

Entry into Force of the Bilateral Investment Treaty between Spain and Saudi Arabia



Olga Puigdemont
International Arbitration

The Agreement between the Kingdom of Spain and the Kingdom of Saudi Arabia concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (the 'Treaty') entered into force on 14 December 2016. It will be in force for ten years, after which it may be denounced at any time by either party, by giving twelve months' notice. Investments made prior to the entry into force of the Treaty are also covered, except for claims or disputes that have been settled, or that are in the process of being settled.

Article 1 of the Treaty contains a broad, asset-based, definition of investment, covering every kind of asset. This is followed by a non-exhaustive list of assets, including movable and immovable property, portfolio investments, claims to money or to any contractual performance of economic value and associated with an investment, intellectual property rights, and rights to perform an economic or commercial activity conferred by law or contract. The definition does not include additional requirements for there to be a protected investment, such as a commitment of capital or resources, expectation of gain or profit, or the assumption of risk.

The definition of investor under Article 1 of the Treaty includes natural and legal persons. Legal persons must not only be constituted in accordance with the laws of one of the contracting parties, but must also have their 'head office' (in the case of Saudi Arabia) or 'seat' (in the case of Spain) in the respective state. The Treaty also includes as protected investors the Government

Home

Editorial

[Welcome to the Investment Arbitration Outlook](#)

Insight

[Investment Arbitration and Proceedings before Local Courts](#)

Global Briefing

[The European Proposal for an Investment Court System in Context](#)

[The Impact of the New United States Administration on Investment Policies](#)

[The Problematic Status of Intra-European Union Bilateral Investment Treaties](#)

In Focus

[Entry into Force of the Bilateral Investment Treaty between Spain and Saudi Arabia](#)

[Award in *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*](#)

**Investment Arbitration:
Contact Lawyers**

of the Kingdom of Saudi Arabia and its financial institutions and authorities, such as the Saudi Arabian Monetary Agency, public funds, and other similar governmental institutions of Saudi Arabia. No similar provision is made in respect of Spanish state entities.

Article 2 requires the contracting parties to treat protected investments in accordance with the fair and equitable treatment standard. The provision does not link this standard to general international law. While the Treaty does not define what is meant by 'fair and equitable' arbitral tribunals have interpreted the term as meaning that investors must be accorded, at least, the minimum standard of treatment under customary international law.

Article 2 also grants protected investments full protection and security 'at all times' but it does not define these terms. This leaves open the question as to whether the standard only requires contracting parties to exercise due diligence and take reasonable measures to protect the physical integrity of an investment (e.g. in the case of riots or actions by the police or military forces). Or alternatively, whether the standard extends beyond 'physical' security to 'legal' security including, for example, a host state's obligation to ensure a stable regulatory legal framework.

Further, Article 2 protects investors against 'arbitrary or discriminatory' measures. Both terms have generally been analysed separately, particularly when, as here, they are separated by the conjunction 'or'. Arbitrariness has been defined by a Chamber of the International Court of Justice in the *ELSI* case (*U.S. v. Italy*) as 'a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety'. Discriminatory measures are generally interpreted as including different treatment of similarly placed investments without justification.

Foreign investors are protected against nationality-based discrimination under the Treaty's National and Most-Favoured-Nation treatment clauses in Article 3. The Treaty protects investments and returns on investments covered by the Treaty from treatment less favourable than that accorded to investments and returns on investments covered by the Treaty of host state investors, or investors from third states. The Treaty also grants the investors' 'management, maintenance, use, enjoyment or disposal' of their investments, as well as the means by which the investors' rights to such investments may be secured (e.g. through transfers or compensation payments), treatment no less favourable than that granted to a national of the host state or of a third state, whichever is more

Legal persons must be constituted in accordance with the laws of one contracting party and have their 'head office' or 'seat' in the state



Home

Editorial

[Welcome to the Investment Arbitration Outlook](#)

Insight

[Investment Arbitration and Proceedings before Local Courts](#)

Global Briefing

[The European Proposal for an Investment Court System in Context](#)

[The Impact of the New United States Administration on Investment Policies](#)

[The Problematic Status of Intra-European Union Bilateral Investment Treaties](#)

In Focus

[Entry into Force of the Bilateral Investment Treaty between Spain and Saudi Arabia](#)

[Award in *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*](#)

**Investment Arbitration:
Contact Lawyers**



favourable. The two standards of protection under Article 3 of the Treaty are subject to two exclusions: they do not apply to (i) tax matters, or (ii) privileges accorded due to membership of a free trade area, customs or economic union, common market, or any other regional economic organisation.

Article 4 provides that protected investments must not be nationalized, expropriated or subject to measures of equivalent effect, except on public interest grounds, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory way and upon payment of prompt, adequate, and effective compensation. Unlike other recent investment agreements, the Treaty does not (i) provide guidance on the meaning of 'measures' with an equivalent effect to an expropriation, such as in indirect or creeping expropriations, and (ii) expressly establish that states may pursue bona fide economic, health, safety, or environmental policies.

The Treaty indicates that the interest to be paid is the applicable market rate, as from the date of the expropriation until compensation is paid. It also establishes the claimant's right to a review of the legality of the expropriation and the amount of compensation. As with the breach of other standards of treatment, there is no specific provision on compensation if the expropriation is illegal.

The Treaty provides for state-to-state *ad hoc* arbitration and investor-state arbitration (Articles 10 and 11). With regard to investor-

state arbitration, any dispute must be resolved amicably if possible. In relation to the request for amicable consultations, the only requirement is that it be in writing. If negotiations are unsuccessful after six months following this written request, the dispute may be submitted to one of two procedures (to the exclusion of the other): (i) the courts of the host state, or (ii) arbitration in accordance with the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the 'ICSID Convention'). Both Saudi Arabia and Spain are parties to the ICSID Convention. The Treaty differs from other investment treaties signed by Spain or Saudi Arabia that accord investors the possibility to opt for international arbitration pursuant to the United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules.

Under the Treaty, losses due to armed conflicts, revolutions, states of general emergency, or revolts must be compensated no less favourably than any compensation granted to nationals of the host state or investors of third states, whichever is more favourable (Article 5). However, the Treaty does not include clauses on reservations or non-precluded measures establishing that the Treaty's obligations do not preclude the parties from adopting measures necessary for the maintenance of public order or public health, the protection of essential security interests, or pursuing similar public policy objectives. Furthermore, the Treaty contains no denial of benefits clause.

Home

Editorial

[Welcome to the Investment Arbitration Outlook](#)

Insight

[Investment Arbitration and Proceedings before Local Courts](#)

Global Briefing

[The European Proposal for an Investment Court System in Context](#)

[The Impact of the New United States Administration on Investment Policies](#)

[The Problematic Status of Intra-European Union Bilateral Investment Treaties](#)

In Focus

[Entry into Force of the Bilateral Investment Treaty between Spain and Saudi Arabia](#)

[Award in *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*](#)

**Investment Arbitration:
Contact Lawyers**

Entrada en vigor del tratado bilateral de protección de inversiones entre España y Arabia Saudí

▼ **Olga Puigdemont**

Arbitraje internacional

El Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el "**Tratado**") entró en vigor el 14 de diciembre de 2016. Después de un periodo inicial de vigencia de diez años, podrá ser denunciado en cualquier momento por cualquiera de las partes con un preaviso de doce meses. Las inversiones realizadas antes de la entrada en vigor del Tratado también quedan protegidas, excepto aquellas reclamaciones o controversias que hayan sido resueltas o que estén en proceso de resolución.

El artículo 1 del Tratado contiene una definición de inversión amplia que incluye "*todo tipo de activo*". Le sigue una lista no exhaustiva de activos, que incluye bienes muebles e inmuebles, inversiones de cartera, reclamaciones monetarias o de cualquier prestación contractual de valor económico que esté asociada a una inversión, derechos de propiedad intelectual, y los derechos de realizar una actividad económica o comercial conferidos por ley o por contrato. La definición de inversión protegida no incluye requisitos adicionales, como, por ejemplo, el compromiso de invertir cierto capital o recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de ciertos riesgos.

En virtud del artículo 1 del Tratado, la definición de inversor incluye a personas físicas y jurídicas. Las personas jurídicas no solo deben estar constituidas de conformidad con las leyes de una de las partes contratantes, sino también tener su "*sede principal*" (en el caso de Arabia Saudí) o "*sede*" (en el caso de España) en el Estado respectivo. El Tratado también incluye como inversores protegidos al Gobierno del Reino de Arabia Saudí, a sus instituciones y autoridades financieras (como la Agencia Monetaria), a sus fondos públicos y otras instituciones gubernamentales similares. Por el contrario, no se establece ninguna disposición similar para las entidades estatales españolas.

El artículo 2 obliga a las partes contratantes a tratar las inversiones protegidas de conformidad con el estándar de trato justo y equitativo. El Tratado no vincula esta norma al derecho internacional general ni tampoco define lo que se entiende por "*justo y equitativo*". Sin embargo, algunos tribunales arbitrales han interpretado estos términos y los han definido como el estándar mínimo de trato que deben recibir los inversores bajo el derecho internacional consuetudinario.

El artículo 2 también otorga a las inversiones protegidas plena protección y seguridad "*en todo momento*" pero no define ninguno de estos términos. Esto deja abierta la cuestión de si la norma solo exige que las partes contratantes ejerzan la debida diligencia o tomen medidas razonables para proteger la integridad física de una inversión (por ejemplo, en caso de disturbios o acciones de la policía o fuerzas militares); o si, al contrario, la norma se extiende más allá de la seguridad física para integrar también la seguridad jurídica (por ejemplo, la obligación del Estado receptor de garantizar un marco jurídico y reglamentario estable).

Además, el artículo 2 protege a los inversores de medidas "*arbitrarias o discriminatorias*". Ambos términos han sido generalmente analizados por separado, particularmente cuando, como aquí, están separados por la conjunción "o". Por un lado, la arbitrariedad ha sido definida por una Sala de la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI* (Estados Unidos

c. Italia) como "un apartamiento deliberado del debido proceso, un acto que alarma, o al menos sorprende, a un sentido de comportamiento judicial correcto". Por otro lado, en general, las medidas discriminatorias incluyen cualquier trato diferencial que se otorgue a inversiones similarmente situadas cuando no exista justificación para ello.

Los inversores extranjeros están protegidos contra la discriminación por razón de nacionalidad, en virtud de las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida del artículo 3 del Tratado. El Tratado protege las inversiones y las rentas de las inversiones cubiertas por el Tratado de un trato menos favorable del que se les concedería a las mismas, si se hubieran realizado por inversores del Estado receptor o de terceros Estados.

En relación con la "gestión, mantenimiento, utilización, disfrute o enajenación" de las inversiones de inversores protegidos y los medios por los cuales se pueden garantizar sus derechos a dichas inversiones (por ejemplo, mediante transferencias o pagos compensatorios), el Tratado también otorga a dichos inversores un trato que no podrá ser menos favorable que el otorgado a un nacional del Estado receptor, ni que el otorgado a un nacional de un tercer Estado, lo que sea más favorable al inversor. Las dos normas de protección previstas en el artículo 3 del Tratado están sujetas a dos exclusiones: (i) no se aplican a cuestiones fiscales, y (ii) no se aplican a privilegios concedidos por pertenecer a una zona de libre comercio, a una unión aduanera o económica, mercado común, o a cualquier otra organización económica regional.

El artículo 4 dispone que las inversiones protegidas no deben ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas de efecto equivalente, salvo por razones de interés público, de conformidad con el debido proceso legal, de manera no discriminatoria y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y eficaz. A diferencia de otros acuerdos de protección de inversiones recientes, el Tratado: (i) no proporciona orientación alguna sobre el significado de medidas de efecto equivalente a una expropiación (como las expropiaciones indirectas o progresivas) y (ii) no dispone expresamente que los Estados, de buena fe, pueden llevar a cabo políticas públicas en materia económica, de sanidad, de seguridad pública o ambiental.

El Tratado indica que el tipo de interés a pagar será el vigente en el mercado desde la fecha de la expropiación hasta el pago efectivo de la indemnización. También establece el derecho del demandante a una revisión de la legalidad de la expropiación y del monto de la indemnización. Al igual que con el incumplimiento de otras normas de trato, no existe una disposición específica sobre indemnización si la expropiación es ilegal.

El Tratado establece un procedimiento de arbitraje *ad hoc* entre estados y otro de arbitraje inversor-Estado (artículos 10 y 11). Con respecto al arbitraje inversor-Estado, cualquier disputa debe ser resuelta, de ser posible, de forma amistosa. En relación con la solicitud de arreglo amistoso, el único requisito es que se realice por escrito. Si las negociaciones fracasan, transcurridos seis meses a partir de la fecha de la solicitud por escrito, la controversia podrá someterse a uno de los dos procedimientos que siguen (con exclusión del otro): (i) sumisión a los tribunales del Estado receptor o (ii) sumisión a arbitraje de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el "**Convenio CIADI**"). Cabe mencionar que Arabia Saudí y España son parte del Convenio CIADI. El Tratado difiere de otros tratados de inversión firmados por España o Arabia Saudí que otorgan a los inversores la posibilidad de optar por el arbitraje internacional de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

En virtud del Tratado, las pérdidas debidas a conflictos armados, revoluciones, estados de emergencia general o revueltas deben ser compensadas de forma no menos favorable que cualquier indemnización concedida a los nacionales del Estado receptor o a los inversores de terceros Estados, según lo que resulte más favorable para el inversor (artículo 5). No obstante, el Tratado no incluye cláusulas que contengan reservas, que establezcan que las obligaciones del Tratado no impiden a las partes adoptar las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público o la salud pública, la protección de los intereses esenciales de seguridad, o establecer otras políticas públicas con fines similares. Además, el Tratado no contiene ninguna cláusula de denegación o pérdida de los beneficios del Tratado.