recibir tarifas inmutables. El Tribunal Constitucional español ha dictaminado en repetidas ocasiones que las medidas adoptadas desde el RD-Ley 9/2013 se aplican al futuro y no son retroactivas, ya que no afectan los derechos adquiridos.⁴⁰²
306. Es más, el tribunal en *Blusun c. Italia* consideró que, a falta de compromisos expresos de un estado, la obligación de crear condiciones estables no impide que el estado cambie sus regulaciones.⁴⁰³ Hay que distinguir entre los compromisos contractuales y las expectativas que subyacen a una relación determinada, ‘estas últimas son más bien cuestiones que deben tenerse en cuenta al aplicar otras normas más que ser normas en sí mismas.’⁴⁰⁴ España sostiene que esta interpretación sobre los límites del poder regulatorio de un estado está directamente relacionada con el objetivo del TCE de crear un mercado energético eficiente y con la norma de condiciones estables del Artículo 10(1) del TCE. Según el Artículo 2 del TCE, los principales objetivos del TCE son la necesidad de asegurar la eficiencia del mercado, la no discriminación y la fijación de precios orientados al mercado. El Artículo 9 del TCE establece que nada impide a una Parte Contratante adoptar medidas para garantizar la integridad y estabilidad de su sistema financiero y sus mercados de capital. España sostiene que estas disposiciones deben tenerse en cuenta al evaluar si las medidas cumplieron con la obligación de crear condiciones estables. Las Medidas Impugnadas no

⁴⁰⁰ Dúplica del Demandado, ¶ 769.

⁴⁰¹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1053-1067, citando a **RL-0040**, *Nations Energy c. Panamá*, ¶¶ 642, 644, 646.

⁴⁰² Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1065, citando a **R-0154**, Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2015, dictada en recurso de inconstitucionalidad 5347/2013 y véase ¶ 1066 referente a **R-0156**, Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de febrero de 2016, dictada en recurso de inconstitucionalidad 5852/2013 y **R-0157**, Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de febrero de 2016, dictada en recurso de inconstitucionalidad 6031/2013.

⁴⁰³ Dúplica del Demandado, ¶ 752, citando a **RL-0074**, *Blusun*, ¶¶ 317, 367, 372.

⁴⁰⁴ Dúplica del Demandado, ¶¶ 752, 753, citando a **RL-0074**, *Blusun*, ¶ 371. [Traducción del Tribunal]

han impedido que la Demandante continúe su actividad económica, con sus plantas funcionando con normalidad.⁴⁰⁵

c. La Posición del Demandado sobre la TIR

307. El Demandado alega que el análisis de la TIR demuestra que las Medidas Impugnadas no tuvieron un impacto negativo en la inversión de la Demandante y que, por consiguiente, son proporcionales. Para ello, compara la TIR del proyecto con la WACC.
308. Según el Demandado, hay una diferencia entre la TIR del proyecto y la TIR del accionista. La primera representa el rendimiento considerando los flujos de caja operativos sin tener en cuenta cómo se ha financiado el proyecto. Constituye la tasa interna de retorno que se obtendrá del proyecto.⁴⁰⁶ Según la Orden IET/1045/2014 de 16 de junio de 2014, la TIR del proyecto antes de impuestos en España debe ser de alrededor del 7,398%. Esta última representa el rendimiento de los accionistas según lo generado por el proyecto y constituye el rendimiento final de los accionistas teniendo en cuenta tanto los flujos de caja como la financiación del proyecto.⁴⁰⁷ Por último, según la CE y un análisis del mercado, una TIR de proyecto del 7,398% es razonable y proporcional.⁴⁰⁸
309. Asimismo, el proyecto TIR debería ser similar al de la WACC, que constituye un comparativo útil. La WACC se calcula teniendo en cuenta el costo exigido por los accionistas y proveedores de financiación externa. A continuación, se pondera contra los costos totales de financiación. Según los cálculos de BDO, la WACC aplicable es del 4,90% después de impuestos.⁴⁰⁹ La WACC aplicable antes de impuestos es del 7,36%.⁴¹⁰
310. Para evaluar la tasa de retorno de Eurus, BDO asumió una vida útil de 20 años sobre la cual se tuvieron en cuenta los flujos de caja del inversor.⁴¹¹ Habiendo evaluado todos los

⁴⁰⁵ Dúplica del Demandado, ¶¶ 752-762.

⁴⁰⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 956, ll 22 y ss. (Sr. MacGregor).

⁴⁰⁷ **RE-1**, Informe Pericial de BDO, 11 de abril 2017, ¶¶ 138 y ss.; Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 957, ll 4 y ss. (Sr. MacGregor).

⁴⁰⁸ Dúplica del Demandado, ¶¶ 519-527.

⁴⁰⁹ **RE-1**, Informe Pericial de BDO, 11 de abril 2017, ¶ 148y ss.

⁴¹⁰ **RE-1**, Informe Pericial de BDO, 11 de abril 2017, ¶ 172.

⁴¹¹ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 966, ll 10 y ss. (Sr. MacGregor).

datos disponibles, BDO considera que la TIR del proyecto antes de impuestos es del 15,15%.⁴¹² Esta cifra es muy superior a la rentabilidad razonable del nuevo régimen de incentivos español o de la WACC antes de impuestos. Por consiguiente, no existe un impacto negativo en la inversión de la Demandante a través de las Medidas Impugnadas.⁴¹³

(3) El Análisis del Tribunal

311. Como se ha señalado en el párrafo 240 supra, el Tribunal examinará en primer lugar la reclamación de Eurus en virtud del Artículo 10(1) del TCE, oraciones primera y segunda, en cuanto al fondo, sin hacer referencia al derecho de la UE en materia de ayudas estatales. El análisis y las conclusiones que se exponen en esta subsección (¶¶ 311-369) se adoptan por mayoría. El árbitro Garibaldi disiente de la conclusión general y de la mayoría de los aspectos del razonamiento que la sustenta. El alcance de la disidencia y las razones de la misma se establecen en una Opinión Parcialmente Disidente, que se adjunta al presente.

a. El estándar aplicable del TCE

312. El Artículo 10(1) del TCE, en sus primera y segunda oraciones, dispone en la parte pertinente lo siguiente:

De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán asimismo de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas.

⁴¹² **RE-1**, Informe Pericial de BDO, 11 de abril 2017, ¶ 172.

⁴¹³ **RE-1**, Informe Pericial de BDO, 11 de abril 2017, ¶¶ 168ff, Documentos de trabajo de BDO, Tablas F y G.

313. Estas disposiciones han sido ampliamente discutidas en varias decisiones arbitrales,⁴¹⁴ y no tiene mucho sentido que el Tribunal repase el mismo tema. Pero se pueden hacer algunas observaciones generales.
314. La Demandante hizo hincapié en la frase ‘estables, equitativas, favorables y transparentes’ (Artículo 10(1) del TCE, primera oración).⁴¹⁵ Sin embargo, como han señalado varios tribunales, la primera oración del Artículo 10(1) no puede interpretarse sin tener en cuenta la segunda oración.⁴¹⁶ No da un mandato general a los tribunales del TCE para que decidan si las decisiones gubernamentales que afectan a las inversiones son ‘equitativas’ o ‘favorables’, como tampoco el estándar de TJE da una discrecionalidad general a los tribunales de los TBI para imponer sus propios puntos de vista en cuanto a la ‘justicia’ y la ‘equidad’. La norma jurídica plasmada en las primera y segunda oraciones del Artículo 10(1) tiene en cuenta las prerrogativas y responsabilidades de los gobiernos, así como los derechos e intereses de los inversores, incluido su interés en la estabilidad.
315. De particular relevancia por su contexto de subsidios (aunque se refería a la energía FV, no a la eólica) es el laudo del tribunal en el caso *Blusun c. Italia*. El tribunal llegó a la siguiente conclusión:

A falta de un compromiso específico, el estado no tiene la obligación de conceder subsidios como las tarifas *feed-in*, o de mantenerlos inalterados una vez concedidos. Pero si se conceden legalmente, y si se hace necesario modificarlos, esto debe hacerse de manera que no sea desproporcionada con el objetivo de la enmienda legislativa, y debe tener debidamente en cuenta los intereses de confianza razonable de los receptores que puedan haber comprometido recursos sustanciales sobre la base del régimen anterior.⁴¹⁷

⁴¹⁴ Ver, por ejemplo, **CL-0051**, *Petrobart Limited c. República Kirguisa* (Caso CCE No. 126/2003), Laudo Arbitral, 29 de marzo 2005; **RL-0034**, *Plama c. Bulgaria*; **RL-0039**, *AES Summit c. Hungría*; **CL-0018** o **RL-0002**, *Electrabel*; **RL-0077**, *Hulley*; **RL-0078**, *Yukos c. Rusia*; **RL-0048**, *Electrabel (Laudo)*; **RL-0049**, *Charanne*; **RL-0024**, *Isolux*; **CL-0083** o **RL-0074**, *Blusun*; **CL-0079**, *Eiser*.

⁴¹⁵ Ver Réplica de la Demandante, ¶ 206.

⁴¹⁶ See **CL-0083**, *Blusun*, ¶ 319(3); **CL-0115**, *Antaris*, ¶ 365; **CL-0112**, *Novenergia II*, ¶¶ 642-646; *contra* *Rupert Binder c. República Checa* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2011, ¶ 446.

⁴¹⁷ **CL-0083**, *Blusun*, ¶ 319(5). [Traducción del Tribunal]

El tribunal añadió:

Estas consideraciones se aplican con mayor fuerza cuando se trata de subsidios o del pago de beneficios especiales para determinados sectores económicos.⁴¹⁸

316. Cabe objetar que esta formulación no hace referencia a las expectativas legítimas, que se han convertido en una especie de *leitmotiv* en la jurisprudencia sobre el estándar de trato justo y equitativo. El tribunal de *Blusun* explicó la cuestión en los siguientes términos:

Es [...] cierto que una representación sobre la conducta futura del estado podría hacerse en forma de una ley, expresada con suficiente claridad. Pero sigue habiendo una clara distinción entre una ley, es decir, una norma de mayor o menor generalidad que crea derechos y obligaciones mientras está en vigor, y una promesa o compromiso contractual. Hay otra distinción entre los compromisos contractuales y las expectativas que subyacen a una relación determinada: por muy legítimas que sean, estas últimas son más bien cuestiones que deben tenerse en cuenta al aplicar otras normas más que ser normas en sí mismas. El derecho internacional no hace vinculante lo que no lo era en primer lugar, ni hace perpetuo lo que era sólo temporal.⁴¹⁹

317. Desde este punto de vista, las expectativas legítimas son esencialmente *consideranda*. El término en sí mismo no aparece en el TCE, ni tampoco en los TBI, y no existe una norma que establezca que se deban respetar las expectativas legítimas, análoga a la norma *pacta sunt servanda* del derecho de los tratados. Más bien, son factores pertinentes que deben tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación de las normas de los tratados, como las primera y segunda oraciones del Artículo 10(1) del TCE.
318. El *test* de *Blusun* fue aprobado por ambas Partes en sus escritos.⁴²⁰

b. El Artículo 10(1) aplicado a los Parques Eólicos de la Demandante

319. Aplicando el *dictum* de *Blusun*, es necesario hacer las siguientes preguntas: (i) si existió un compromiso específico de intangibilidad; (ii) en ausencia de un compromiso específico,

⁴¹⁸ CL-0083, *Blusun*, ¶ 372. [Traducción del Tribunal]

⁴¹⁹ CL-0083, *Blusun*, ¶ 371. [Traducción del Tribunal]

⁴²⁰ Réplica de la Demandante, ¶¶ 195, 207, 208; Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 81, 22 – p. 84, 1 (Sr. Turner); Dúplica del Demandado, ¶¶ 707, 712, 745; Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 178, ll 1-14 (Sra. Moraleda Saceda); Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 235, ll 1-7 (Sr. Santacruz Descartín).

¿tuvo la Demandante una expectativa legítima de que los subsidios no se reducirían durante la vida del proyecto?; (iii) si los subsidios fueron otorgados legalmente; (iv) si los cambios de 2013-14 fueron desproporcionados con respecto al objetivo legítimo de las enmiendas legislativas; y (v) si tuvieron debidamente en cuenta los intereses de confianza razonable de los receptores que habían comprometido recursos sustanciales sobre la base del régimen anterior. A modo de resumen, en las siguientes secciones, el Tribunal responde a estas preguntas de la siguiente manera: (i) no se contrajeron compromisos específicos; (ii) la Demandante tenía expectativas legítimas de que los subsidios se mantendrían en alguna forma sustancial, pero no de que el régimen de subsidios del RD 661/2007 se mantuviera como tal durante la vida de la inversión; (iii) con sujeción al derecho de la UE (considerado más adelante) los subsidios fueron concedidos legalmente; (iv) en todos los aspectos menos uno (la recaptura (*claw-back*) de beneficios ya pagados) las Medidas Impugnadas no fueron desproporcionadas, dadas las circunstancias en las que se impusieron; (v) en el mismo sentido, las modificaciones, de haberse aplicado sin la recaptura, tuvieron en cuenta los intereses de confianza razonables de los receptores.

320. En las siguientes subsecciones, el Tribunal da sus razones para dichas conclusiones.

(i) ¿Hubo un compromiso específico en cuanto al régimen de las FIT?

321. El Tribunal ya ha tratado y rechazado el argumento de que la inscripción de RAIPRE implicaba por sí sola un compromiso con el Régimen Especial.⁴²¹ La Demandante reconoció expresamente que no existía un compromiso específico sobre la inmutabilidad del régimen de FIT bajo el RD 661/2007.⁴²² En opinión del Tribunal, esto es correcto. No sólo es coherente con la posición adoptada por los tribunales españoles en relación tanto

⁴²¹ Ver más arriba, ¶¶ 260-265.

⁴²² La Demandante alegó que el Artículo 44(3) del RD 661/2007 actuaba como una cláusula de estabilización, pero aceptó que las cantidades pagaderas por concepto de subsidio no estaban congeladas, sino que eran objeto de una obligación de estabilidad en los términos de la primera oración del art. 10(1) del TCE: en efecto, una garantía más flexible. Véase Memorial de la Demandante, ¶¶ 117, 119, 213; Réplica de la Demandante, ¶¶ 246; Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1284, 5 – p. 1285, 4; p. 1286, 10 – p. 1287, 9; p. 1288, ll 7 y ss.; p. 1291, ll 9 y ss.; p. 1292, ll 10 y ss. Por consiguiente, la Demandante no presentó ninguna reclamación en virtud del Artículo 10(1) del TCE, oración final (la cláusula general). Véase también la carta de la Demandante del 29 de abril de 2019 [Traducción del Tribunal]: ‘España [...] se apoya en gran medida en la decisión de RREEF, según la cual los inversores no podían esperar un régimen regulatorio congelado, pero por supuesto esto no tiene ninguna relación con el presente procedimiento, ya que *Eurus nunca ha impugnado dicho derecho*’ (énfasis en el original)

con el RD 436/2004⁴²³ como con el RD 661/2007;⁴²⁴ sino que también es coherente con las conclusiones alcanzadas por la mayoría de los tribunales que han tratado el asunto.⁴²⁵

322. *A fortiori*, las garantías que, según se afirmó, el presidente de la Xunta de Galicia dio a Eurus Japan en una visita a Japón⁴²⁶ no equivalían a compromisos específicos. Las declaraciones orales hechas en ocasiones de promoción no son suficientes para este propósito, además de la inevitable incertidumbre sobre lo que se dijo. El Tribunal también reconoce el argumento del Demandado de que un representante de una Comunidad Autónoma no tuvo competencia para crear obligaciones financieras de España en relación con la REE.⁴²⁷ En consecuencia, la aprobación del plan estratégico a largo plazo de EuroVento por la Xunta de Galicia y el Gobierno de Asturias y la concesión del estatuto de productor especial a las EFE de la Demandante tampoco dan lugar a expectativas legítimas. Tampoco puede considerarse que el hecho de que las empresas de servicios públicos españolas celebrasen CCEs con las EFE de la Demandante cree expectativas legítimas con respecto al Estado español.

(ii) ¿Qué expectativas legítimas tenía la Demandante?

323. Sin embargo, la Demandante alegó que tenía expectativas legítimas de que España no revocaría o debilitaría significativamente el Régimen Especial aplicable a los proyectos existentes, por lo que Eurus esperaba que la retribución del RD 661/2007 siguiera aplicándose a su inversión.⁴²⁸

⁴²³ Ver más arriba, ¶¶ 266-269.

⁴²⁴ Ver más arriba, ¶ 270.

⁴²⁵ **RL-0071**, *Eiser*, ¶¶ 363, 387; **RL-0049**, *Charanne*, ¶ 503; **CL-0114**, *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energía Termosolar B.V. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/13/31), Laudo, 15 de junio de 2018, ¶¶ 553, 555; **RL-0024**, *Isolux*, ¶¶ 774, 787. En *Masdar*, el tribunal sostuvo que había un ‘compromiso específico [...] de que cada una de las Plantas calificadas bajo el régimen económico del RD661/2007 por su ‘*vida útil*’” (**CL-0113**, *Masdar*, ¶ 520). En el presente caso no existe una carta equivalente a la que dicho tribunal interpretó como una garantía. También sostuvo que ‘el RD 661/2007 [...] incluye una cláusula de estabilización [que] es suficiente para excluir *cualquier* modificación de la ley, en lo que respecta a los inversores, que habían hecho inversiones en base a sus términos’ (**CL-0113**, *Masdar*, ¶ 503 (énfasis añadido)).

⁴²⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 62. Ver más arriba, ¶¶ 120-134, 279.

⁴²⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1020-1023.

⁴²⁸ Memorial de la Demandante, ¶ 216; Réplica de la Demandante, ¶ 239.

324. De hecho, todos los parques eólicos de la Demandante, excepto uno, fueron puestos en servicio antes de la entrada en vigor del RD 661/2007, los tres primeros incluso antes de la promulgación de la Ley de 1997.⁴²⁹ En opinión del Tribunal, como cuestión de principio general, una expectativa legítima es una forma de interés de confianza que debe estar relacionada con hechos o circunstancias existentes en el momento en que se realiza la inversión.⁴³⁰ La Demandante sostuvo que es posible que las expectativas se vean reforzadas por acontecimientos posteriores: por ejemplo, podría considerarse que un inversor depende de un nuevo decreto si la inversión se mantiene (a diferencia de ser vendida) con posterioridad a la aprobación del decreto.⁴³¹ Cualquier interpretación de este tipo implicaría que las expectativas de los inversores se limitan a seguir el estado de la ley periódicamente, y la idea de un interés de confianza perdería toda autonomía. Asimismo, la actualización continua de las expectativas legítimas que tal teoría parecería implicar que no puede explicar por qué las expectativas deben siempre mejorarse en lugar de verse perjudicadas por los acontecimientos posteriores. Si pueden ser tan fácilmente destruidas como creadas, perderían gran parte de su valor como conducto de estabilidad.
325. Esto es suficiente en sí mismo para excluir la hipótesis de una expectativa legítima de que el régimen del RD 661/2007 se mantendría al menos para los proyectos preexistentes.
326. Por otra parte, las disposiciones expresas de la legislación en cuanto a la conducta futura son capaces de generar expectativas legítimas, a pesar de la distinción generalmente válida entre leyes y promesas.
327. A este respecto, la Demandante se refiere a las disposiciones que presenta ‘indicativas del compromiso de estabilidad asumido por España para el largo plazo’⁴³²: el preámbulo del

⁴²⁹ Memorial de la Demandante, Apéndice II: Eos Pax IIA SL (Paxareiras I y Paxareiras IIA), Parque Eólico de Barbanza SA (Barbanza), y Parque Eólico Vicedo SL (Vicedo).

⁴³⁰ Para la propuesta de que las expectativas legítimas son las que existen en el momento de la inversión, véase, por ejemplo, **RL-0080**, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/06/18), Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, ¶ 264; **RL-0081**, *Philip Morris Brands SÀRL y otros c. República Oriental de Uruguay* (Caso CIADI No. ARB/10/7), Laudo, 8 de julio de 2016, ¶ 429; **RL-0084**, *National Grid plc c. República Argentina* (CNUDMI), Laudo, 3 de noviembre de 2008, ¶ 173; **RL-0069**, *Invesmart, B.V. c. República Checa* (CNUDMI), Laudo, 26 de junio de 2009, ¶ 202.

⁴³¹ Memorial del Demandante, ¶ 241, refiriéndose a la confianza expresa de Eurus en el RD 661/2007 ‘para continuar y ampliar su inversión’; Réplica de la Demandante, ¶ 250.

⁴³² Réplica de la Demandante, ¶ 244. Ver también Memorial de la Demandante, ¶¶ 233-243.

RD 2818/1998, ocho disposiciones transitorias de la Ley 54/1997, el Artículo 40(3) del RD 436/2004 y el Artículo 44(3) del RD 661/2007. Estas dos últimas disponían que:

Las tarifas, primas, incentivos y complementos que resulten de cualquiera de las revisiones contempladas en esta sección serán de aplicación únicamente a las instalaciones que entren en funcionamiento con posterioridad a la fecha de entrada en vigor referida en el apartado anterior, sin retroactividad sobre tarifas y primas anteriores.⁴³³ (RD 436/2004, Artículo 40(3))

Las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión.⁴³⁴ (RD 661/2007, Artículo 44(3))

328. La Demandante se remite al Artículo 32 del RD 2818/1998:

Cada cuatro años se revisarán las primas fijadas en el presente capítulo de este Real Decreto, así como los valores establecidos para las instalaciones acogidas al Real Decreto 2366/1994, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria octava de la Ley del Sector Eléctrico, atendiendo a la evolución del precio de la energía eléctrica en el mercado, la participación de estas instalaciones en la cobertura de la demanda y su incidencia sobre la gestión técnica del sistema.⁴³⁵

329. Aunque la Demandante admitió que el RD 1614/2010 no tuvo un efecto significativo en su inversión, fue el precursor de la revisión de España. En este contexto, también se podría hacer referencia al Artículo 5(3) del RD 1614/2010, que establece que:

Sin perjuicio de lo previsto en el presente real decreto, para las instalaciones de tecnología eólica acogidas al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, las revisiones de las tarifas, primas y límites inferior y superior, a las que se refiere el Artículo 44.3 del citado real decreto, no afectarán a las instalaciones inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente de la Dirección

⁴³³ C-0007, RD 436/2004, Art. 40(3).

⁴³⁴ C-0008, RD 661/2007, Art. 44(3).

⁴³⁵ Réplica de la Demandante, citando a C-0005, Real Decreto 2818/1998, Preámbulo.

General de Política Energética y Minas a fecha 7 de mayo de 2009
[...].⁴³⁶

330. De particular importancia es la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, vigente hasta su derogación en 2013. El Artículo 30(4) establecía que:

El régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se ajustará mediante el pago de una prima en los términos reglamentarios establecidos en los reglamentos y en los siguientes casos:

[...]

Para la determinación de las primas se tendrá en cuenta el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética, y *los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales.*⁴³⁷ (énfasis añadido)

331. A juicio del Tribunal, esta Ley establece un principio general coherente y es incompatible con la tesis de que ciertos Reales Decretos, en particular el RD 661/2007, estabilizaron el régimen. La Ley de 1997 debía aplicarse mediante reglamentos que probablemente cambiarían y cambiaron, y no en una dirección uniforme que favoreciera a los destinatarios.
332. En particular, no existía una expectativa legítima de que los subsidios no fueran a reducirse o limitarse nunca. Algunos decretos concedieron derechos adquiridos a las plantas existentes, pero otros no, y aunque la concesión de derechos adquiridos puede ser una práctica óptima, no es, en opinión del Tribunal, requerido por el TCE. A este respecto, este Tribunal discrepa con el tribunal de *Cube*, que consideró que las referencias a un rendimiento razonable no ‘representaran un límite al rendimiento que un productor podría percibir’.⁴³⁸ El Tribunal considera que las tres ‘cláusulas de derechos adquiridos’ citadas

⁴³⁶ **C-0010**, RD 1614/2010, Art. 5(3).

⁴³⁷ **C-0004** y **R-0003**, Ley 54/1997, Art. 30(4).

⁴³⁸ **RL-0090**, *Cube*, ¶ 293: ‘293. No consideramos que las referencias en el RD 661/2007 a una “rentabilidad razonable” se concibieran para tener aplicación alguna fuera del contexto de las revisiones de las tarifas y de los límites superior e inferior en virtud del Artículo 44.3 del RD 661/2007. En particular, no consideramos que las referencias a una “rentabilidad razonable” representaran un límite al rendimiento que un productor podría percibir de una instalación eléctrica o grupo de instalaciones sin sufrir una reducción o un incremento en las tarifas inferior al normal, ni que las

anteriormente no establecen ningún principio general, como también sostiene el tribunal de *RREEF*.⁴³⁹

333. La Demandante no pudo haber tenido expectativas legítimas respecto a la retribución del RD 661/2007, ya que la mayoría de sus plantas se pusieron en marcha entre marzo de 1997 y mayo de 2006, y sólo una se puso en marcha en febrero de 2008. Más concretamente, cuatro de los proyectos de la Demandante se pusieron en marcha después del 15 de diciembre de 2005,⁴⁴⁰ mientras que los demás proyectos se pusieron en marcha entre marzo de 1997 y febrero de 2005. A partir de diciembre de 2005, el Tribunal Supremo dijo que un sistema de retribución determinado podía modificarse siempre y cuando los cambios realizados estuvieran dentro del marco de la Ley de 1997.⁴⁴¹
334. Las partes discreparon tajantemente en cuanto a la relación entre la disposición de ‘rentabilidad razonable’ que figura en el Artículo 30(4) de la Ley de 1997 y los regímenes de subsidios sucesivos establecidos por decreto real.⁴⁴² En opinión del Tribunal, se trata de una falsa dicotomía. El Artículo 30(4) de la Ley de 1997 estableció un principio general y facultó a la administración para aplicarlo mediante un reglamento. La corriente no puede ascender más allá de su fuente ni comprometer al estado más de lo que permite el marco legislativo. La exigencia de que el sistema retributivo sea tal que permita a los receptores ‘al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales’ es general en sus términos, pero es perfectamente inteligible e impone algunos límites a lo que se puede hacer.

referencias proporcionaran algún fundamento para las modificaciones al Régimen de 2007 fuera de los mecanismos establecidos en el RD 661/2007.’ [Traducción del Tribunal]

⁴³⁹ **RL-0088**, *RREEF*, ¶¶ 318-321.

⁴⁴⁰ **Fonteavia** y **Bidueiros** ambos encargados el 26 de diciembre de 2005 y pertenecientes a la EFE Parques Eólicos de Buio; y **Alto de Abara** encargado el 24 de mayo de 2006 y **Grallas** el 22 de febrero de 2008, pertenecientes a la EFE Parque Eólico Abara SL. Ver Memorial de la Demandante, Apéndice II.

⁴⁴¹ **R-0137**, *Sentencia 2005*, fundamento de derecho octavo: ‘Ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE [1999 Ley del Sector Eléctrico].’

⁴⁴² Ver Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 951-959; Réplica de la Demandante, ¶¶ 44-49.

(iii) ¿Fueron dichas expectativas legítimas violadas por las Medidas Impugnadas?

335. Pasando a la cuestión de la violación, del análisis de las expectativas legítimas que se hace en los párrafos 323-334 supra se desprende que no basta con que el Demandante demuestre que ciertas expectativas se vieron menoscabadas o afectadas por las medidas objeto de la reclamación. Recordemos la observación formulada específicamente con respecto a los subsidios en *Blusun*:

[...] [s]i resulta necesario modificarlos, esto debe hacerse de una manera que no sea desproporcionada respecto del objetivo de la enmienda legislativa, y debe tener debidamente en cuenta los intereses de confianza razonable de los receptores que puedan haber comprometido recursos sustanciales sobre la base del régimen anterior.⁴⁴³

336. Por consiguiente, es necesario evaluar la proporcionalidad del cambio de las disposiciones financieras y si se ha tenido debidamente en cuenta los intereses de confianza razonables de los receptores de los subsidios.

337. En cuanto a la finalidad de las Medidas Impugnadas, la razón principal que se dio, entonces y ahora, fue abordar el déficit por cuenta de tarifas del SEE (respecto de lo cual véanse los párrafos 131-134 supra). Este ya había sido declarado ‘insostenible’ en 2009, y en 2013 había alcanzado casi EUR 40.000 millones.⁴⁴⁴ Esto no fue impugnado por Eurus, que en cambio sostuvo que se podrían haber adoptado otras medidas (en particular, el aumento de las tarifas para los clientes) para hacer frente al problema, y que no se debería haber exigido a los productores de ER que soportaran toda la carga de los recortes. Eurus también señaló que el Demandado no presentó un alegato formal de estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud en virtud de la ley de responsabilidad del estado.⁴⁴⁵ Dicha observación, si bien es cierta, no agota la pertinencia del déficit tarifario como el principal factor subyacente que dio lugar a las Medidas Impugnadas.

⁴⁴³ **RL-0074**, *Blusun*, ¶ 319(5). [Traducción del Tribunal] El tribunal en *RREEF* se basó en *Blusun* (¶¶ 516, 547).

⁴⁴⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 297y ss.

⁴⁴⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1258, ll 11-14 (Sr. Turner), refiriéndose a la justificación de España para la introducción del régimen regulatorio.

338. En opinión del Tribunal, el creciente déficit por cuenta de la energía era insostenible. Asimismo, no corresponde al Tribunal hacer conjeturas sobre las medidas razonables adoptadas para hacer frente al déficit (incluidas las medidas que afecten a las plantas existentes), proponer políticas alternativas que podrían haberse adoptado, o ponderar por sí mismo las demandas contrapuestas de los generadores y los consumidores. Si las medidas ‘no [fueron] desproporcionadas respecto del objetivo de la enmienda legislativa y [tuvieron] debidamente en cuenta los intereses de confianza razonable de los receptores que puedan haber comprometido recursos sustanciales sobre la base del régimen anterior’, serían coherentes con el estándar de TJE del Artículo 10(1). Aplicando esa norma, es necesario diferenciar entre los distintos aspectos de las Medidas Impugnadas.

(iii) (a) Vida útil regulatoria en lugar de real (20 años en lugar de 25 o 30 años)?

339. En su Memorial, la Demandante resumió sus expectativas de la siguiente manera: ‘Eurus esperaba que el Régimen de Incentivos no se empeoraría ni eliminaría respecto de ningún proyecto en concreto durante la vida operativa del proyecto.’⁴⁴⁶

340. Con su Memorial, Eurus presentó un informe pericial de Exponent.⁴⁴⁷ Se le pidió a Exponent que evaluara la vida operativa de las turbinas eólicas de los parques eólicos de la Demandante. Exponent concluyó que los parques eólicos de la Demandante tendrían como mínimo una vida operativa de 30 años.⁴⁴⁸ Basándose en las conclusiones de Exponent, la Demandante instruyó a Brattle para que proyectara los futuros flujos de efectivo para cada EFE en el supuesto de que los parques eólicos funcionaran durante 30 años.⁴⁴⁹ Esta indicación de 30 años de vida operativa fue confirmada en la audiencia por el testimonio del perito de quantum de la Demandante, el Sr. Caldwell,⁴⁵⁰ así como por uno de los peritos regulatorios de la Demandante, el Sr. García.⁴⁵¹ En su primer Informe Regulatorio, Brattle afirma que ‘[e]l Nuevo Régimen Regulatorio limita los incentivos

⁴⁴⁶ Memorial de la Demandante, ¶ 204.

⁴⁴⁷ CE-3, Informe de Exponent, 18 de noviembre de 2016.

⁴⁴⁸ CE-3, Informe de Exponent, 18 de noviembre de 2016, ¶¶ 5, 8.

⁴⁴⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 323.

⁴⁵⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 3, p. 899, ll 13-22 – p. 900, ll 1-12 (Sr. Caldwell).

⁴⁵¹ Transcripción de la Audiencia, Día 3, p. 744, ll 5-11 (Sr. García).

financieros para los parques eólicos a los primeros 20 años de operación. En cambio, el RD 661/2007 [...] se aplicaba durante toda la vida útil de los parques eólicos, que en el caso de los parques de Eurús, se proyecta superior a 30 años según tenemos entendido.⁴⁵² La Demandante argumenta que España no presentó pruebas para impugnar el análisis de la vida útil de 30 años de operación proporcionado por Exponent.⁴⁵³ En el conainterrogatorio, con respecto a la declaración del Primer Informe Regulatorio de Brattle, se le pidió al Sr. García:

SRA. RIVAS KORTAZAR: Recordará usted que al inicio vimos estos veinte años de vida útil y que era la misma referencia que había en el Plan de 20 Energías Renovables del año 2005-2010.

DR. GARCÍA: No, no estoy de acuerdo con esto. Yo diría que era la vida útil regulatoria definida en los planes de energías renovables, pero no era forzosamente la verdadera vida útil de la planta. Hay una diferencia entre la vida regulatoria y la vida útil.

SRA. RIVAS KORTAZAR: Sí, estoy de acuerdo con usted. En realidad, las medidas en litigio también se refieren a la vida regulatoria. ¿Está de acuerdo? ¿Vida regulatoria de veinte años para las eólicas?

DR. GARCÍA: Sí. Así es.⁴⁵⁴

341. En su Memorial de Contestación, el Demandado objetó la expectativa de la Demandante⁴⁵⁵ de que ‘la Tarifa Regulada se aplicaría *a toda la vida* operativa de las instalaciones.’⁴⁵⁶ España explica que el sistema de retribución del Nuevo Régimen se complementa con la vida regulatoria de una instalación tipo. El final de la vida regulatoria establece el momento en que una instalación tipo ha alcanzado el rendimiento razonable establecido por el Regulador, es decir, cuando la instalación tipo ha recuperado sus costos de inversión y operación a través de los subsidios recibidos.⁴⁵⁷

⁴⁵² CE-1, Primer Informe Regulatorio de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶ 23 (referencias omitidas).

⁴⁵³ Réplica de la Demandante, ¶ 419(a).

⁴⁵⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 3, p. 744, ll 18 y ss. (Sr. García).

⁴⁵⁵ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 981, refiriéndose al Memorial de la Demandante, ¶ 204.

⁴⁵⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 982(iii) (énfasis en el original).

⁴⁵⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 798-811.

342. En la audiencia, el perito de España, el Sr. MacGregor, declaró que ‘la vida útil por lo general se toma de las cuentas o de los estados financieros y muestran una vida útil entre 18 y 25 años, pero por lo general digamos 20 años.’ Asimismo, afirmó que los modelos financieros elaborados por la Demandante antes de realizar las inversiones asumían una vida de 20 años y que el Plan de Energías Renovables de España contemplaba una vida útil de 20 años para los parques eólicos, sin que hubiera ningún apoyo para la vida de 30 años argumentada por la Demandante.⁴⁵⁸
343. En esta cuestión, el Tribunal se inclina a discrepar con el Demandado. Las normas anteriores habían dejado claro que el régimen de incentivos duraría más de 20 años, aunque posiblemente a un nivel reducido.⁴⁵⁹ Hay un caso de 25 años como objetivo razonable. Aunque ninguno de los casos siguientes se refería a turbinas eólicas (sino a plantas de EFE),⁴⁶⁰ todos los tribunales consideraron que la vida útil de las plantas de energía renovable en el marco del régimen regulatorio español sería de 25 años:
- En *Antin*, el tribunal observó que las pruebas presentadas no eran coherentes y que la supuesta vida útil se extendía de 20 a 40 años. En particular, el Tribunal señaló que había que hacer reparaciones sustanciales en las plantas después de 25 años, lo que afectaría al subsidio según el Artículo 4(3) del RD 661/2007. Basándose en las pruebas presentadas, el tribunal decidió que la vida útil de las plantas es de 25 años.⁴⁶¹
 - En *Eiser*, el tribunal no llegó a convencerse del registro documental que se le presentó, el cual fue limitado e inconsistente. Sin embargo, el principal documento utilizado, un informe de diligencia debida de un perito, apoyaba una vida de 25

⁴⁵⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 966, ll 11-22 (Sr. MacGregor).

⁴⁵⁹ **CE-1**, Primer Informe Regulatorio de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶ 23.

⁴⁶⁰ El Tribunal ha tomado nota de los comentarios de la Demandante sobre *BayWa* en el sentido de que las conclusiones de otros tribunales en relación con los 25 años de vida útil de otras tecnologías no son pertinentes (véanse los comentarios de Eurus sobre *BayWa*, ¶ 11. Véase también Réplica de la Demandante, ¶¶ 115-117), pero encuentra que este argumento no es convincente.

⁴⁶¹ **CL-0114**, *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/13/31), Laudo, 15 de junio de 2018, ¶¶ 692-714.

años. Por lo tanto, el tribunal rechazó la afirmación de que las plantas fueron diseñadas para una vida de 40 años.⁴⁶²

- En el mismo sentido, el tribunal de *Masdar* asumió una vida de 25 años rechazando la reclamación del demandante de una vida operacional de 40 años basada en el peso de la evidencia, que contradecía la afirmación del demandante.⁴⁶³
- Por último, el tribunal de *RREEF* coincidió con otros tribunales que se han enfrentado a esta cuestión y decidió que la vida útil de las instalaciones de EFE debía considerarse de 25 años, lo que corresponde a las evaluaciones iniciales del demandante antes de que surgiera la controversia.⁴⁶⁴

344. Basándose en lo anterior, el Tribunal considera que una vida de 25 años es adecuada para las plantas eólicas.

(iii) (b) ¿La ‘instalación tipo’ como base de cálculo?

345. La Demandante alegó que sus expectativas legítimas se referían a sus propias plantas: adoptar otra norma de cálculo, sin tener en cuenta los costos reales, las características o los niveles de producción, privaba a Eurus del beneficio de su prudente inversión y gestión de las plantas.⁴⁶⁵ Por otra parte, España tenía que ocuparse de unas 6.000 plantas eólicas, por no hablar de otras instalaciones de ER; había elementos en la legislación anterior de cálculos basados en instalaciones tipo,⁴⁶⁶ y no era descabellado, al menos para el futuro, calcular los subsidios sobre la base de instalaciones tipo, adaptadas al método de generación de energía. En definitiva, en opinión del Tribunal, este aspecto de las Medidas Impugnadas no infringía el Artículo 10(1) del TCE.

⁴⁶² CL-0079, *Eiser*, ¶¶ 443-452.

⁴⁶³ CL-0113, *Masdar*, ¶¶ 613-618.

⁴⁶⁴ RL-0088, *RREEF*, ¶ 549.

⁴⁶⁵ Réplica de la Demandante, ¶¶ 84-88, 198; Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 96, ll 20 y ss. (Sr. Turner).

⁴⁶⁶ Véanse los intercambios entre el perito de la Demandante, el Sr. Lapuerta, y la abogada de España, la Sra. Rivas Kortazar. El Sr. Lapuerta reconoció que el concepto de instalación tipo estaba presente en los planes de energía renovable de 1989, 2000-2010 y 2005-2010 (Transcripción de la Audiencia, Día 3, p. 696, ll 14-22 – p. 698, ll 1-21 (Sr. Lapuerta)). Como se indica en el párrafo 100 supra, en el PFER 1989 a PFER 2005-2010 se utilizó el concepto de instalación tipo.

(iii) (c) ‘Retroactividad’ y la recaptura

346. Los tribunales españoles sostuvieron que las Medidas Impugnadas no eran retroactivas, y que esa conclusión tiene derecho a cierta deferencia.⁴⁶⁷ Además, España no recapturó el dinero pagado por encima de la cantidad total permitida de subsidios: la recaptura era más bien una compensación que una reconvención. En las palabras del Primer Informe Regulatorio de Brattle:

En nuestra opinión, el Nuevo Régimen Regulatorio reduce la retribución de aquellas instalaciones que ya operaban conforme al Régimen Regulatorio Original. Si bien técnicamente las instalaciones no tienen que “devolver ningún importe”, reducir su retribución futura sobre la base de sus ganancias pasadas equivale a pedirles que reintegren dichas ganancias, ya que los inversores se ven obligados a compensar lo que ya han percibido contra la retribución pagadera conforme al Nuevo Régimen Regulatorio.⁴⁶⁸

347. En resumen, las Medidas Impugnadas tuvieron en cuenta los subsidios anteriores a efectos de evaluar los pagos futuros, lo que dio lugar a que no se obtuvieran derechos para 11 de las 13 instalaciones de la Demandante. Esta es una forma más débil de retroactividad, pero la etiqueta ‘retroactiva’ no es decisiva: lo que importa es el fondo.

348. El Demandado alega que las Medidas Impugnadas no tuvieron carácter retroactivo, ya que no afectaron a los derechos adquiridos:

La Demandante, al exponer su teoría, incurre en un nuevo error, básico y de concepto: Para que una norma sea retroactiva debe afectar a *derechos adquiridos*. Como se ha acreditado ya en los hechos, la Demandante nunca ha tenido un ‘derecho adquirido’ a

⁴⁶⁷ **R-0154** Tribunal Constitucional, Sentencia de 17 de diciembre de 2015, 5347/2013, fundamento de derecho séptimo (a) y (c); **R-0029**, Tribunal Supremo español, Sentencia de 22 de julio de 2016, apelación 1964/2016, fundamento de derecho quinto y sexto; R-0002, Tribunal Supremo, Sentencia de 9 de diciembre de 2009, referida al **R-0123**, Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado 937/2013, de 12 de septiembre de 2013 Observación General VI, Documento; **R-0156**, Tribunal Constitucional, sentencia del 18 de febrero de 2016, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 5852/2013; **R-0157**, Tribunal Constitucional, sentencia del 18 de febrero de 2016, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 6031/2013. Compárese con la decisión mayoritaria del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), **R-0089**, Sentencia 1260/2016, 1 de junio de 2016, decidida por 4-3 con disidencias esclarecedoras sobre el tema de la retroactividad; por ejemplo, el juez Espín Templado, p. 47: ‘el sistema en sí mismo se aplica como si hubiera estado en vigor desde el momento de que cada instalación comenzó su vida regulatoria. A mi juicio, tal proyección retroactiva, prescindiendo de la aplicación *in tempore* del sistema vigente antes del citado Real Decreto-ley, como si el mismo no hubiera existido y siendo la nueva regulación manifiestamente más desfavorable para las instalaciones afectadas, es gravemente atentatoria a la seguridad jurídica [...]’.

⁴⁶⁸ **CE-1**, Primer Informe Regulatorio de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶ 190.

una retribución a futuro, sine die, por medio de un FIT fijo e inamovible, no sujeto a posibles medidas de control macroeconómico o reformas del SEE. Como se ha acreditado, la reforma contenida en el RDL 9/2013 sólo tiene efectos hacia el futuro, sin afectar a *derechos adquiridos*.⁴⁶⁹

349. El Tribunal coincide, por las razones ya expuestas, en que no había derecho adquirido a una retribución futura, y menos aún a ‘un FIT fijo e inamovible’. Pero ese no es el punto. Una cosa es modificar los pagos para la producción futura con efecto inmediato y otra reducir los pagos que de otro modo se habrían hecho con referencia a los pagos efectuados lícitamente en el pasado con respecto a la producción pasada. Una vez más, lo que importa no es la etiqueta ‘retroactiva’, sino el fondo.
350. El Demandado también se basa en la decisión del tribunal en el caso *Nations Energy c. Panamá*.⁴⁷⁰ Esa se trató de una reclamación por expropiación relativa a las restricciones sustanciales del derecho a invocar los créditos fiscales a la inversión en virtud de una nueva ley, que el demandante alegaba tenía efecto retroactivo, contrario a la Constitución de Panamá. El tribunal sostuvo que los demandantes no tenían el derecho que afirmaban tener a transferir sus créditos fiscales. Pero, incluso teniendo tal derecho, la nueva legislación no lo revocaba ni lo anulaba, y mucho menos con efecto retroactivo: los demandantes seguían teniendo derecho a la totalidad de sus créditos fiscales. Sólo se modificaron las condiciones en las que se podía confiar en ellos, entre otras cosas reduciendo drásticamente el límite anual. El tribunal añadió que la nueva legislación ‘hubiera sido retroactiva [...] *si hubiese llegado a reincorporar en el impuesto sobre la renta parte de las deducciones anteriormente practicadas*, o [...] *si hubiese suprimido créditos existentes*.’⁴⁷¹
351. La decisión se refería a una situación muy distinta de la actual: se trataba de una reclamación por expropiación en virtud de un tratado bilateral de inversión, no de una reclamación por incumplimiento de la garantía de estabilidad jurídica del Artículo 10 del TCE. Sin embargo, el pasaje que figura en cursiva muestra que la distinción entre medidas

⁴⁶⁹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1056 (énfasis en el original).

⁴⁷⁰ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 972, citando a **RL-0040**, *Nations Energy c. Panamá*, ¶¶ 641, 642, 646.

⁴⁷¹ **RL-0040**, *Nations Energy c. Panamá*, ¶ 647 (énfasis añadido).

inmediatas y retroactivas no es nada sencilla. Existe una analogía entre una ley que desautoriza las deducciones ya efectuadas (que afectan a las obligaciones fiscales futuras) y una ley que deduce los subsidios ya pagados legalmente de los derechos futuros a los subsidios.

352. Distintos tribunales en los casos de la ER española han llegado a conclusiones diferentes sobre el punto de la retroactividad. En el caso *Charanne*, que se refería únicamente a la regulación de 2010, el tribunal rechazó el argumento de la retroactividad, que el demandante había presentado en forma de reclamación de un derecho adquirido de que el marco regulador no podía ser alterado ‘de manera alguna’. El tribunal formuló la pregunta como ‘en qué medida el Estado puede modificar, con aplicación inmediata, normas reglamentarias de aplicación general.’⁴⁷² Pero, aunque el demandante lo haya expresado en estos términos, ese no es el asunto. El Tribunal coincide en que no había ningún derecho contractual ni expectativa legítima respecto de un subsidio invariable en forma alguna, y coincide en que (a reserva de las consideraciones de proporcionalidad) el Artículo 10(1) no impedía que las nuevas normas tuvieran efecto inmediato. Pero una cosa es dar efecto inmediato a las nuevas medidas reglamentarias para las instalaciones existentes y otra muy distinta eliminar los futuros subsidios que de otro modo serían pagaderos por referencia a las cantidades legalmente pagadas y recibidas en años anteriores sobre una base muy diferente.
353. El tribunal de *Isolux* adoptó una posición similar, basándose también en *Nations Energy c. Panamá*.⁴⁷³
354. El asunto fue central para la decisión en *RREEF*. El tribunal allí hizo hincapié en que los demandantes adquirieron un derecho a un ‘régimen general que garantice las ventajas esenciales que podían esperar razonablemente cuando realizaron sus inversiones.’⁴⁷⁴ Asimismo, el tribunal ‘no tiene dudas en determinar que el Demandado vulneró su obligación de respetar el principio de estabilidad’ al aplicar las Medidas Impugnadas con

⁴⁷² **RL-0049**, *Charanne*, ¶ 545, y ver *ibid*, ¶¶ 546-548.

⁴⁷³ **RL-0024**, *Isolux*, ¶ 814, citado en el Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 974.

⁴⁷⁴ **RL-0088**, *RREEF*, ¶ 322. [Traducción del Tribunal]

carácter retroactivo.⁴⁷⁵ Más concretamente, según el tribunal, las Medidas Impugnadas tuvieron en cuenta las retribuciones pasadas en el marco del régimen anterior y las dedujeron de los pagos futuros. Esto tiene el efecto de recapturar la retribución a la que el inversor tenía derecho en el momento en que se efectuó el pago.⁴⁷⁶

355. El Tribunal toma nota de este análisis⁴⁷⁷ y considera que los subsidios pagados en años anteriores fueron debidamente abonados y tenidos en cuenta en el funcionamiento de las EFE, en su financiación y (presumiblemente) en su régimen fiscal. Recapturar dichas ganancias sobre la base de un fallo posterior de que eran ‘excesivos’ parecería incompatible con el principio de estabilidad del Artículo 10(1) del TCE y no se ha demostrado que fuese necesario para resolver el problema del déficit tarifario, que se habría resuelto en cualquier caso con las Medidas Impugnadas en poco tiempo y sin el elemento de recaptura. Puede haber sido razonable tener en cuenta, al calcular los subsidios a futuro, el 7,398% antes de impuestos que se consideraba que las plantas tenían derecho a recibir en virtud de las Medidas Impugnadas. Contar contra ellas las cantidades previamente ganadas sería sancionar a las Plantas por el éxito de su operación durante dichos años. Por estas razones, el Tribunal sostiene que, en lo que respecta a la operación de la recaptura, España infringió el Artículo 10(1) del TCE.⁴⁷⁸

(iv) ¿Fueron proporcionales las Medidas Impugnadas?

(iv) (a) El estándar de RREEF sobre la TIR

356. En cuanto a la proporcionalidad de las Medidas Impugnadas, es necesario analizar su repercusión en los beneficios generados por las inversiones de la Demandante. Por las razones ya expuestas (párrafos 354-355 supra), este Tribunal coincide con el tribunal de RREEF en que la única expectativa legítima que el Demandante podría haber tenido era la

⁴⁷⁵ Ibid, ¶ 325. [Traducción del Tribunal]

⁴⁷⁶ Ibid, ¶¶ 328, 329. El Tribunal fue unánime sobre este punto.

⁴⁷⁷ Puede observarse que en su comentario del 17 de abril de 2019 en respuesta a la decisión de RREEF, España afirma (sin mencionar específicamente la cuestión de la recaptura) que ‘las declaraciones y conclusiones de la [d]ecisión de RREEF son aplicables a este arbitraje’ (¶ 2) [Traducción del Tribunal], y se refiere a su ‘enfoque correcto de daños’ (¶ 5) [Traducción del Tribunal] La Demandante afirma que la retroactividad fue ‘obviamente una violación del TCE’ (Respuesta del 29 de abril de 2019, ¶ 5) [Traducción del Tribunal] mientras que argumenta que hubo otras violaciones.

⁴⁷⁸ En cuanto a los efectos del derecho de la UE, véase más adelante, ¶¶ 391-414. En cuanto a las consecuencias de esta conclusión para el quantum, véase más adelante, ¶¶ 415-433.

de una ‘rentabilidad razonable’ en términos de la Ley de 1997.⁴⁷⁹ En particular, el Tribunal no considera que la Demandante tuviera una expectativa legítima con respecto al régimen del RD 661/2007, que (a) no estaba en vigor cuando todas las inversiones, salvo las más recientes, fueron realizadas por la Demandante, (b) no era objeto de un régimen de estabilización, y (c) estaba subordinado a la Ley de 1997.

357. A este respecto, el Tribunal concuerda con la decisión de *RREEF* de que el Demandante tiene derecho a

indemnización por el retorno irrazonable de sus inversiones, de establecerse [...] [pero] no pueden reclamar una indemnización plena por la disminución total de sus ganancias como resultado de la adopción del nuevo régimen por parte del Demandado; solo pueden obtener una indemnización en la medida en que dicha disminución se encuentre por debajo del umbral de un retorno razonable.⁴⁸⁰

358. El tribunal de *RREEF* realizó su análisis de proporcionalidad bajo la rúbrica ‘El Principio de Daños’ en la sección de su Decisión que trata del quantum. Lo hizo sobre la base de que ‘la determinación de una vulneración de los principios de proporcionalidad y razonabilidad es inseparable de una evaluación de los daños - si los hubiera – que soportaron los Demandantes a consecuencia de las medidas adoptadas por el Demandado.’⁴⁸¹ Ambos están estrechamente relacionados en la práctica, pero no obstante la cuestión de la desproporción se refiere al fondo - si ha habido una brecha en primer lugar - y no a cuestiones de quantum, que son indirectas. Esta diferencia de principio es importante en la práctica porque sólo si la violación se identifica con precisión se puede abordar la cuestión de la reparación de dicha violación.

359. Cabe señalar que las Partes y sus peritos trataron la cuestión del quantum de manera básicamente unívoca, como el monto de la pérdida sufrida por la Demandante como resultado de las Medidas Impugnadas a nivel mundial. Ello los llevó a identificar la cuantía

⁴⁷⁹ **RL-0088**, *RREEF*, ¶¶ 470, 521.

⁴⁸⁰ **RL-0088**, *RREEF*, ¶ 523. [Traducción del Tribunal]

⁴⁸¹ *Ibid*, ¶ 472. [Traducción del Tribunal]

de la reparación debida por referencia a una situación contrafáctica indiferenciada.⁴⁸² Para los expertos de la Demandante este era el *status quo ante*, el régimen del RD 661/2007.⁴⁸³ Pero si la Demandante no tenía derecho a la continuación de dicho régimen, no puede haber adquirido tal derecho por referencia a las normas secundarias de reparación. El *dictum* venerable de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la *Chorzów Factory* no garantiza la continuación de una situación de hecho (el Régimen Especial) a la que la Demandante no tenía derecho de otro modo.⁴⁸⁴

360. Así pues, la cuestión es si las Medidas Impugnadas operaron

de manera que no sea desproporcionada respecto del objetivo de la enmienda legislativa, y debe tener debidamente en cuenta los intereses razonables de confianza de los receptores que puedan haber comprometido recursos sustanciales sobre la base del régimen anterior.⁴⁸⁵

361. Para examinar la proporcionalidad de las Medidas Impugnadas, el Tribunal concuerda con el tribunal de *RREEF* en que la medida pertinente es la tasa interna de retorno ('**TIR**')

Puesto que el Tribunal ha determinado que la única expectativa legítima de la cual los Demandantes podrían prevalecerse era la de un 'retorno razonable', resulta apropiado comparar ambos regímenes según la TIR que los Demandantes pueden obtener en virtud de cada uno de ellos. Tal como expresara el Tribunal del caso *Novenergia*, 'las tasas internas de retorno son una medida relevante

⁴⁸² Cf **CL-0116**, *Greentech*, ¶¶ 537, 538 sobre el carácter indiferenciado de las reclamaciones contra las Medidas Impugnadas.

⁴⁸³ En CE-5, el Informe de Refutación de Quantum de Brattle, el perito de la Demandante presenta dos valoraciones alternativas. En el Informe de Refutación de Quantum, ¶¶ 175 y siguientes, Brattle cambió 6 parámetros incorrectos utilizados en el cálculo alternativo del DCF de BDO, el más importante de los cuales fue la aplicación de las tarifas del RD 661/2007, este cambio por sí solo aumenta la valoración de los daños de BDO de EUR -1 millón a EUR 126 millones. Además, en el Informe de Refutación de Quantum, ¶¶ 208 y siguientes, Brattle evaluó el monto de los daños a los que tendría derecho la Demandante en un escenario alternativo, en el que la Demandante habría tenido derecho a una devolución razonable en lugar de tarifas fijas. Brattle calculó un escenario alternativo, pero para un 7% después de la declaración de impuestos sobre un período de vida útil regulatorio de 20 años. Brattle calculó entonces una tarifa alternativa por MWh producido y la aplicó a la producción prevista para cada EFE. Basándose en esa metodología, Brattle ofrece dos cifras alternativas: a) daños por EUR 237 millones, asumiendo un escenario contrafáctico, donde la misma tarifa se aplica a todas las plantas; b) daños por EUR 120 millones, asumiendo diferentes tarifas por MWh producido por cada EFE, basadas en el código de retribución asignado a cada EFE bajo el Nuevo Régimen. Este segundo escenario acepta la mayoría de los supuestos de España para el cálculo de los daños.

⁴⁸⁴ **CL-0054**, *Case Concerning the Factory at Chorzów* (Corte Permanente de Justicia Internacional, Fallo No. 13), Reclamación de Indemnización – Fondo, 13 de septiembre de 1928, p. 8.

⁴⁸⁵ **CL-0083**, *Blusun*, ¶ 372, respaldado en **RL-0088**, *RREEF*, ¶ 547. [Traducción del Tribunal]

de lo que el Demandante esperaba obtener de su inversión en el Reino de España al momento de realizar la inversión.⁴⁸⁶

362. Según los peritos del Demandado, la TIR equivale a la ‘rentabilidad razonable’ según lo dispuesto por las disposiciones del régimen regulatorio español.⁴⁸⁷ Los inversores tienen en cuenta la TIR y la comparan con el costo medio ponderado del capital (WACC) para decidir la rentabilidad de una posible inversión. Si la TIR del proyecto es superior a la tasa de rentabilidad requerida, se deduce que los flujos de caja generados por la inversión cubrirán los costos asociados al proyecto.⁴⁸⁸ En principio, el Tribunal coincide con esta evaluación. Si la TIR del proyecto excede una rentabilidad razonable, las Medidas Impugnadas serían proporcionadas y no infringirían el Artículo 10(1) del TCE.

(iv) (b) El proyecto TIR bajo el Régimen Especial de España

363. Como han señalado las Partes, hay una diferencia entre la TIR del proyecto y la TIR del accionista. Mientras que el TCE protege los derechos de los accionistas y les otorga diferentes normas de protección, el Tribunal conviene con las Partes en que la TIR pertinente a la que se refiere la noción de expectativa legítima de rentabilidad razonable es la TIR del proyecto durante la vida útil de las plantas.

364. Sin embargo, las Partes discrepan sobre el proyecto de TIR bajo el Régimen Especial. Este Tribunal no necesita determinar la TIR exacta antes de la entrada en vigor de las Medidas Impugnadas. No obstante, observa que la TIR bajo el nuevo régimen de incentivos es inferior a la del régimen inicial, y no es sorprendente. Como ya ha sostenido el Tribunal, el Demandado tiene derecho a modificar y enmendar su reglamento, es decir, el monto de la TIR prevista, siempre y cuando siga siendo razonable y no infrinja el TCE.

365. El tribunal de *RREEF* calculó una tasa de retorno razonable del 6,86% incluyendo una prima suplementaria del 1%.⁴⁸⁹ Eso está muy por debajo de la TIR de la Demandante en el

⁴⁸⁶ **RL-0088**, *RREEF*, ¶ 521, citando a **CL-0112**, *Novenergia II*, ¶ 826. [Traducción del Tribunal]

⁴⁸⁷ **RE-1**, Informe Pericial de BDO, 11 de abril de 2017, ¶ 135.

⁴⁸⁸ **RE-2**, Segundo Informe Pericial de BDO, 21 de diciembre de 2017, ¶¶ 185 y siguientes.

⁴⁸⁹ **RL-0088**, *RREEF*, ¶¶ 588, 589.

presente caso, incluso si se aceptan todas las críticas de Brattle al análisis de la TIR de BDO.

366. El Tribunal no se pronuncia sobre el monto exacto de la devolución razonable. Esta devolución puede cambiar con el tiempo dependiendo de varios factores. El Demandado enfatiza que la devolución razonable es un concepto 'dinámico'.⁴⁹⁰ El Tribunal concuerda. El término 'razonable' permite al estado acomodar un cambio en estos factores en lugar de fijar la TIR en un número determinado. No obstante, el Tribunal observa que, aunque la Demandante tenía una expectativa legítima de una TIR del 6,86%, la TIR real superaba claramente dicha cantidad.

367. Las posiciones de las Partes en cuanto al proyecto de TIR se exponen en el cuadro siguiente:⁴⁹¹

Instalación	TIR Real BDO	TIR Real Corregida por Brattle	TIR <i>But-for</i> según Brattle
Paxareiras	19,3%	13,2%	15,3%
Vicedo	13,5%	10,5%	12,5%
A Ruña	19,8%	16,7%	18,4%
Virxe do Monte	16,7%	13,7%	15,7%
Adraño	16,5%	14,1%	16,5%
Ameixenda y Filgueira	14,8%	12,8%	15,7%
BSI	14,6%	12,8%	15,9%
Currás	20,9%	24,7%	26,2%
Deva	12,3%	10,5%	14,6%
Tea	11,7%	10,3%	14,2%
Buio	10,0%	8,8%	12,2%
Abara	7,0%	6,1%	8,6%
Barbanza	17,9%	13,5%	14,7%
Total	15,1%	12,5%	14,5%

⁴⁹⁰ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 356.

⁴⁹¹ CE-5, Informe de Refutación de Quantum de Brattle, 29 de septiembre de 2017, ¶ 70; Documento de Trabajo de BDO F -modelo financiero.

368. El Tribunal observa que las Partes discrepan en cuanto al total de la TIR del proyecto. Sin embargo, no se discute que la rentabilidad real a la que apuntan las Medidas Impugnadas es un 7,398% de TIR del proyecto antes de impuestos.⁴⁹² Según el Informe de Refutación de Brattle y el Documento de Trabajo F de BDO, la TIR total después de la promulgación de las Medidas Impugnadas calculada por BDO es del 15,1%.⁴⁹³ La TIR total calculada por Brattle es del 12,5%. El promedio de ambas cifras es del 13,8%, lo que está muy por encima del objetivo del 7,398% del regulador español.

369. Por consiguiente, el Tribunal decide que el Demandado no ha incumplido su obligación de garantizar un retorno razonable. Así pues, la legítima expectativa de la Demandante de obtener una devolución razonable no se ha visto frustrada.

C. SUPUESTA VIOLACIÓN POR PARTE DE ESPAÑA DEL ARTÍCULO 10(1) DEL TCE TERCERA ORACIÓN

370. La Demandante también alega que las Medidas Impugnadas perjudicaron injustificadamente la inversión de la Demandante, en contravención de la tercera oración del Artículo 10(1) del TCE, que establece en la parte pertinente que las inversiones:

[...] gozarán asimismo de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas.⁴⁹⁴

(1) Las Posiciones de las Partes

a. La Demandante

371. La Demandante sostiene que la tercera oración del Artículo 10(1) del TCE es una cláusula de ‘medidas exorbitantes o discriminatorias’, que se incumple si una medida estatal no sigue una política racional o no es una aplicación razonable de dicha política.⁴⁹⁵

⁴⁹² **RE-1**, Informe Pericial de BDO, 11 de abril de 2017, ¶ 134; **CE-5**, Informe de Refutación de Quantum de Brattle, 29 de septiembre de 2017, ¶ 52.

⁴⁹³ **CE-5**, Informe de Refutación de Quantum de Brattle, 29 de septiembre de 2017, ¶ 70; Documento de Trabajo de BDO F -modelo financiero.

⁴⁹⁴ **CL-0001**, TCE, Art. 10(1).

⁴⁹⁵ Memorial de la Demandante, ¶¶ 288, 289, citando a **CL-0050**, *AES Summit c. Hungría*, ¶¶ 10.3.7, 10.3.9.

372. Más específicamente, la Demandante se basa en el *dictum* del caso *BG Group c. Argentina*, donde el tribunal sostuvo que:

La retirada unilateral por parte de la Argentina de [los] componentes clave del Marco Regulatorio [aplicable] no era razonable, desde la perspectiva del [tratado aplicable] y, por lo tanto, vulneraba [la cláusula de medidas no razonables del tratado].⁴⁹⁶

373. La Demandante aplica este principio a las Medidas Impugnadas. Sostiene que las Medidas Impugnadas retiran componentes clave del Régimen Especial y reducen el valor de la inversión en dos tercios. Como resultado, las Medidas Impugnadas perjudicaron la inversión de manera exorbitante.⁴⁹⁷

374. La Demandante también rechaza los argumentos del Demandado. Sostiene que, en primer lugar, las Medidas Impugnadas no fueron exigidas por las circunstancias macroeconómicas; en segundo lugar, ningún productor de energía renovable respaldó las Medidas Impugnadas; y, en tercer lugar, las tasas actuales de inversión son irrelevantes en cuanto al carácter razonable de las Medidas Impugnadas.⁴⁹⁸

375. En cuanto al primer argumento de España, la Demandante responde que las Medidas Impugnadas no fueron necesarias para resolver los problemas derivados del déficit tarifario, ya que el pago de subsidios no amenazaba la sostenibilidad del sistema eléctrico español.⁴⁹⁹ Una solución alternativa habría sido aumentar los precios de la electricidad.⁵⁰⁰ Por otra parte, España no puede basarse en los cambios de los tipos de interés de los bonos del estado para argumentar necesidad, porque no hubo cambios relevantes.⁵⁰¹

376. En cuanto al segundo argumento de España, ni la Asociación de Productores de Energías Renovables (APPA), ni Greenpeace, ni ningún agente del mercado de las energías

⁴⁹⁶ **CL-0047**, *BG Group Plc c. República Argentina* (CNUDMI), Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, ¶ 346. [Traducción del Tribunal]

⁴⁹⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 291.

⁴⁹⁸ Réplica de la Demandante, ¶¶ 259-295.

⁴⁹⁹ Réplica de la Demandante, ¶ 264.

⁵⁰⁰ Réplica de la Demandante, ¶ 266.

⁵⁰¹ Réplica de la Demandante, ¶¶ 267-269.

renovables consideraron que la reforma fuera deseable o urgente.⁵⁰² La Demandante señala que España se basa en una propuesta de 2009 (**‘Proyecto de Ley 2009’**) hecha por la APPA, que, según España, se asemeja en gran medida a los cambios finalmente introducidos por España.⁵⁰³ Sin embargo, el Demandante alega que el Proyecto de Ley 2009 excluía la retroactividad de cualquier medida; hacía explícito que cualquier cambio no afectaría a las plantas existentes, que tendrían derecho a mantener el régimen económico aplicable.⁵⁰⁴ Incluso la Comisión Europea expresó su preocupación acerca de si las Medidas Impugnadas podrían alcanzar sus objetivos y contribuir a los objetivos para 2020.⁵⁰⁵ Los participantes en el sector de la energía renovable, como la Asociación Empresarial Eólica, la Asociación Empresarial Española de Energía Renovable y los consultores independientes que evaluaron el nuevo régimen observaron errores y tuvieron serias dudas sobre las Medidas Impugnadas.⁵⁰⁶

377. En cuanto al tercer argumento de España, la Demandante reitera que el impacto perjudicial de las Medidas Impugnadas fue para los parques eólicos existentes. Los costos al realizar la inversión eran diferentes de los costos actuales (eran mucho más altos), y por lo tanto las tasas de inversión actuales eran irrelevantes para los inversionistas existentes como Eurus.⁵⁰⁷

b. El Demandado

378. El Demandado sostiene que las Medidas Impugnadas no fueron discriminatorias, irrazonables ni desproporcionadas. Al rechazar la reclamación, el Demandado hace tres observaciones.

379. En primer lugar, la Demandante tiene la carga de la prueba de la violación del Artículo 10(1) tercera oración, y, España argumenta, que Eurus no ha cumplido con el nivel de

⁵⁰² Réplica de la Demandante, ¶¶ 270-275.

⁵⁰³ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1081-1084

⁵⁰⁴ Réplica de la Demandante, ¶¶ 270-275.

⁵⁰⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 276, citando a **BRR-122**, CE, Mercados de Energía de la UE en 2014, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014, p. 70.

⁵⁰⁶ Réplica de la Demandante, ¶¶ 276-293.

⁵⁰⁷ Réplica de la Demandante, ¶¶ 294, 295.

prueba.⁵⁰⁸ El empeoramiento del déficit tarifario, requirió que el Demandado tomara las medidas necesarias para resolver la situación. El Demandado señala asimismo el principio de sostenibilidad del SEE, el agravamiento de la crisis económica, el declive excepcional de la demanda de electricidad, la existencia de una sobrecompensación en el sector de las ER y los compromisos de rescate asumidos por España con la UE. Así, según España, las medidas fueron razonables en las circunstancias para hacer frente al déficit tarifario y reequilibrar el sistema.⁵⁰⁹

380. En segundo lugar, no solo APPA respaldó las Medidas Impugnadas, sino que también la mayoría de los inversores nacionales y extranjeros. Por ejemplo, el sistema de retribución de las Medidas Impugnadas estaba en línea con el propuesto por APPA en el Proyecto de Ley de 2009. Además, las organizaciones internacionales evaluaron positivamente las Medidas Impugnadas. Esto demuestra que las Medidas Impugnadas fueron una respuesta razonable y proporcional en las circunstancias.⁵¹⁰
381. Por último, el Demandado se basa en las declaraciones de los tribunales en *EDF c. Rumania*,⁵¹¹ *AES Summit c. Hungría*⁵¹² y *Total c. Argentina*⁵¹³ para apoyar la conclusión de que las Medidas Impugnadas no eran ni discriminatorias ni irrazonables.⁵¹⁴
382. Basándose en *EDF c. Romania*, España sostiene que las Medidas Impugnadas cumplen con el estándar de TJE porque: (i) se adoptaron para servir el propósito legítimo de resolver el desequilibrio creado por el déficit tarifario, sin sobrecargar a los consumidores en medio de una crisis económica; (ii) se basaron en los estándares legales establecidos en el marco regulatorio aplicable y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, y no se basaron en prejuicios o preferencias personales; (iii) se adoptaron para garantizar la sostenibilidad,

⁵⁰⁸ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1069-1076.

⁵⁰⁹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1069-1080; Dúplica del Demandado, ¶¶ 796-799.

⁵¹⁰ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1081-1087.

⁵¹¹ **RL-0035**, *EDF (Services) Limited c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/05/13), Laudo, 8 de octubre de 2009, ¶ 303.

⁵¹² **RL-0039**, *AES Summit c. Hungría*, ¶¶ 10.3.7-10.3.9.

⁵¹³ **RL-0050**, *Total c. Argentina*, ¶ 122.

⁵¹⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1091-1121.

una razón establecida en el marco regulatorio; y (iv) se adoptaron siguiendo el debido proceso.

383. Basándose en *AES Summit c. Hungría*, España sostiene que las Medidas Impugnadas son una respuesta razonable a un objetivo de política pública. Constituyeron medidas de control macroeconómico para reducir el déficit tarifario y asegurar la sostenibilidad del SEE. Según España, el tribunal de *Eiser c. España* respaldó este punto de vista.⁵¹⁵ En *Total c. Argentina*, el tribunal determinó que en los sectores que implican inversiones a largo plazo con grandes cantidades de capital, el cambio de un estado de su marco jurídico se ajusta al estándar de TJE si el inversor puede recuperar sus costos operacionales, amortizar su inversión y obtener una tasa de rentabilidad razonable. Según España, estos criterios se cumplen, ya que las Medidas Impugnadas afectaron a todos los operadores, ofreciendo una rentabilidad razonable del 7,398% antes de impuestos, de acuerdo con los objetivos de política pública de España.⁵¹⁶

(2) El Análisis del Tribunal

384. De conformidad con la tercera oración del Artículo 10(1) del TCE, los estados tienen que proporcionar una protección y seguridad constantes, asegurando al mismo tiempo que ‘ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas’.
385. La tercera oración del Artículo 10(1) parece tener un doble sentido. En primer lugar, obliga al estado a garantizar la protección física de la inversión, salvaguardándola contra la violencia y acoso; en este sentido, al menos, no es una reafirmación del estándar de trato justo y equitativo en diferentes palabras. Esta fue la opinión de cláusulas similares adoptadas por numerosos tribunales, incluyendo *Noble Ventures c. Rumania*,⁵¹⁷ *Tecmed c.*

⁵¹⁵ Dúplica del Demandado, ¶ 805, refiriéndose a **RL-0071**, *Eiser*, ¶ 371.

⁵¹⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1113-1118, refiriéndose a **RL-0050**, *Total c. Argentina*, ¶ 122.

⁵¹⁷ *Noble Ventures, Inc. c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/01/11), Laudo, 12 de octubre de 2005, ¶¶ 164-167.

México,⁵¹⁸ *APL c. Sri Lanka*,⁵¹⁹ *Wena Hotels c. Egipto*,⁵²⁰ *AMT c. Zaire*⁵²¹ y *Eureko c. Polonia*.⁵²²

386. A este respecto, no existen pruebas de que la inversión de Eurus haya sufrido algún daño o deterioro físico por las Medidas Impugnadas, y Eurus no ha sugerido lo contrario. Asimismo, no existen pruebas de que la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de los parques eólicos de Eurus se hayan visto perjudicados por el cambio del Régimen de Incentivos, salvo sus ingresos y, por lo tanto, su valor.
387. En segundo lugar, la disposición se refiere expresamente a medidas irrazonables o discriminatorias. En opinión del Tribunal, las medidas irrazonables o discriminatorias en sentido general son ejemplos de medidas que infringen el estándar de TJE, tal como figura en las oraciones primera y segunda del Artículo 10(1). Coincide con el tribunal de *RREEF*, que analizó el supuesto carácter discriminatorio de las Medidas Impugnadas y las cuestiones de proporcionalidad y razonabilidad como parte de la reclamación de TJE.⁵²³ El tribunal de *RREEF* determinó:

No cabe duda de que [...], (iii) la no limitación, incluida (iv) la no discriminación y (v) la proporcionalidad y la razonabilidad, son elementos del TJE - y ciertamente así en virtud del TCE.⁵²⁴

388. No se han aportado pruebas concluyentes que hagan necesario determinar la falta de razonabilidad o la discriminación en relación con dichos elementos del estándar de TJE, salvo en lo que se refiere al aspecto retroactivo de las Medidas Impugnadas, en forma de la cláusula de recaptura. A falta de un argumento convincente en sentido contrario, no se

⁵¹⁸ **CL-0024**, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), Laudo, 29 de mayo 2003, ¶¶ 175-182.

⁵¹⁹ *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/87/3), Laudo, 27 de junio de 1990, ¶¶ 45-86.

⁵²⁰ **CL-0088**, *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Laudo, 8 de diciembre de 2000, ¶ 84.

⁵²¹ *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República de Zaire* (Caso CIADI No. ARB/93/1), Laudo, 21 de febrero de 1997, ¶¶ 6.02 y ss.

⁵²² **CL-0032**, *Eureko B.V. c. República de Polonia*, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005, ¶¶ 236, 237.

⁵²³ **RL-0088**, *RREEF*, pp. 136 y ss. y 145 y ss.

⁵²⁴ *Ibid*, ¶ 260. [Traducción del Tribunal]

puede formular ninguna conclusión separada de falta de razonabilidad o discriminación en virtud de la tercera oración del Artículo 10(1).

389. Habida cuenta de lo anterior, no queda nada más por decidir en lo que respecta a la reclamación en virtud del Artículo 10(1), tercera oración, del TCE.

(3) Conclusiones sobre el Artículo 10(1) del TCE

390. Por estos motivos, el Tribunal concluye que, en la medida en que las Medidas Impugnadas se aplicaron para recapturar los subsidios pagados antes de su adopción, constituyen una violación de las primera y segunda oraciones del Artículo 10(1) del TCE. En todos los demás aspectos, no se ha producido ninguna infracción. Pero, como ya se ha señalado (párrafos 235-236 supra), esta conclusión se refiere al TCE en ausencia del derecho de la UE, en particular las normas de la UE relativas a las ayudas estatales. El Tribunal se refiere a esto.

D. ARGUMENTOS DE AYUDA ESTATAL DE LA UE

(1) Introducción

391. Según España, el derecho comunitario tiene una relevancia específica para la reclamación, ya que el derecho comunitario de ayudas estatales, que forma parte del derecho español, tiene el efecto de que la Demandante no tenía, ni podía tener, ninguna expectativa legítima de recibir subsidios del Régimen Especial, y menos aún que se fijaran al nivel del RD 661/2007.⁵²⁵ Además, España sostiene que la decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017 por la que se autorizan las Medidas Impugnadas como ayuda estatal permisible⁵²⁶ implica que el cumplimiento de cualquier laudo del presente Tribunal que exija a España realizar pagos superiores a los previstos en dichas Medidas constituiría en sí mismo una ayuda estatal inadmisibles y pondría en marcha la obligación de suspensión prevista en el Artículo 108(3) del TFUE.⁵²⁷

⁵²⁵ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 66.

⁵²⁶ **RL-0073**, Decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017.

⁵²⁷ Para los argumentos del Demandado sobre ayudas estatales, véase, por ejemplo, el Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 858 (citando a **R-0024**, Orden del TJUE dictada en relación con la decisión prejudicial C-275/13, ELCOGAS, 22 de octubre de 2014), ¶¶ 806, 965-967 (citando a **RL-0020**, Decisión Final de la Comisión C(2016)

392. En la audiencia, la Demandante refutó brevemente aquellos argumentos.⁵²⁸
393. Las Partes desarrollaron más detalladamente en sus respuestas de 31 de enero de 2019 a la Solicitud de la CE de 29 de octubre de 2018, que de conformidad con la Resolución Procesal No. 7 pasó a formar parte de las actas del presente arbitraje, aunque la CE decidió no intervenir.⁵²⁹ Antes de exponer su punto de vista sobre estas cuestiones, el Tribunal resumirá primero los argumentos presentados.

(2) La solicitud de la CE en lo que respecta a las ayudas estatales

394. En su Solicitud de autorización para intervenir como parte no contendiente, la CE alegó que el régimen de incentivos constituía una ayuda estatal ilegal de conformidad con el Artículo 107(1) del TFUE porque no había sido notificado, y menos aún autorizado, por la propia CE. Por consiguiente, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del TJUE, la Demandante no pudo tener ninguna expectativa legítima de que el régimen de incentivos fuese legal. Esto implicaba que la Demandante no podía tener la legítima expectativa de que la ayuda se concediese.⁵³⁰
395. Por último, la CE reiteró que, si España cumpliera un laudo a favor de la Demandante, el pago constituiría una ayuda estatal con arreglo al Artículo 108(3) del TFUE y estaría sujeto a la obligación de suspensión.⁵³¹

a. La respuesta de la Demandante

396. La Demandante alega tres razones para rechazar el argumento de no haber podido desarrollar ninguna expectativa legítima en la materia debido a la incompatibilidad del Régimen Especial con el derecho de la UE sobre ayudas estatales. En primer lugar, España nunca consideró que el Régimen Especial constituyera una ayuda estatal. En segundo lugar,

7827, de 28 de noviembre de 2016, relativa al caso número SA.40171 del Registro de Ayudas Estatales (2015/NN)-República Checa, ¶ 96); Dúplica del Demandado, ¶¶ 528, 792; Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 173, ll 5-12; p. 184, ll 18-22 – p. 185, ll 1-3; p. 185, ll 19-22 – p. 186, ll 1-6, 7-13; p. 200, ll 8-16.

⁵²⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1322, l 10 – p. 1340, l 19 (Sr. Turner).

⁵²⁹ Ver más arriba, ¶¶ 61-75.

⁵³⁰ Comisión Europea, Solicitud de autorización para intervenir como parte no contendiente, 5 de noviembre de 2018, ¶¶ 38-41.

⁵³¹ Ibid, ¶¶ 46-51.

la posibilidad de que el Régimen Especial de la Ley de 1997 haya podido ser revisado por la CE o el TJUE no significa que la Demandante no pueda confiar en el régimen hasta que éste haya sido revisado (lo que nunca ocurrió). En tercer lugar, la cuestión de las ayudas estatales no desempeñó ningún papel en la decisión de España de introducir las Medidas Impugnadas y el riesgo, en caso contrario, de que los subsidios pagados bajo el Régimen Especial pudiesen ser considerados como ayudas estatales ilegales y recuperados como tales, no hizo ilegítimas las expectativas de la Demandante bajo el TCE.⁵³²

397. En cuanto a la primera razón, España promovió agresivamente el Régimen Especial de RE, destacando el apoyo de la CE al esquema para atraer inversores. Al parecer, ni España ni la CE consideraron que el Régimen Especial pudiese ser contrario al derecho de la UE, y ninguno de ellos actuó en ese sentido. La Demandante sostiene que, al no notificar el régimen a la CE, España efectivamente comunicó a los inversores que el régimen de incentivos era lícito con arreglo al derecho de la UE. Asimismo, la Demandante llevó a cabo la debida diligencia, como se requiere en el TCE y en el derecho internacional. Aunque dicha diligencia debida no se ocupó del derecho de la UE sobre ayudas estatales, ese mismo hecho (según la Demandante) es en sí mismo coherente con la opinión inicial de España y la CE de que no se trataba de una ayuda estatal.⁵³³
398. En cuanto a la segunda razón, la Demandante alega que el hecho de que una medida pueda ser revisada a través de procesos internos, incluida la CE, no significa que la Demandante no pueda confiar en dicha medida. En sustento de lo anterior, la Demandante se remite a la decisión en el caso *SPP c. Egipto*, en la que el tribunal sostuvo que:

Es posible que, en virtud de la legislación egipcia, ciertos actos de funcionarios egipcios [...] puedan considerarse jurídicamente inexistentes o nulos o susceptibles de ser invalidados. Sin embargo, dichos actos fueron encubiertos con el manto de la autoridad Gubernamental y comunicados como tales a los inversores extranjeros que confiaron en ellos para realizar sus inversiones.

Independientemente de que fueran legales o no en virtud de la legislación egipcia, los actos en cuestión fueron actos de autoridades

⁵³² Comentarios de la Demandante sobre la Solicitud de intervención de la Comisión Europea, 31 de enero de 2019, ¶ 3.

⁵³³ Ibid, ¶¶ 4-17.

egipcias, incluida la máxima autoridad ejecutiva del Gobierno. Dichos actos, que ahora se alega violaron el sistema jurídico municipal egipcio, crearon expectativas protegidas por los principios establecidos del derecho internacional. La determinación de que dichos actos son nulos y sin valor en virtud del derecho municipal no resolvería la cuestión ulterior de la responsabilidad por los daños sufridos por la víctima que confió en los actos.⁵³⁴

399. De igual modo, con su conducta en la promoción y afirmación reiterada del Régimen Especial, España alimentó las expectativas de la Demandante en cuanto a su legalidad, y la disponibilidad de un mecanismo de revisión a nivel de la UE no convierte dichas expectativas en ilegítimas.⁵³⁵
400. En tercer lugar, la Demandante alega que el hecho de que la CE pudiera haber declarado el Régimen Especial incompatible con el derecho de la UE carece de importancia, ya que ello no ocurrió. Durante 15 años, España no cuestionó la legalidad del Régimen Especial. Incluso si la Demandante hubiese considerado que el Régimen Especial constituía una ayuda estatal ilegal (cosa que no hizo), España seguiría siendo responsable de cualquier daño causado a la inversión de la Demandante, porque entonces no habría proporcionado condiciones estables, favorables y transparentes para la inversión de Eurus.⁵³⁶
401. Por último, la Demandante sostiene que una adjudicación a favor de Eurus no constituiría una ayuda estatal ilegal. Esto se debe a que, al no ejecutar tal laudo, la UE y sus Estados miembros violarían sus obligaciones en virtud del TCE.⁵³⁷

b. La respuesta del Demandado

402. España destaca dos puntos en relación con el tema de la ayuda estatal, mientras que en general apoya la posición de la CE.

⁵³⁴ **CL-0016**, *SPP c. Egipto*, ¶¶ 82, 83. [Traducción del Tribunal] También fue relevante la constatación de que las autoridades egipcias autorizaron posteriormente y en repetidas ocasiones la ubicación del proyecto: *ibid*, ¶¶ 96-99.

⁵³⁵ Comentarios de la Demandante sobre la Solicitud de intervención de la Comisión Europea, 31 de enero de 2019, ¶¶ 18-21.

⁵³⁶ *Ibid*, ¶¶ 22-26.

⁵³⁷ *Ibid*, ¶¶ 27, 28.

403. En primer lugar, España reitera que la Demandante no tenía ni podía tener expectativas legítimas de recibir subsidios del Régimen Especial. La CE ha declarado que el régimen de incentivos constituye una ayuda estatal.⁵³⁸ La consecuencia de esta declaración, que es vinculante para el Tribunal según la ley aplicable, no es el reembolso de los subsidios a España, sino la exclusión de toda expectativa legítima de pago de las ayudas estatales.⁵³⁹ Por consiguiente, no se han violado las expectativas legítimas de la Demandante.⁵⁴⁰
404. En segundo lugar, España destaca que la CE declaró expresamente en su decisión de 10 de noviembre de 2017 que cualquier indemnización concedida a la Demandante constituiría una ayuda estatal no autorizada de conformidad con el Artículo 108(3) del TFUE. Sobre esta base, un laudo a favor de Eurus no podría ejecutarse, al menos dentro de la UE.⁵⁴¹

(3) Las conclusiones del Tribunal sobre ayudas estatales

a. Derecho comunitario sobre ayudas estatales

405. El análisis que sigue se adopta por mayoría. El árbitro Garibaldi está de acuerdo con la decisión en la medida en que las normas de la UE sobre ayudas estatales no son un impedimento para las reclamaciones de la Demandante, sino que disiente de otros aspectos de la conclusión de la mayoría y del razonamiento que la sustenta. Los motivos de la disensión se exponen en su Opinión Disidente Parcial.
406. El Tribunal resumirá en primer lugar lo que entiende, sobre la base de las presentaciones de las Partes, la solicitud de la CE de intervenir como parte no contendiente y los documentos de referencia, que son las normas pertinentes del derecho de la UE en materia de ayudas estatales.
407. El Artículo 107(1) del TFUE establece que:

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

⁵³⁸ Comentarios del Demandado sobre la Solicitud de intervención de la Comisión Europea, 31 de enero de 2019, ¶¶ 11-14.

⁵³⁹ Ibid, ¶¶ 8-10.

⁵⁴⁰ Ibid, ¶¶ 14-16.

⁵⁴¹ Ibid, ¶ 10.

Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

408. Hay algunas excepciones a la prohibición del Artículo 107(1), pero ninguna de ellas es relevante en este caso.
409. El Artículo 107(3) establece los criterios que debe aplicar la CE para aprobar las propuestas de ayudas estatales. Si una propuesta no se aprueba, debe ser retirada o debidamente modificada, un requerimiento judicial ejecutable por el TJUE (Artículo 108 (2)).
410. El Artículo 108(1) establece que la CE, en cooperación con los Estados miembros ‘examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados’. De conformidad con el Artículo 108(3):

La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al artículo 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.

411. De acuerdo con estas disposiciones, las ayudas estatales que no se notifiquen con arreglo al Artículo 108(3), o que se ejecuten antes de su autorización por la CE, son ilegales. La ayuda ilegal puede y, en principio, debe ser recuperada, ya que la CE puede exigir su devolución por parte de todos los beneficiarios al estado que la concedió. Pero la falta de notificación de las ayudas, aunque las convierta en ilegales, no implica que la CE no pueda considerar posteriormente que las ayudas son compatibles con el mercado interior: esto es lo que ocurrió con las Medidas Impugnadas, que fueron notificadas por España sólo después de su aplicación. Al aprobarlas en su decisión de 10 de noviembre de 2017, la CE se limitó a ‘lamentar’ la notificación tardía.⁵⁴² Podría haber ordenado el pago de intereses sobre las cantidades pagadas antes de la fecha de aprobación, pero no lo hizo.

⁵⁴² **RL-0073**, Decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017, p. 33.

412. La cuestión de si determinados pagos constituyen una ayuda en virtud del derecho de la UE es un asunto que compete a la CE, a los tribunales nacionales y, en última instancia, al TJUE. La responsabilidad recae principalmente en el estado, cuya obligación es notificar sus medidas de ayuda (proyectadas), pero también se puede esperar que el beneficiario compruebe si las medidas han sido notificadas, lo que puede hacer consultando el registro de ayudas en línea.⁵⁴³ Asimismo, está bien establecido que:

[H]asta que la Comisión no adopte una decisión de aprobación de la ayuda, y mientras no venza el plazo señalado para interponer un recurso contra dicha decisión, el beneficiario no tiene certeza acerca de la legalidad de la ayuda propuesta, que es la única capaz de generar en él una expectativa legítima.⁵⁴⁴

413. Este principio es de larga data. Por ejemplo, en 1997, el Tribunal sostuvo:

Habida cuenta del carácter imperativo de la supervisión de las ayudas estatales por parte de la Comisión con arreglo al Artículo 93 [ahora 108] del Tratado, las empresas a las que se haya concedido una ayuda no pueden, en principio, albergar una expectativa legítima de que dicha ayuda sea lícita a menos que se haya concedido de conformidad con el procedimiento que prevé dicho Artículo. Un operador diligente debería normalmente poder determinar si ese procedimiento se ha observado.⁵⁴⁵

414. En el contexto de ayudas estatales de la UE, la relevancia de las expectativas legítimas es que pueden, en determinadas circunstancias limitadas, constituir una defensa ante una reclamación de devolución de ayuda.⁵⁴⁶

b. La aplicación de la legislación sobre ayudas estatales al Régimen Especial

415. La Demandante alega que ni España ni la CE consideraron inicialmente que los subsidios del Régimen Especial constituían una ayuda estatal. No obstante, las dos Directivas sobre energías renovables de 2001 y 2009 se refieren expresamente a los Artículos 87-88 del

⁵⁴³ Registro de decisiones de ayudas estatales de la CE: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/.

⁵⁴⁴ Caso C-199/06, *Centre d'exportation du livre français c. Société internationale de diffusion et d'édition*, 12 de febrero de 2008 (GC), ¶ 67, en el que se cita el caso C-91/01 *Italia c. Comisión* [2004] ECR I 4355, ¶ 66. [Traducción del Tribunal]

⁵⁴⁵ Caso C-169/95, *Reino de España c. Comisión*, ¶ 51, citando un anexo anterior. [Traducción del Tribunal]

⁵⁴⁶ Reglamento (CE) No. 659/1999 del Consejo, Art. 14.

TFUE,⁵⁴⁷ y la CE, al aplicar estas Directivas, ha aprobado un gran número de planes de subsidios para la energía renovable. El asunto fue planteado por la CE en 2005 en los siguientes términos:

Como se recuerda en el considerando 12 de la Directiva 2001/77/CE, a este apoyo público se le aplican las disposiciones del Tratado y, en particular, sus Artículos 87 y 88. Dicho apoyo suele estar recogido en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente y puede estar justificado económicamente por una serie de razones, como que los efectos beneficiosos de dichas medidas en el medio ambiente compensen los efectos distorsionadores en la competencia. Habida cuenta de que el uso de las fuentes de energía renovables es una prioridad en la política de la Comunidad, las citadas directrices son bastante generosas con este tipo de sistemas de apoyo. Sobre esta base, durante el periodo 2001 a 2004, la Comisión aprobó unos 60 regímenes de ayudas estatales en apoyo de las fuentes de energía renovables.⁵⁴⁸

416. De hecho, no parece que ningún plan de subsidios de energía verde haya sido desaprobado por la CE durante este período. En el registro de ayudas estatales de la CE figuran sólo cinco decisiones negativas, que afectan a Austria (2011⁵⁴⁹), Francia (2016⁵⁵⁰ y 2018⁵⁵¹) y Alemania (2015⁵⁵² y 2018⁵⁵³). Ninguno de estos esquemas se asemeja al Régimen Especial español vigente hasta 2013.

⁵⁴⁷ Véase **RL-0015**, Directiva 2001/77/CE, 27 de septiembre de 2001, preámbulo ¶ (12), ¶ 4 (regímenes de ayuda ‘sin perjuicio de los Artículos 87 y 88 del Tratado’ [Traducción del Tribunal]); **RL-0017**, Directiva 2009/28/CE, 23 de abril de 2009, ¶ 3 (regímenes de ayuda ‘sin perjuicio de los Artículos 87 y 88 del Tratado’). [Traducción del Tribunal]

⁵⁴⁸ **BRR-130**, Informe de la CE, Comunicación de la Comisión - El Apoyo a la Electricidad Generada a partir de Fuentes de Energía Renovables, COM (2005) 627 final, 7 de diciembre de 2005, ¶ 3.5 [Traducción del Tribunal]; **RL-0095**, *BayWa*, ¶ 562.

⁵⁴⁹ SA.26036, 8 de marzo de 2011 (parte del plan desaprobado), la decisión de la CE confirmada por el Tribunal General, T-251/11, 11 de diciembre de 2014.

⁵⁵⁰ SA.39621, 8 de noviembre de 2016 (plan enmendado aprobado).

⁵⁵¹ SA.36511, 31 de julio de 2018 (plan enmendado aprobado).

⁵⁵² SA.33995, 5 de agosto de 2015 (parte del plan desaprobado). El 29 de marzo de 2019, el Tribunal de Justicia Europeo anuló la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de mayo de 2016, *Alemania c. la Comisión* (T-47/15, EU:T:2016:281) y anuló la Decisión de la Comisión (UE) 2015/1585, de 25 de noviembre de 2014, en materia de ayudas estatales: TJUE, 2019/C-187/04.

⁵⁵³ SA.45852, 17 de octubre de 2018.

417. Por consiguiente, parece haber sido el caso que las normas de ayudas estatales eran en principio aplicables, pero que la CE adoptó un enfoque ‘bastante generoso’ en su aplicación,⁵⁵⁴ en consonancia con las Directrices sobre Energía Renovable.
418. Cabe señalar que la propia España notificó a la CE, de conformidad con el Artículo 88, ciertos proyectos de planes. La primera de estas notificaciones parece haber sido en 2003, mucho antes del RD 661/2007.⁵⁵⁵
419. En cuanto a si los subsidios del Régimen Especial constituyen una ayuda estatal tal como se define, la Demandante se limitó a argumentar, sin mayor desarrollo ni apoyo documental, que, en el momento de la inversión, tanto las Partes como la CE suponían que no era así. No obstante, las Directrices de 2001 apuntan en sentido contrario. Si bien el costo de los subsidios estaba destinado a ser cubierto por los consumidores, el Estado español los cubrió por ley y participó estrechamente en el funcionamiento del sistema. En su decisión del 10 de noviembre de 2017, la CE sostuvo que las Medidas Impugnadas constituían una ayuda estatal y, por paridad de razonamiento, también lo era el Régimen Especial. La decisión del TJUE en el asunto *PreussenElektra*, que a veces se cita en este contexto, parece claramente distinguible.⁵⁵⁶ El Tribunal concluye que el Régimen Especial constituyó una ayuda estatal tal como se define, y que debió ser notificada a la CE en virtud del Artículo 108 del TFUE.

⁵⁵⁴ De acuerdo con las pruebas irrefutables del perito de la Demandante, el Sr. Carlos Lapuerta:

El régimen original no se notificó a la comisión como ayuda de estado. No fue el único que no fue notificado, pero he contado 90 solicitudes diferentes de aprobación presentadas por diferentes países europeos presentando para aprobación de la comisión por este tipo de ayudas, y algunas de estas aprobaciones tienen lugar en el mismo marco temporal que la aprobación del 661 del 2007. Y algunos incluían regímenes que ofrecían rentabilidades superiores a las ofrecidas por España y que protegían a las plantas existentes a futuras revisiones. Por tanto, no nos preocupaba en aquel momento.

Transcripción de la Audiencia, Día 3, p. 781, ll 2-16 (Sr. Lapuerta).

⁵⁵⁵ N 132/2003 fue una notificación de España en 2003 de un proyecto de régimen de ayudas estatales en el que participaba el gobierno regional de Navarra. El régimen propuesto consistía en subsidios directos para cubrir hasta el 40% de los costos de inversión de las instalaciones de energía renovable de menos de 100 KW ubicadas en Navarra. La CE no planteó ninguna objeción al régimen.

⁵⁵⁶ *PreussenElektra AG c. Schleswag AG*, TJUE 2001/C-379/98 (GC), 13 de marzo de 2001. Esto se relacionaba con un plan de subsidios administrado y financiado por el sector privado sin el uso de recursos estatales.

420. La Demandante señala que la CE nunca condenó los subsidios del Régimen Especial como ayuda estatal, y menos aún exigió su reembolso por el gran número de beneficiarios de los mismos.⁵⁵⁷ El Demandado sostiene que de la decisión de la CE de 2017 sobre las Medidas Impugnadas se desprende que la Demandante no puede haber tenido ninguna expectativa legítima de recibir subsidios superiores a los previstos en dichas Medidas, o incluso de recibirlos en absoluto.⁵⁵⁸
421. En su decisión de 10 de noviembre de 2017, la CE sostuvo que los pagos efectuados en virtud de las Medidas Impugnadas desde su inicio en 2014 hasta el 10 de noviembre de 2017 constituyeron ayudas estatales y, al no haber sido notificados, fueron ilegales.⁵⁵⁹ Tras examinarla, decidió que la ayuda era compatible con el mercado interior de conformidad con el Artículo 107(3)(c) del TFUE. En cuanto a las instalaciones existentes, ‘los pagos en virtud del régimen económico de primas están cubiertos por la decisión a fin de evaluar la proporcionalidad, es decir, la ausencia de sobrecompensación.’⁵⁶⁰ Pero ‘no era pertinente para el ámbito de aplicación de la presente decisión evaluar si los pagos previstos originalmente en el marco de los regímenes anteriores habrían sido compatibles o no.’⁵⁶¹
422. Una cuestión distinta para el Tribunal es la pertinencia, de haberla, de la insinuación o decisión de la CE de que el cumplimiento de cualquier indemnización por daños en el presente caso constituiría por sí mismo una ayuda estatal a notificar, sujeta a la obligación de suspensión.⁵⁶² A este respecto, el Tribunal coincide con el tribunal de *Vattenfall*:

Si bien el Tribunal es consciente del deber de dictar una decisión ejecutable y, en última instancia, un laudo ejecutable, el Tribunal es igualmente consciente de su deber de cumplir su mandato otorgado en virtud del TCE [...] La ejecutoriedad de esta decisión es un asunto aparte que no afecta a la jurisdicción del Tribunal.⁵⁶³

⁵⁵⁷ Dúplica de la Demandante, ¶ 28.

⁵⁵⁸ Dúplica del Demandado, ¶¶ 673-677.

⁵⁵⁹ **RL-0073**, Decisión de la CE de 10 de noviembre de 2017, ¶¶ 84-89.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, ¶ 4. [Traducción del Tribunal]

⁵⁶¹ *Ibid.*, ¶ 156. [Traducción del Tribunal]

⁵⁶² *Ibid.*, ¶ 165.

⁵⁶³ *Vattenfall AB c. República Federal de Alemania* (Caso CIADI No. ARB/12/12), Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, 31 de agosto de 2018, ¶ 230. [Traducción del Tribunal]

423. Pasando a la cuestión de fondo de la interacción del derecho de la UE con el TCE, cabe hacer las siguientes observaciones:

- (a) En principio, un inversor no puede tener una expectativa legítima de trato que sea ilegal en virtud de la legislación del estado receptor, siempre que la propia legislación del estado receptor no actúe de manera incompatible con el tratado en virtud del cual el tribunal ejerce su jurisdicción.⁵⁶⁴ En un foro internacional como el presente, un estado receptor no puede basarse en su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.⁵⁶⁵ Los inversores, por su parte, están obligados a realizar una evaluación de diligencia debida previa a la inversión para familiarizarse con la legislación aplicable del estado receptor y formar sus expectativas legítimas de acuerdo a ella.
- (b) En el presente caso, la propia legislación del estado receptor (que incorpora las normas de la UE sobre ayudas estatales) no es incompatible con el TCE, en virtud del cual el tribunal ejerce su jurisdicción. Aunque podría decirse que es rigurosa para los receptores, ya que corren el riesgo de sufrir las consecuencias perjudiciales de la omisión del estado que otorga el subsidio de notificar la ayuda, las normas de la UE relativas a la ayuda no notificada son claras y se han interpretado de manera coherente. Desde el punto de vista del derecho internacional, ‘las leyes municipales son meros hechos que expresan la voluntad y constituyen las actividades de los Estados, del mismo modo que las decisiones jurídicas o las medidas administrativas.’⁵⁶⁶ Por lo tanto, el Tribunal no interpreta el derecho de la UE como tal, sino que acepta la interpretación coherente del derecho de la UE tal como lo aplican las instituciones pertinentes.

424. Las inversiones iniciales de que se trata en el presente caso se hicieron en 1997, tras un proceso de diligencia debida que no tuvo en cuenta la legislación de la UE sobre ayudas

⁵⁶⁴ Ver **RL-0074**, *Blusun*, ¶¶ 264-268; **RL-0078**, *Yukos*, ¶ 1352; **RL-0034**, *Plama c. Bulgaria*, ¶¶ 138, 140, 143.

⁵⁶⁵ ILC, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, Art. 3.

⁵⁶⁶ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany c. Polonia)*, 1926 P.C.I.J. (ser. A) No. 7, ¶ 52. [Traducción del Tribunal]

estatales.⁵⁶⁷ Como es por lo menos discutible que la legislación sobre ayudas estatales debería haber sido considerada pertinente incluso en aquel momento, el Tribunal considera que esta omisión es sorprendente.

425. La CE, que tiene la responsabilidad primordial de administrar y hacer cumplir la ley de ayudas estatales, estuvo bien informada sobre el régimen especial de subsidios español en sus diversas manifestaciones bajo la Ley de 1997. De hecho, elogió el Régimen Especial como ‘el principal impulsor de la inversión en energía eólica’ y como ‘bastante bien ajustado al costo de la generación’.⁵⁶⁸ No hay indicios de que haya hecho algo para plantear a España la cuestión sobre ayudas estatales hasta que las Medidas Impugnadas fueron planteadas tardíamente por la propia España en diciembre de 2014, mucho después del cese de los subsidios del Régimen Especial y de la derogación de la Ley 1997.
426. España, miembro de la UE desde 1986, debió conocer su deber de notificación en virtud del Artículo 108(3) del TFUE y haber actuado debidamente. Sin embargo, no existe una relación causal entre la omisión de notificación y el hecho de que la Demandante no haya seguido recibiendo el monto de los subsidios previstos en el RD 661/2007. La ilegalidad de los subsidios del Régimen Especial no notificados no tuvo nada que ver con los acontecimientos posteriores, entre los que se encuentra la promulgación de las Medidas Impugnadas, que fueron impulsadas por preocupaciones exclusivamente internas, en particular el déficit tarifario.

⁵⁶⁷ Como admitió el testigo de la diligencia debida de la Demandante, el Sr. Matsuoka, en respuesta a las preguntas del Tribunal. Ver Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 400, ll 13-22 – p. 401, ll 1-4 (Sr. Matsuoka):

PRESIDENTE CRAWFORD: [...] Tuvo usted o recibió usted alguna asesoría por parte de Uría Menéndez acerca del tema de las ayudas de estado en relación con el régimen de incentivos?

R: No, no, no recibí ese tipo de asesoramiento, no.

PRESIDENTE CRAWFORD: ¿Sabía usted que existía un régimen de 21 ayuda de estado aplicable a las inversiones en el seno de la Unión Europea?

R: No, no lo sabía en ese momento, pero después de irme de Eurus sí supe acerca de este tema.

⁵⁶⁸ **BRR-130**, Informe de la CE, Comunicación de la Comisión - El Apoyo a la Electricidad de Fuentes de Energía Renovables, COM (2005) 627 final, 7 de diciembre de 2005, p. 28 [Traducción del Tribunal]; **RL-0095**, *BayWa*, ¶ 569(d).

427. A pesar de su detallado conocimiento del Régimen Especial, la CE, por su parte, no ha tomado ninguna medida para hacer cumplir las disposiciones pertinentes del derecho de la UE contra los beneficiarios de los subsidios en general. En cambio, ha optado por tratar de bloquear o amenazar con bloquear el pago de cualquier laudo de los tribunales del TCE y del TBI, incluido este Tribunal, por constituir *de novo* una forma de ayuda estatal. Corresponderá a las Partes, a través de los procedimientos subsiguientes, examinar las consecuencias del laudo del Tribunal en virtud del derecho de la UE y el derecho internacional, incluso haciendo referencia a las disposiciones del Convenio CIADI relativas a la condición y la ejecución de los laudos.⁵⁶⁹ El Tribunal no puede hacer otra cosa que decidir el presente caso de conformidad con el derecho aplicable.
428. En consecuencia, el Tribunal considera por mayoría que, con arreglo al derecho de la EU y al derecho español, la Demandante no podía esperar legítimamente que los subsidios del Régimen Especial fueran, con certeza, lícitos. Incluso si los subsidios fueran legales, no podía esperar, según el derecho de la UE y el derecho de España, que el monto de la ayuda estatal otorgada en virtud de estas medidas se pagara durante la vida útil de las plantas. La Demandante debería haber sabido que estas medidas no habían sido notificadas, y mucho menos aprobadas, por la CE.
429. Sin embargo, la CE tampoco ha dictado una decisión en el sentido de que los subsidios del Régimen Especial fueran ilegales. Se limitó a declarar, con pleno conocimiento de los hechos, que ‘no era relevante’ si el régimen anterior era compatible con el derecho de la UE. Como tal, la CE no ha creado un derecho (y menos aún un deber) para que España obtenga el reembolso de las cantidades de ayudas estatales ya pagadas, incluidas las destinadas a los parques eólicos de la Demandante y a otros beneficiarios. En vista del expediente, el Tribunal tampoco considera que el derecho de la UE exija únicamente el nivel de subsidio proporcionado por las Medidas Impugnadas. La CE, que tiene una discrecionalidad bastante amplia en estas cuestiones, no hizo ninguna constatación de este tipo.

⁵⁶⁹ Comparar *Altmark Trans GmbH et al. c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Caso C-280/00, Sentencia, TJCE, 24 de julio de 2003; **CL-0104**, *Asteris y otros c. Grecia y Comisión de las Comunidades Europeas*, Caso C-106/87, Sentencia, TJCE, 27 de septiembre de 1988.

430. El Tribunal ya ha sostenido que no se debe ninguna indemnización a la Demandante por no haber continuado con el nivel de ayuda estatal del Régimen Especial vigente antes de 2013 después de dicho año. Pero la posición con respecto a la recaptura de los subsidios pagados bajo el Régimen Especial no debe, en opinión del Tribunal, ser tratada de la misma manera. Los receptores de tales subsidios no podían tener una expectativa legítima de que se mantuvieran sin cambios. Sin embargo, una vez pagadas los subsidios (y sujetos a cualquier medida de recuperación legítima por parte de la CE, lo que no ocurrió), siguieron teniendo derecho al beneficio del régimen estable prometido por las primera y segunda oraciones del Artículo 10(1) del TCE.
431. De hecho, el efecto de la no aplicación en la práctica de la ley en cuanto a la ayuda estatal no notificada es que los inversores permanentes como la Demandante están en desventaja en comparación con los que se beneficiaron de los subsidios del Régimen Especial pero vendieron su inversión antes de la introducción de las Medidas Impugnadas. En ausencia de una recuperación de la ayuda no notificada de todos los beneficiarios (lo que no ha sucedido), este último grupo conserva el beneficio de los subsidios anteriores, tal como se refleja en el precio de venta, sin recaptura.
432. El Tribunal indica que en su decisión de 10 de noviembre de 2017 (C(2017) No. 7384), la CE no consideró que las Medidas Impugnadas Españolas, incluidos sus efectos de recaptura, constituyeran una violación del principio de seguridad jurídica y de confianza legítima. Basándose en el '*principle of interpretation in conformity*', la CE consideró que el 'principio de trato justo y equitativo no puede tener un alcance más amplio que las nociones de seguridad jurídica y expectativas legítimas del derecho de la UE en el contexto del esquema de ayudas estatales' [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, la decisión de la CE se centró en la situación posterior a 2013, como lo demuestra su decisión de 'no formular objeciones a la ayuda [es decir, las Medidas Impugnadas, dejando de lado el régimen anterior] sobre la base de que [era] compatible con el mercado interior de conformidad con el Artículo 107(3)(c) [del] TFUE' [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, como este Tribunal carece de jurisdicción para interpretar el derecho de la UE en sí mismo, pero tiene que aceptar la interpretación coherente del derecho de la UE tal como lo aplican las instituciones pertinentes, la CE tampoco tiene jurisdicción para imponer una

interpretación vinculante del significado de las expectativas legítimas *bajo el TCE* (tratado al que la UE se ha adherido como parte, aceptando así someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral, en caso de que surja alguna controversia, y cumplir los laudos vinculantes resultantes).

433. La cuestión se convierte así en una de las implicaciones de estas conclusiones para el quantum. A esto se refiere el Tribunal.

VIII. DAÑOS

(1) Las Posiciones de las Partes

a. La Posición de la Demandante

434. La Demandante alega que tiene derecho a una reparación íntegra del daño sufrido a causa de las Medidas Impugnadas. Reclama la reparación por la reducción del valor justo de mercado de sus acciones en las EFE, el interés compuesto y compensación por impuestos.⁵⁷⁰ Para valorizar los daños, el Tribunal debe tener en cuenta la fecha de entrada en vigor de la última de las Medidas Impugnadas.⁵⁷¹ Para ello, debe utilizar un análisis de flujo de caja descontado (DCF).⁵⁷² Este método se ha aplicado a menudo en controversias relativas al TCE por tribunales internacionales, especialmente a las inversiones con un historial probado.⁵⁷³
435. Según el estándar de reparación íntegra, según la Demandante, sus daños consisten en cuatro partes diferentes. En primer lugar, los daños consisten en *perjuicios históricos*, que van desde la fecha de entrada en vigor de la primera Medida Controvertida hasta la fecha de entrada en vigor de la última Medida Controvertida, es decir, el 30 de junio de 2014.⁵⁷⁴ En segundo lugar, la Demandante reclama *perjuicios por desvalorización*, que consisten en la diferencia entre el valor de sus acciones en un escenario hipotético de no haber sido

⁵⁷⁰ Réplica de la Demandante, ¶¶ 297, 298.

⁵⁷¹ Memorial de la Demandante, ¶ 301.

⁵⁷² Memorial de la Demandante, ¶ 303.

⁵⁷³ Memorial de la Demandante, ¶¶ 304, 305.

⁵⁷⁴ Memorial de la Demandante, ¶ 311.

por el Demandado, y el valor de sus acciones al 30 de junio de 2014. En tercer lugar, la Demandante incluye el *interés compuesto* sobre las dos primeras cantidades a partir del 30 de junio de 2014. Cuarto, la Demandante añade una *compensación por impuestos*, que tiene en cuenta el hipotético pago de impuestos sobre los daños concedidos.⁵⁷⁵

436. Para el cálculo de los perjuicios históricos, Brattle utiliza un modelo que establece cuál habría sido el rendimiento financiero de las EFE entre diciembre de 2012 y el 30 de junio de 2014 si España no hubiese adoptado las Medidas Impugnadas, pero el RD 661/2007 hubiese seguido aplicándose.⁵⁷⁶
437. En segundo lugar, la Demandante y sus peritos aplican un análisis del DCF para cuantificar el impacto de las Medidas Impugnadas en la inversión (perjuicios por desvalorización). Para ello, Brattle compara dos escenarios. En el Escenario Fáctico, proyecta los flujos de caja futuros de la Demandante a los que se aplican las Medidas Impugnadas. En el segundo escenario, llamado Escenario Contrafáctico, Brattle asume que Eurus tiene derecho a recibir pagos según el RD 661/2007.⁵⁷⁷ Por consiguiente, el Escenario Contrafáctico aplica la hipótesis de que ninguna de las Medidas Impugnadas entró jamás en vigor.
438. Además, la Demandante alega que el método DCF es el método pertinente para la cuantificación de sus daños. Dos hechos hacen que el método sea particularmente apropiado para la cuantificación de los daños en los arbitrajes de TCE. En primer lugar, la inversión tiene un largo historial de rentabilidad y, en segundo lugar, se pueden aplicar de manera fiable diversas variables que afectan a la rentabilidad futura de la inversión.⁵⁷⁸
439. Para calcular los daños de valor perdido, Brattle determina primero el flujo de caja futuro de cada EFE a partir de la Fecha de Valoración. Los peritos también tienen en cuenta las previsiones de negocio y el importe debido al Eurus según el RD 661/2007, así como las

⁵⁷⁵ Memorial de la Demandante, ¶ 310.

⁵⁷⁶ Memorial de la Demandante, ¶¶ 315, 316; CE-2, Primer Informe de Quantum de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶¶ 30-38.

⁵⁷⁷ Memorial de la Demandante, ¶ 317.

⁵⁷⁸ Memorial de la Demandante, ¶¶ 318, 319; CE-2, Primer Informe de Quantum de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶ 41.

Medidas Impugnadas. Por último, varios contratos de mantenimiento ayudan a los peritos a obtener datos sobre los costos de operación y mantenimiento del inversor.⁵⁷⁹

440. En segundo lugar, Brattle tiene en cuenta el riesgo regulatorio y el riesgo sistemático, lo que redujo su proyección del flujo de caja futuro. La fórmula que debe aplicarse sigue el modelo estándar de fijación de precios de los activos de capital: Tasa de descuento = Tasa libre de riesgo + (Factor de ajuste de riesgo x prima de riesgo de mercado). El resultado del análisis es una tasa de descuento de 4,84%.⁵⁸⁰
441. Tercero, Brattle ajusta su análisis deduciendo el valor de pasivo pendiente de cada EFE y los niveles de liquidez de los intereses de Eurus en cada EFE.⁵⁸¹
442. En el Informe de Refutación de Quantum, Brattle actualizó el monto total de los daños teniendo en cuenta los nuevos datos.⁵⁸² En base a dicho informe, Eurus reclama pérdidas, sin incluir intereses ni impuestos, de EUR 173 millones.⁵⁸³
443. Además, la Demandante alega que, si el Tribunal considerase que la Demandante tiene derecho a no más que una ‘rentabilidad razonable’, tendría no obstante derecho a una indemnización por perjuicios.⁵⁸⁴ Esto significaría que Eurus tendría derecho a recibir un 7% de devolución después de impuestos - según el RD 661/2007 - durante un ‘período regulatorio’ de 20 años’.⁵⁸⁵ A este respecto, Brattle propuso dos cifras alternativas de daños, EUR 237 millones o EUR 120 millones.⁵⁸⁶
444. Por último, la Demandante sostiene que, para cumplir con la norma de la reparación íntegra, el laudo debe incluir el interés compuesto a partir de la fecha del incumplimiento,

⁵⁷⁹ Memorial de la Demandante, ¶¶ 323-327; **CE-2**, Primer Informe de Quantum de Brattle, 18 de noviembre de 2016, ¶¶ 51-57, Apéndice F.

⁵⁸⁰ Memorial de la Demandante, ¶¶ 328-333; **CE-2**, Primer Informe de Quantum de Brattle, 18 de noviembre de 2016, Sec. V.D.2 y ¶¶ 102-105.

⁵⁸¹ Memorial de la Demandante, ¶¶ 322, 334, 335.

⁵⁸² Réplica de la Demandante, ¶ 355.

⁵⁸³ Réplica de la Demandante, ¶ 337.

⁵⁸⁴ Réplica de la Demandante, ¶¶ 422-426.

⁵⁸⁵ Réplica de la Demandante, ¶ 423.

⁵⁸⁶ **CE-5**, Primer Informe de Refutación de Quantum de Brattle de 29 de septiembre de 2017, ¶¶ 220, 221; Réplica de la Demandante, ¶ 421.

es decir, cuando España promulgó las Medidas Impugnadas.⁵⁸⁷ Asimismo, la Demandante señala que España no impugnó la inclusión del interés compuesto.⁵⁸⁸ El fundamento de la reclamación es el Artículo 13(1) del TCE, que permite aplicar un interés según un ‘tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado’. Basándose en el tipo de préstamo soberano de España, basado en un bono a 10 años, Brattle considera apropiado aplicar un tipo del 1,16% compuesto mensualmente. Esto se debe a que, según Brattle, la Demandante se ha convertido en un ‘prestamista involuntario’, ya que España no pagó la indemnización con prontitud. Esto hace que la tasa de préstamo soberano sea una referencia apropiada. La reclamación de los intereses previos a la adjudicación es de EUR 12 millones.⁵⁸⁹

445. Finalmente, Eurus argumenta que se le concederá un impuesto del 28%, que asciende a EUR 72 millones. En Japón, Eurus tendría que pagar impuestos sobre las indemnizaciones concedidas. Sin embargo, esto dejaría a la Demandante sin recursos en comparación con la situación en la que el Demandado no hubiese promulgado las Medidas Impugnadas. Según el Artículo 2-1-43 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de Japón, la tasa aplicable ascendería al 27,8%, lo que debe ser tenido en cuenta por el Tribunal.⁵⁹⁰
446. En total, la indemnización de la Demandante asciende a EUR 258 millones incluyendo daños, intereses y la compensación por impuestos.⁵⁹¹

b. La Posición del Demandado

447. El Demandado alega que la Demandante no ha sufrido daño alguno. Por consiguiente, el resultado del análisis de quantum es que la Demandante no puede reclamar ningún tipo de indemnización. Además, España mantiene su argumento de que la cuantificación de la Demandante es totalmente especulativa.⁵⁹² Por otra parte, el análisis DCF no es un método

⁵⁸⁷ Memorial de la Demandante, ¶¶ 306-309.

⁵⁸⁸ Réplica de la Demandante, ¶¶ 360-363.

⁵⁸⁹ Memorial de la Demandante, ¶ 342; Réplica de la Demandante, ¶ 430.

⁵⁹⁰ Réplica de la Demandante, ¶ 366; Memorial de la Demandante, ¶¶ 343, 344.

⁵⁹¹ Réplica de la Demandante, ¶ 430.

⁵⁹² Dúplica del Demandado, ¶¶ 816-832.

adecuado para cuantificar los daños de la Demandante, incluso suponiendo que los haya sufrido.⁵⁹³

448. En primer lugar, el Demandado critica el método de cálculo elegido por Brattle. España alega que no se ha probado ninguno de los daños alegados, lo que hace que los daños sean especulativos e hipotéticos. Además, el Tribunal Supremo español ha dictado más de cien sentencias rechazando los métodos de cuantificación especulativa utilizados por la Demandante. Según el Tribunal Supremo dicho método ‘carece del necesario rigor y seguridad’.⁵⁹⁴

449. Más aún, España argumenta que el método DCF es improcedente y que el Tribunal debería adoptar un método basado en activos. Esto se debe a que, según la doctrina, las siguientes circunstancias hacen que el método DCF sea inadmisibile e imposible:

- (a) El hecho de que se trate de un negocio intensivo en capital, con una importante base de activos. La práctica totalidad de sus costes son costes de inversión en infraestructuras tangibles. No existen intangibles relevantes que valorar.
- (b) La alta dependencia de los flujos de caja de elementos exógenos volátiles e impredecibles, como el precio del pool, entre otros.
- (c) El largo plazo en el que se proyectan las predicciones.
- (d) La desproporción entre las supuestas inversiones (y el pretendido riesgo asumido).⁵⁹⁵

450. En conjunto, estas circunstancias llevan a la conclusión de que el método DCF es inaplicable. Por consiguiente, el Tribunal debe aplicar un método de cuantificación basado en activos teniendo en cuenta la rentabilidad y el valor contable de la inversión.⁵⁹⁶

451. Asimismo, España argumenta que las rentabilidades de Claimant han sido superiores a las ‘tasas de referencia’ utilizadas por Eurys y Brattle. Según el cálculo de BDO, la TIR media

⁵⁹³ Dúplica del Demandado, ¶ 838.

⁵⁹⁴ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1130, 1134-1150.

⁵⁹⁵ Memorial de Contestación del Demandado, ¶ 1143.

⁵⁹⁶ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1137-1150; Réplica de la demandante, ¶¶ 415-421.

de la Demandante es del 13,43% antes de impuestos, con un resultado del 15,15% antes de impuestos para los accionistas. En comparación con la rentabilidad antes de impuestos de las Medidas Impugnadas, que es del 7,398%, no hay ningún impacto negativo. Como resultado, Eurus no tiene derecho a ninguna indemnización por daños.⁵⁹⁷

452. No obstante, BDO realiza un análisis subsidiario del DCF para demostrar que no ha habido ningún impacto negativo en la inversión de la Demandante. Para comparar el Escenario Fáctico con un Escenario Contrafáctico, BDO aplica criterios similares a los de Brattle. Sin embargo, utiliza ingresos más bajos y una vida útil más corta de las plantas, reducida a 20 años. En cuanto al Escenario Contrafáctico, BDO cambia los parámetros del análisis, alcanzando un resultado diferente comparado con el análisis de Brattle. De acuerdo con el análisis DCF de BDO, el impacto de las Medidas Impugnadas sobre la inversión del Demandante resulta ‘neutro o ligeramente positivo para la Demandante’.⁵⁹⁸
453. En cuanto a la determinación del interés, el Demandado no se opone a la aplicación del interés previo a la adjudicación. Sin embargo, Brattle calcula los intereses sobre la base de un bono español a diez años, mientras que BDO utiliza un tipo de interés de la deuda pública a corto plazo. El uso del bono a diez años infla artificialmente el riesgo y por lo tanto la indemnización, lo que es contrario a los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado y al principio establecido por el Tribunal en el caso *Chorzów*.⁵⁹⁹
454. Por último, España sostiene que la reclamación de compensación por impuestos es inadmisibles e injustificada. Esto es por tres razones. Primero, el Artículo 21 del TCE contiene la exclusión impositiva, impidiendo que la Demandante solicite una indemnización por los impuestos hipotéticos que tendrá que pagar. Además, el impuesto no puede atribuirse al Demandado en virtud de los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado, ya que el impuesto es aplicado por un tercer estado. Al no ser

⁵⁹⁷ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1151-1153; Informe Pericial de BDO, ¶ 172 y Cuadro 20; Dúplica del Demandado, ¶¶ 833-838; Segundo Informe Pericial de BDO, Cuadro 15.

⁵⁹⁸ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1154 y ss.; Informe Pericial de BDO, ¶¶ 276 y ss.; Dúplica del Demandado, ¶¶ 839-842.

⁵⁹⁹ Dúplica del Demandado, ¶¶ 843-849.

un acto del Demandado, no es atribuible a España. En segundo lugar, la Demandante no ha presentado ninguna prueba de su obligación de pagar impuestos sobre la adjudicación en Japón. A este respecto, España también argumenta que los supuestos daños de Eurus Japan pasarían a través de su filial holandesa de propiedad exclusiva, Eurus Europe, que puede tener responsabilidades, como impuestos, préstamos, etc. Pero la reclamación de Eurus Japan por compensación por impuestos no tiene en cuenta la capa corporativa de Eurus Europe.⁶⁰⁰ En tercer lugar, todo esto hace que la reclamación sea ‘especulativa, contingente e incierta’.⁶⁰¹ Como señala BDO, esta conclusión se apoya en el hecho de que Brattle sólo dedicó tres párrafos a la compensación por impuestos.⁶⁰²

(2) El Análisis del Tribunal

455. De las decisiones del Tribunal sobre jurisdicción y responsabilidad se desprende que se rechazan las reclamaciones primarias de las Partes en cuanto al quantum.
456. En cuanto a la jurisdicción, la reclamación principal de la Demandante incluye una cantidad a cuenta del IVPEE, que el Tribunal ha considerado que está fuera de su jurisdicción.
457. En cuanto al fondo, los peritos de la Demandante valoran la reclamación basándose en que la Demandante tenía ‘derecho legal a un cuadro tarifario específico’ reflejado en el RD 661/2007.⁶⁰³ Como señaló la Demandante en el cierre:

Ese régimen es nuestro contrafáctico, es nuestro escenario contrafáctico, aún si ustedes quieren subdividir las distintas plantas que componen conjuntamente la inversión de las demandantes.⁶⁰⁴

458. Sin embargo, el Tribunal ha considerado, por mayoría, que las inversiones de la Demandante no tenían derecho a subsidios a nivel del RD 661/2007, ni tampoco una expectativa legítima de los mismos. Además, incluso si hubiese existido tal expectativa,

⁶⁰⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1568, ll 8-22; pp. 1569-1571 (Sr. Fernández Antuña).

⁶⁰¹ Memorial de Contestación del Demandado, ¶¶ 1158-1174; Dúplica del Demandado, ¶¶ 850-895.

⁶⁰² Informe Pericial de BDO, ¶ 311.

⁶⁰³ Ver, por ejemplo, CE-5, Informe de Refutación de Quantum de Brattle, 29 de septiembre de 2017, ¶ 10.

⁶⁰⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1268, ll 14-18 (Sr. Lingard).

la situación contrafáctica no habría sido, como sostiene la Demandante, el RD 661/2007, con o sin modificaciones, sino algo más indeterminado.

459. Sin embargo, no es necesario seguir examinando estas cuestiones. El Tribunal ha sostenido que la violación del Artículo 10(1), primera y segunda oraciones del TCE se limita a los efectos de la ‘reducción de la rentabilidad permitida [...] con carácter retroactivo’ (la ‘**Recaptura de las Medidas Impugnadas**’),⁶⁰⁵ y la cuestión es cómo valorar dicha cantidad.
460. Al igual que el Tribunal de *RREEF*, el presente Tribunal no ha podido, a pesar de sus mejores esfuerzos, cuantificar el monto de esta reducción retroactiva sobre la base de los informes y documentos de trabajo de apoyo presentados por los peritos respectivos de las Partes.⁶⁰⁶ Sin embargo, está convencido de que los peritos de las Partes están calificados y tienen un conocimiento suficiente del caso y que los diferentes resultados obtenidos por ambos peritos son el resultado de los diferentes métodos de cálculo que aplicaron. Por consiguiente, el Tribunal decide que las Partes, con la asistencia de sus peritos, tratarán de llegar a un acuerdo sobre la repercusión de la Recaptura de las Medidas Impugnadas únicamente, sobre la base de que dichas medidas eran, por lo demás, compatibles con el TCE.
461. Si las Partes no pueden llegar a un acuerdo sobre la cantidad pagadera a este respecto en el plazo de 3 meses a partir de la fecha de la presente decisión, cualquiera de las Partes podrá solicitar al Tribunal que decida las cuestiones pendientes en la controversia, de conformidad con un calendario acelerado de escritos. Si las Partes llegan a un acuerdo sobre la cantidad adeudada, deberán informar de ello al Tribunal para que éste pueda emitir un laudo incorporando esta Decisión y tratando cualquier cuestión residual identificada, incluidos los costos, dando así por terminado el procedimiento.

⁶⁰⁵ Para usar la terminología del CE-5, Informe de Refutación de Quantum de Brattle, 29 de septiembre de 2017, ¶ 10.

⁶⁰⁶ La Reclamación Alternativa de la Demandante incorpora esta cantidad, pero no ayuda a identificarla: *ibid*, ¶¶ 220, 221.

(3) La Reclamación de Compensación por Impuestos

462. Un asunto de quantum que puede ser resuelto en esta etapa es la reclamación de compensación por impuestos.
463. La Demandante solicita una indemnización por el pago hipotético de impuestos en Japón para poder recibir una reparación íntegra.⁶⁰⁷ El Demandado rechaza la reclamación porque no se le puede considerar responsable del pago de las medidas fiscales aplicadas por un tercer estado.
464. En este contexto, es importante señalar que no parece haber ningún precedente para la adjudicación de una compensación por impuestos que implique la tributación de un tercer estado. En cinco casos recientes, *Eiser*,⁶⁰⁸ *Masdar*,⁶⁰⁹ *Antin*,⁶¹⁰ *OperaFund*⁶¹¹ y *BayWa*,⁶¹² los tribunales rechazaron las reclamaciones por falta de pruebas de respaldo.
465. El Tribunal coincide con el Demandado en que, según el material disponible, hay incertidumbre sobre la posición legal en cuanto a los daños y la tributación.⁶¹³ No está claro en qué momento los daños concedidos habrían sido gravados en el curso normal y remitidos en su totalidad o en parte a la Demandante. Eurus tampoco presentó una refutación persuasiva del argumento de España de que la reclamación de Eurus Japan de compensación por impuestos no tiene en cuenta la capa corporativa de Eurus Europe.
466. Por estas razones, el Tribunal rechaza la reclamación de compensación por impuestos.

⁶⁰⁷ Réplica de la Demandante, ¶ 1241.

⁶⁰⁸ **CL-0079**, *Eiser*, ¶ 456.

⁶⁰⁹ **CL-0113**, *Masdar*, ¶ 660.

⁶¹⁰ **CL-0114**, *Antin*, ¶ 673.

⁶¹¹ **RL-0093**, *OperaFund*, ¶ 704.

⁶¹² **RL-0095**, *BayWa*, ¶ 626.

⁶¹³ Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 319, ll 19-22 – p. 320, ll 1-18 (Sr. Fernández Antuña).

IX. CONCLUSIONES

467. Por estas razones, el Tribunal considera, por mayoría:
- (a) que el TCE y el esquema europeo de ayudas estatales se aplican simultáneamente a la inversión y forman parte del derecho aplicable;
 - (b) que la Demandante no tuvo una expectativa legítima de que los subsidios del Régimen Especial, en particular en los términos del RD 661/2007, seguirían pagándose durante la vida útil de sus plantas;
 - (c) que la recaptura retroactiva por España, en 2013 y en adelante, de los subsidios pagados anteriormente a niveles superiores a las cantidades que habrían sido pagaderas de conformidad con las Medidas Impugnadas, si hubiesen estado en vigor en años anteriores, vulneró la obligación de estabilidad prevista en las primera y segunda oraciones del Artículo 10(1) del TCE;
 - (d) que no hubo ninguna otra vulneración del TCE;
 - (e) que todas las demás reclamaciones deben ser desestimadas.
468. Las Partes procurarán llegar a un acuerdo sobre el impacto de la recaptura retroactiva de las Medidas Impugnadas, sobre la base de que dichas medidas fueron por lo demás compatibles con el TCE, teniendo debidamente en cuenta el razonamiento y las conclusiones de la presente Decisión.
469. Si las Partes no llegan a un acuerdo sobre la cantidad pagadera a este respecto en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la presente Decisión, cualquiera de ellas podrá solicitar al Tribunal que decida las cuestiones pendientes en la controversia, de conformidad con un calendario acelerado de escritos. Si las Partes llegan a un acuerdo sobre la cantidad adeudada, deberán informar de ello al Tribunal para que éste pueda emitir un Laudo en el que se incorpore la presente Decisión y se aborden todas las cuestiones residuales identificadas, incluidas las costas, con lo que se dará por concluido el procedimiento.

[Firmado]

Sr. Oscar Garibaldi
Árbitro

(Sujeto a Disidencia Parcial)

[Firmado]

Prof. Andrea Giardina
Árbitro

[Firmado]

Juez James Crawford
Presidente del Tribunal