

Charanne B.V.
Construction Investments S.A.R.L.

c.

El Reino de España

(Arbitraje No.: 062/2012)

Opinión disidente del
Prof. Guido Santiago Tawil

1. Coincido con las conclusiones de mis distinguidos colegas árbitros en aquellos aspectos vinculados al reconocimiento de la jurisdicción de este Tribunal Arbitral para resolver la presente disputa. En ese sentido, comparto que él es competente para decidir la controversia entre las Demandantes y el Reino de España bajo el Tratado de la Carta de la Energía (“TCE”).
2. En cuanto al fondo del asunto, coincido con el standard de “*expropiación indirecta*” aplicado por la mayoría del Tribunal Arbitral en el párrafo 461 del Laudo, en la medida en que él se caracteriza por la existencia de una “*afectación sustancial*” de los derechos de propiedad. Habiéndose limitado el conocimiento y decisión de este Tribunal Arbitral –por decisión de las Partes– hasta el dictado y entrada en vigencia de los RD 1565/2010 y RDL 14/2010 (las “normas de 2010”, según la definición utilizada en el Laudo) y excluyéndose del análisis las normas dictadas con posterioridad, estoy también de acuerdo en que no se ha acreditado en el presente caso la existencia de una expropiación indirecta de la inversión por parte del Reino de España bajo el Artículo 13(1) del TCE.
3. Lamentablemente, no puedo coincidir con los fundamentos y conclusiones de la mayoría sobre el tratamiento, en el caso, de las “*expectativas legítimas*” que integran el estándar de “*trato justo y equitativo*” establecido en el Artículo 10(1) del TCE.
4. En primer lugar, comparto que la comprobación sobre si ha existido vulneración de las expectativas legítimas del inversor debe fundarse en un estándar o análisis “objetivo” –no en la mera creencia subjetiva que pudo haber tenido el inversor al momento de realizar la inversión–, criterio que debe ser evaluado caso por caso. Asimismo, entiendo que la aplicación del principio depende de que la expectativa haya sido razonable en el caso concreto,¹ asumiendo particular relevancia las representaciones realizadas por el Estado receptor para inducir la inversión y, en este supuesto, el cambio de régimen jurídico producido una vez realizada esa inversión.
5. Mi discrepancia con la mayoría radica en que, en mi opinión, la generación de expectativas legítimas en un inversor no se encuentra limitada únicamente a la existencia de un “compromiso específico” –sea de naturaleza contractual o fundado en declaraciones o condiciones específicas otorgadas por el Estado receptor– sino que ella puede también

¹ Ver: *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A c. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/03/19), Laudo sobre responsabilidad de 30 de julio de 2010, ¶ 226.

derivar o fundarse en el ordenamiento jurídico vigente al momento de realizarse la inversión.²

6. En el caso en examen, el esquema normativo en régimen especial puesto en funcionamiento por el Reino de España a través de los RD 661/07 y 1578/08, fijando un "Feed in tariff" ("FIT") fijo con una vigencia temporal –como mínimo– a 25 años y *que se declaraba no alcanzado por futuras revisiones tarifarias*,³ sumado a otros documentos emitidos contemporáneamente por el Gobierno español⁴ –que si bien no tenían virtualidad por sí solos para generar expectativas legítimas sirven para interpretar el contexto y la finalidad de las medidas regulatorias–, aparecen como determinantes, a mi juicio, para que las Demandantes decidieran realizar la inversión en plantas fotovoltaicas. Por lo tanto, frente al dictado de los RD 661/07 y 1578/08, las Demandantes pudieron representarse "objetivamente" que el régimen tarifario establecido en cada uno de ellos⁵ sería mantenido y no alterado.

² Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Trato Justo y Equitativo, 2012, p. 69: "*Arbitral decisions suggest [...] that an investor may derive legitimate expectations either from (a) specific commitments addressed to it personally, for example, in the form of a stabilization clause, or (b) rules that are not specifically addressed to a particular investor but which are put in place with a specific aim to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment*". En *Total v. Argentina*, el Tribunal concluyó que pueden crear legítimas expectativas no sólo contratos, concesiones y cláusulas de estabilización, sino cualquier conducta intencional por parte del Estado anfitrión que haga creer razonablemente al inversor que aquel tiene "*the intent to pursue a certain conduct in the future*", o que cree "*expectations in potencial investors with respect to particular treatment or comportment*". Ver: *Total S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/1), Decisión sobre Responsabilidad del 27 de diciembre de 2010, ¶¶ 119-121. En el mismo sentido, Rudolph Dolzer and Christoph Schreuer, "*Principles of International Investment Law, Oxford University Press*", second edition, (2012), p. 145.

³ Ver: artículo 44.3 del RD 661/07 ("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 definidos en este real decreto, atendiendo a los costes asociados a cada una de estas tecnologías, al grado de participación del régimen especial en la cobertura de la demanda y a su incidencia en la gestión técnica y económica del sistema, garantizando siempre unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Cada cuatro años, a partir de entonces, se realizará una nueva revisión manteniendo los criterios anteriores. *Las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión*") (el destacado me pertenece).

⁴ Ver: Plan de Energías Renovables 2005-2010, aprobado por el Gobierno español mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005. En el mismo sentido, el documento "*El Sol Puede ser Suyo*" (PHB1 Demandantes, para. 148).

⁵ Con mayores incentivos para los que se acogieron antes del 29 de septiembre de 2008 al régimen establecido en el RD 661/07. Ver, así, el art. 22 del RD 661/07, la Resolución de la CNE del 27 de septiembre de 2007 y el art. 2 del RD 1578/2008.

7. En ese sentido, el sistema instaurado por los RD 661/07 y 1578/08 constituyó un régimen de promoción o “fomento”, instrumento típico de política económica destinado a crear incentivos diferenciados para direccionar el capital privado en un sentido determinado, objetivo que de otro modo probablemente no se conseguiría. Se trata de un accionar legítimo del Estado español encaminado a “proteger o promover” aquellas actividades económicas a cargo de particulares que satisfacen necesidades públicas o de utilidad general, obviando en un principio el empleo de la coacción o la actividad prestacional que caracteriza a un servicio público.
8. Por otra parte, soy de la opinión que el régimen implementado por los RD 661/07 y 1578/08 no estaba dirigido a una “generalidad” indeterminada o a un colectivo impreciso o indefinido, sino a un número reducido de potenciales destinatarios, que contaban con el capital suficiente para invertir en la industria analizada y que el Reino de España consideró conveniente estimular a hacerlo, evitando utilizar al efecto recursos propios.
9. Ese régimen no tenía una vigencia *sine die* o indefinida, sino que exigía que la inversión en instalaciones fotovoltaicas fuera realizada, inscrita en el registro⁶ y puesta en funcionamiento con anterioridad al vencimiento de un plazo fatal. El no cumplimiento de esta pauta temporal impedía acceder al beneficio especial establecido en la regulación. Esos dos elementos, es decir, (i) una norma que creaba un fuerte incentivo a invertir en generación de energías renovables, dirigida a un número determinable de posibles interesados y (ii) un plazo breve para ser acreedor al beneficio, direccionando el capital privado a la realización de la inversión querida, resultan definitorios, a mi juicio, para aceptar la existencia de expectativas legítimas de las Demandantes.
10. Una vez que las Demandantes realizaron la inversión, cumpliendo con todos los requisitos exigidos por la normativa vigente para el otorgamiento del beneficio esperado (en el caso, el FIT), no aparece como jurídicamente aceptable reconocer en el Estado receptor la prerrogativa de modificarlo o eliminarlo sin consecuencia jurídica alguna.
11. Existe un argumento utilizado recurrentemente en el Laudo según el cual reconocer expectativas legítimas en este caso equivaldría a admitir que la potestad reglamentaria del

⁶ Ver: artículo 14 del RD 661/07: “La inscripción definitiva de la instalación en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial será requisito necesario para la aplicación a dicha instalación del régimen económico regulado en este real decreto, con efectos desde el primer día del mes siguiente a la fecha del acta de puesta en marcha definitiva de la instalación”.

Estado receptor queda "congelada" *sine die* o que la legislación no puede ser posteriormente modificada de conformidad con el interés público. Discrepo respetuosamente con esa apreciación. No cabe duda que, como regla general, no existe un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico general determinado; ni una expectativa legítima a la estabilidad de las leyes y reglamentos. El Estado receptor siempre conserva intacta su potestad reglamentaria y puede modificar su legislación, aún en los casos en que se hubieran otorgado cláusulas de estabilización. No obstante ello, si en el ejercicio válido de esa potestad reglamentaria el Estado receptor afecta derechos adquiridos o expectativas legítimas, debe indemnizar los perjuicios causados.

12. En síntesis, cuando un inversor cumple con todos los requisitos establecidos por la normativa vigente para ser acreedor a un beneficio específico y determinado, su desconocimiento posterior por parte del Estado receptor de la inversión viola una expectativa legítima. El Reino de España se encontraba facultado para modificar o eliminar el régimen de promoción instaurado, no existiendo el riesgo de congelamiento, petrificación o inmutabilidad del marco regulatorio. No obstante ello, si al modificar el beneficio otorgado a quienes ya habían invertido en función de ese régimen especial –estableciendo en el caso una limitación al número de horas de producción y los años con derecho a tarifa– provocaba un perjuicio sin establecer una compensación adecuada estaría violando las expectativas legítimas creadas y, con ello, el trato justo y equitativo protegido en el artículo 10 del TCE.
13. Dado el modo en que se ha expresado la mayoría, no corresponde emitir pronunciamiento alguno en relación a la existencia o inexistencia del daño alegado, su entidad o la compensación requerida.



Prof. Guido Santiago Tawil

Árbitro

Fecha: 21 de diciembre de 2015