

Desestimada la reclamación contra España en el primer laudo relativo a modificaciones de la retribución a las energías renovables

El laudo dictado el pasado 21 de enero de 2016 desestima las reclamaciones de los inversores por no apreciar existencia de expropiación indirecta ni violación de la obligación de trato justo y equitativo. El Tribunal condena a los demandantes a pagar la mayor parte de los costes del procedimiento

I. Disputa entre los inversores y el Reino de España

Arbitraje SCC bajo el Tratado de la Carta de la Energía por una reclamación relativa a los cambios de 2010 en el sector fotovoltaico

El Procedimiento

Dos filiales de la compañía española Isolux Corsán —la compañía holandesa Charanne B.V. y la compañía luxemburguesa Construction Investments S.A.R.L. (los "Inversores") — plantearon el pasado 7 de mayo de 2012 una demanda contra el Reino de España ("España") ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (el "SCC") acogiéndose al mecanismo previsto en el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía ("TCE").

Tribunal

El Tribunal Arbitral que se formó para la resolución de la disputa lo compusieron el francés Alexis Mourre (Presidente), el argentino Guido S. Tawil (nombrado por los Inversores) y el mexicano Claus von Wobeser (nombrado por España).

Reclamación del sector fotovoltaico

Los Inversores reclaman las pérdidas sufridas como accionistas de una sociedad española dedicada a la generación y comercialización de energía eléctrica mediante centrales de energía solar fotovoltaica como consecuencia de las modificaciones legislativas que en el año 2010 afectaron al sistema retributivo regulado mediante primas y tarifas (el "Régimen Especial") que era de aplicación a las instalaciones de las que es titular la sociedad española:

- No se analizan los cambios legislativos de 2013 y 2014 por ser objeto de otro procedimiento iniciado por compañías del mismo grupo en otro procedimiento arbitral.
- La violación denunciada es la limitación de la vida de los proyectos y la reducción del número de horas de producción sujetas a retribución regulada.

Aspectos clave

- El laudo es contrario a la posición de los inversores.
- El Tribunal solo se pronuncia sobre los cambios legislativos producidos en 2010
- No analiza el impacto en otras tecnologías.
- Precedente no vinculante que seguramente será tenido en cuenta por otros tribunales arbitrales en las distintas reclamaciones pendientes por iniciarse contra el Reino de España por los cambios regulatorios en el sector de las energías renovables.
- Identifica los elementos necesarios a acreditar para poder considerar que los actos del Reino de España constituyen una violación de los arts. 10 y 13 del Tratado la Carta de la Energía.
- Opinión disidente del árbitro Guido S. Tawil respecto de la efectiva violación del art. 10 TCE por España tras haber creado expectativas legítimas a los Inversores con motivo del Régimen Especial regulado en los RD 661/07 y 1578/08.

II. La posición de las Partes

Violación del TCE vs. falta de legitimación de los inversores y cambios razonables y previsibles

La posición de los Inversores

Los Inversores reclamaron respecto de dos modificaciones del Régimen Especial por parte del Real Decreto 1565/2010 y el Real Decreto-Ley 14/2010:

- Eliminación las tarifas reguladas a partir del año vigésimo sexto para instalaciones solares fotovoltaicas y exigencia de requisitos técnicos adicionales para no perder el derecho a la retribución regulada.
- Limitación de las horas que se retribuyen según el Régimen Especial y establecimiento de un peaje por el uso de las redes de transporte y distribución.
- Las modificaciones tendrían los siguientes efectos:
 - Afectarían retroactivamente al régimen jurídico y económico previsto en las regulaciones en las que se basaron los Inversores para realizar su inversión.
 - Implicarían distintas violaciones del TCE: **(i)** *expropiación indirecta*, en contra del artículo 13 TCE; **(ii)** violación del deber de trato justo y equitativo en contra del artículo 10(1) TCE; y **(iii)** violación del deber de proporcionar cauces eficaces para defender sus derechos, en contra del artículo 10(12) TCE.

La posición de España

España propuso una serie de objeciones jurisdiccionales que impedirían al Tribunal pronunciarse sobre el asunto:

- Inicio de otros procedimientos por Isolux y sus sociedades filiales ante los órganos jurisdiccionales españoles y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el "TEDH") —fork in the road—.
- Falta de legitimación por ser los inversores titularidad última de personas físicas y jurídicas de nacionalidad española.
- Falta de competencia del tribunal para pronunciarse sobre una controversia intra-UE al ser los inversores nacionales de un estado miembro de la Unión Europea y no permitir el Derecho de la UE aplicar el mecanismo de resolución de disputas previsto en el TCE a este tipo de reclamaciones internas.
- Además, planteó la inexistencia de violación alguna del TCE por distintas razones:
 - La modificación del régimen retributivo del Régimen Especial no equivalió a la expropiación de la inversión.
 - No se viola el deber de trato justo y equitativo porque las medidas adoptadas eran razonables y previsibles.
 - Las modificaciones de 2010 no tenían carácter retroactivo porque los Inversores no tenían un derecho adquirido a la retribución regulada y las modificaciones no afectan a la electricidad que ya había sido vendida por las plantas.

III. La decisión del Tribunal

Rechazo de las objeciones jurisdiccionales planteadas por España y de la existencia de violaciones del TCE

Rechazo de las objeciones jurisdiccionales

El Tribunal sostiene que tiene competencia para pronunciarse sobre el asunto por las siguientes razones:

- Los Inversores pueden acudir al arbitraje porque, aunque formen parte del mismo grupo empresarial, no son las mismas que las compañías que reclamaron ante otros órganos jurisdiccionales, por lo que no existe la triple identidad que exige la aplicación de la cláusula *fork in the road*.
- El Tribunal sostiene que la condición de extranjero del inversor se cumple si la sociedad vehículo es extranjera, con independencia de quién sea el inversor último.
- El mecanismo de resolución de disputas contenido en el TCE es plenamente compatible con el Derecho de la UE y se ha de aplicar a la resoluciones entre inversores de Estados miembros de la UE y otros Estados miembros.

Inexistencia de violación del TCE

Confirmada su competencia, el Tribunal desestima la reclamación de los inversores por apreciar que no se produce ninguna violación del TCE:

- Para apreciar la existencia de expropiación indirecta y violación del artículo 13(1) TCE el cambio legislativo debería implicar una pérdida de valor de la inversión de tal magnitud que equivalga a una "destrucción del valor" de la misma. En el procedimiento no se ha acreditado tal "destrucción del valor" toda vez que, aunque se habría producido una disminución de la rentabilidad de las instalaciones, seguían manteniendo una rentabilidad positiva.
- No existe violación del deber de proporcionar trato justo y equitativo a la inversión porque (i) España en ningún momento definió un marco regulatorio que generase expectativas legítimas a los Inversores para considerar que el mismo no pudiese ser modificado; (ii) no existía ningún compromiso específico por parte de España en la regulación originaria del Régimen Especial; (iii) la inscripción en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial ("RAIPRE") era simplemente requisito administrativo para poder vender energía y no implicaba que las instalaciones inscritas tuviesen un derecho adquirido a una determinada retribución y (iv), aunque se reconoce la expectativa legítima de que la regulación con base en la cual se realiza la inversión no se modificará de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada, el Tribunal considera que las modificaciones del año 2010 no supusieron una actuación de tales características.
- En concreto, respecto de la expectativas planteadas por los Inversores, en función de la prueba practicada y los informes de expertos analizados, el Tribunal (i) rechaza que los Inversores pudieran tener una expectativa de explotar las instalaciones fotovoltaicas durante un periodo de entre 35 y 50 años sin hacer modificaciones esenciales que habrían supuesto la pérdida de la tarifa regulada y (ii) declara que no era razonable esperar que no pudiera haber modificaciones al número de horas elegibles a la tarifa.
- En definitiva, el Tribunal rechaza que las modificaciones sean desproporcionadas porque consideran que son ajustes y adaptaciones que "no suprimieron las características fundamentales del marco regulatorio existente, ya que los operadores fotovoltaicos mantuvieron los derechos a percibir una tarifa y vender de forma prioritaria la totalidad de su producción al sistema.
- Además, el Tribunal considera que los mecanismos de protección que ofrece el derecho español contra las modificaciones son suficientes.
- El Tribunal sostiene también que no hay efecto retroactivo de las modificaciones porque las normas de 2010 se aplicaron desde su entrada en vigor a las plantas ya en operación, pero no retroactivamente a los periodos anteriores.

El laudo no se pronuncia sobre modificaciones legislativas de 2013/2014

El laudo permite extraer consideraciones relevantes sobre el adecuado planteamiento de las reclamaciones contra España basadas en las modificaciones legislativas de 2013 y 2014 por su mayor efecto sobre las inversiones en el sector de las energías renovables.

Costas

El laudo considera que los Inversores han visto rechazadas todas sus pretensiones y que España ha visto rechazadas sus objeciones jurisdiccionales. Por ello:

- Condena a los Inversores al abono de un 50 % de los gastos de representación legal de España —además considera desproporcionados los gastos de representación reclamados por España y limita el total de la partida a 1 millón de euros (por ejemplo: hace responsable a los inversores de 500.000 euros por este concepto) —.
- Condena a los inversores al 50 % de los costos de tramitación del arbitraje.
- Condena a los inversores a la totalidad de los costes de los peritajes de España y los gastos relativos a la celebración de las audiencias.
- El importe total de la condena a los Inversores por los costes del arbitraje asciende a 1,31 millones de euros.

Opinión disidente

El árbitro Guido S. Tawil expresa una opinión disidente de la mayoría del Tribunal:

- No se disiente de la inexistencia de violación del estándar de expropiación indirecta (art. 13 TCE).
- Se discrepa respecto de la generación de expectativas legítimas en los inversores con la consiguiente vulneración del art. 10 TCE, por considerar que el esquema retributivo del Régimen Especial contenido en los RD 661/07 y 1578/08 es determinante de la realización de la inversión y que los Inversores pudieron representarse objetivamente que el régimen tarifario contenido en los citados RD no sería modificado ni alterado.

IV. Conclusiones

La decisión del Tribunal Arbitral tiene importancia por ser la primera relativa a reclamaciones contra España por violaciones del TCE, haber sido dictada por un Tribunal compuesto por árbitros de reconocido prestigio y contar con una fundamentación exhaustiva y clara.

No obstante, su trascendencia respecto de futuros laudos en procedimientos en curso o pendientes de iniciarse será limitada porque:

- El laudo, por su propia naturaleza, no tiene carácter vinculante frente a otros tribunales arbitrales u órganos jurisdiccionales.
- Solo se pronuncia sobre las modificaciones legislativas del año 2010 en el sector fotovoltaico, que tienen un alcance mucho más limitado que las de los años 2013 y 2014.
- En cualquier caso, el laudo resulta muy útil de cara a considerar los elementos que resultará necesario acreditar para que prosperen las reclamaciones contra España por cualesquiera otras modificaciones regulatorias que afecten a la misma u otras tecnologías:
 - La pérdida de valor de la inversión como consecuencia de los cambios debería ser prácticamente total.
 - La frustración de expectativas legítimas debe provenir de una supresión de las características fundamentales del marco regulatorio existente (i.e. derecho de percibir la tarifa y venta prioritaria de la producción) sin responder a criterios objetivos.
 - La retroactividad debe afectar a instalaciones existentes con anterioridad al momento de aprobación de las modificaciones.

CONTACTO

Clifford Chance

Paseo de la Castellana, 110
28046 Madrid
T. +34 91 590 75 00

José Antonio Caínzos

Socio responsable de Litigios y Arbitraje
E. Joseantonio.Cainzos@CliffordChance.com

Juan José Lavilla

Socio responsable de Derecho Administrativo
E. JuanJose.Lavilla@CliffordChance.com

Ignacio Díaz

Senior Associate, Litigios y Arbitraje
E. ignacio.diaz@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain
© Clifford Chance 2016
Clifford Chance S.L.

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.