

La inaplicación de la cláusula arbitral del Tratado sobre la Carta de la Energía a las inversiones intra-europeas: una pirueta jurídica de la Comisión en su comunicación sobre protección de la inversión intra-UE de 19 de julio de 2018

No Enforcement of the Energy Charter Treaty Arbitration Clause on Intra European Investments: A Legal Pirouette from the Commission through its Communication on the Protection of Intra-EU Investment (19 July 2018)

Enric R. Bartlett Castellá

Profesor de Derecho público en ESADE Business & Law Schools
Universitat Ramon Llull
enric.bartlett@esade.edu

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-61-2019pp169-194>

Recibido el 29 de marzo de 2019
Aceptado el 3 de julio de 2019.

Sumario: I. Introducción.—II. La aplicación por la Comisión Europea de la sentencia Achmea al Tratado de la Carta de la Energía.—III. Algunas valoraciones de la Comunicación y el caso particular de la retirada de ayudas a las energías renovables en España.—IV. La garantía de las inversiones intra-UE.—V. Ni los tribunales arbitrales establecen jurisprudencia, ni el artículo 344 TFUE se refiere a personas privadas.—VI. Los tribunales arbitrales, el TCE y la interpretación de los Tratados Fundacionales.—VII. Los efectos derivados de que la Unión Europea también sea parte del TCE.—VIII. El Tratado de la Carta de la Energía es un acuerdo multilateral en que todas las partes contratantes participan en pie de igualdad.—IX. Dejar sin efecto los laudos dictados o impedir la continuidad de los procesos arbitrales iniciados supone una denegación de justicia a los inversores.—X. Conclusiones

Resumen: El 19 de julio de 2018 la Comisión Europea hizo pública su comunicación sobre protección de inversiones intra-UE. En la misma, atribuye a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Achmea, de 6 de marzo de 2018, el efecto de considerar inexistente la cláusula arbitral prevista en el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía entre inversor y Estado, cuando se trate de inversores de un Estado miembro de la Unión Europea y otro Estado miembro de la Unión Europea. Este comentario se refiere a esta comunicación y contrasta su congruencia con el Derecho de la Unión y el Derecho Internacional.

Palabras clave: Arbitraje de inversión, Comunicación de la Comisión Europea sobre protección de inversiones intra-UE, Principio de confianza legítima, Sentencia Achmea, Derecho de la Unión Europea.

Abstract: *On 19 July 2018 the European Commission published its communication on intra-EU investment protection. The communication refers to the ruling of the Court of Justice of the European Union on the Achmea case (6 March 2018) in considering non-existent the arbitration clause provided for in Article 26 of the Energy Charter Treaty between investors and the state, in cases of investors from Member States and other Member States. This paper refers to this communication and assesses its congruence with EU law and international law.*

Keywords: *Investment arbitration, Communication from the European Commission on Protection of Intra-EU Investment, Legitimate expectations, Achmea ruling, European Union Law.*

I. Introducción

No es infrecuente que una sentencia produzca efectos más allá de los límites de la controversia concreta que ha sido llamada a resolver. En este sentido, Achmea ha devenido un caso paradigmático en relación con el sistema de resolución arbitral de conflictos de inversión en el sector energético en la Unión Europea. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso Achmea, de 6 de marzo de 2018,¹ concluye (párrafo 60) que es contraria a los artículos 267 TFUE y 344 TFUE «una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI), 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 competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro».

El TJUE resuelve así, una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania, en relación con la compatibilidad de los mencionados artículos 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento

¹ El autor quiere agradecer a los profesores Beatriz Añoveros, Miquel Montañá y Jordi Sellarés, sus muy sugerentes comentarios sobre una versión inicial de este trabajo.

ECLI:EU:C:2018:158 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1443232>

de la Unión Europea² (TFUE) con el artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI), entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca³, que sigue siendo aplicable entre el primero y la República Eslovaca. La petición al TJUE se planteó en el proceso de resolución del recurso de casación interpuesto por Eslovaquia frente a la denegación, por parte del Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort, de su recurso de anulación de un laudo arbitral dictado en esa ciudad que fue escogida como sede del arbitraje, lo que determinó que los tribunales alemanes fueran los competentes para pronunciarse sobre su validez.

La argumentación del TJUE se basa en la necesidad de garantizar la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial sobre las cuestiones de Derecho de la Unión que pueden llegar a tratarse en el asunto de inversión controvertido (art. 267 TFUE), con el fin de garantizar una aplicación uniforme de dicho Derecho (50). Parte pues de la afirmación que el procedimiento de remisión prejudicial, en tanto que mecanismo para reconducir a la unidad de la interpretación del ordenamiento jurídico de la UE, es una garantía del principio de autonomía de éste.

En la medida que sólo los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden formular cuestiones prejudiciales al TJUE y que éste

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>

El artículo 267 TFUE, párrafos primero a tercero, dispone:

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados,
b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Quando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Quando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.[...]

El artículo 344 TFUE establece que «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».

³ Celebrado el 29 de abril de 1991, entró en vigor el 1 de octubre de 1992. Texto disponible en lengua inglesa en el sitio Internet de la UNCTAD <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/treaty/2650>

Article 8

«1) All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.

2) Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement».

considera que los tribunales arbitrales no lo son y, por tanto, no son parte del sistema judicial de la Unión, les queda vedado solicitar su intervención vía cuestión prejudicial. Afirmación esta última no compartida por el Abogado General que, a partir de un conjunto de elementos, llega a la conclusión contraria y afirma dicho carácter de órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE. El razonamiento del Abogado General considera «*el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia*», así como que «*ante él esté pendiente un litigio y que deba adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional*»⁴.

También aborda la sentencia Achmea si el mencionado artículo 344 del TFUE se aplica a las controversias entre inversores y Estados. La doctrina, mayoritariamente, ha entendido que no⁵, que sólo es de aplicación a las que tienen lugar entre Estados miembros o entre éstos y la UE. No obstante, el TJUE, al concluir que las disposiciones de un TBI entre Estados miembros que prevén el arbitraje inversor-estado son incompatibles con aquél (60), contradice sin lugar a dudas esta posición doctrinal mayoritaria aunque no se pronuncie expresamente al respecto⁶.

⁴ Conclusiones de 19 de septiembre de 2017. Ver en particular las numeradas 86 a 131 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194583&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1340255>

⁵ En este sentido Hanno Wehland, «Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: is European Community Law and Obstacle?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, (2009): 318-319 señala que si bien en el caso *MOX Plant C-459/03S* relativo a los procedimientos arbitrales puestos en marcha por Irlanda contra el Reino Unido bajo la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el TJUE recuerda que, de acuerdo con los tratados, su jurisdicción sobre el Derecho de la Unión es exclusiva, el artículo correspondiente (artículo 292 TEC en aquel momento) «*sólo menciona disputas sometidas por Estados miembros, y que no aplicaría*» (a las planteados por inversores privados). La traducción es mía. En el mismo sentido, se pronuncia Ana Mercedes López Rodríguez «El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 57 (2017): 47, al comentar la propuesta de creación de un Tribunal Internacional de Inversiones «*la doctrina ya ha avanzado que algunos obstáculos serían fácilmente salvables, como por ejemplo, la referencia al art. 344 TFUE, que solo se aplica a controversias entre los Estados Miembros, dejando fuera a las controversias entre inversor-Estado, como las que serían objeto del Sistema de Tribunales de Inversión*».

⁶ Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley Unión Europea*, núm. 60, (2018): 8 tras admitir que «*puede haber argumentos que cuestionen la conclusión alcanzada por el Tribunal*» dice «*la considero, en términos generales, acertada. En primer lugar, nada de los dispuesto en la sentencia de MOX Plant, el Dictamen 1/09 y el Dictamen 2/13 conduce necesaria e inexorablemente a descartar la inclusión de los litigios entre particulares y Estados miembros en el art. 344 TFUE. En*

El TJUE entiende que las controversias de las que debe conocer el tribunal arbitral previsto en el artículo 8 del TBI considerado, pueden estar relacionadas con la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, «*en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales*» (42).

Por último, el TJUE analiza si el laudo está sujeto, en las cuestiones relativas al Derecho de la Unión que pudiera tener que tratar el tribunal arbitral, al control indirecto del TJUE, en el marco de un procedimiento prejudicial, a partir de la revisión que ejerza un órgano jurisdiccional de un Estado miembro (50).

En mérito de la distinción entre arbitraje de inversiones y comercial, llega a una conclusión negativa, razonando que se puede admitir como suficiente el carácter limitado del control en el arbitraje comercial, con origen en la autonomía de la voluntad de las partes, pero no en el de inversiones que «*resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión (...) los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho*»⁷.

Tras presentar las consideraciones del TJUE, este trabajo procede en dos partes. La primera, apartados II, III y IV, comenta la aplicación por la Comisión Europea de Achmea al Tratado de la Carta de la Energía, que no fue objeto del litigio, así como sus importantes consecuencias en relación con conflictos en que el Estado español es parte. A continuación, sigue un análisis crítico de la interpretación efectuada por la Comisión.

Los apartados V a VIII integran la segunda parte. El V parte del rol que, común y pacíficamente, se atribuye a los tribunales arbitrales en materia de inversión y de la no aplicación a los particulares del artículo 344 del TFUE. El apartado VI trata de poner en valor la enorme labor desarrollada

segundo lugar, tratándose, la del art. 344, de una obligación dirigida exclusivamente a los Estados miembros, en tanto que manifestación específica del principio de cooperación leal, la decisión de extender su aplicación al arbitraje de inversiones supone reconocer la importancia del consentimiento del Estado miembro, manifestado en el propio APPRI, en tanto que elemento fundamental y necesario (junto al consentimiento del propio inversor) para la asignación de controversias a tribunales arbitrales ajenos al sistema jurisdiccional de la UE».

⁷ Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, «La sentencia del TJUE... *op cit.* (2018):9 ha señalado que «*esta argumentación, sin mayor explicación, no resulta del todo convincente (...)*» en la medida que deja con el interrogante de si el principio de autonomía del derecho de la Unión «*cede ante los intereses relacionados con la eficacia de los laudos comerciales*».

a lo largo de décadas por el TJUE interpretando la libertad de circulación de capitales.

Los apartados VII y VIII, íntimamente relacionados, pretenden extraer las consecuencias de que la propia Unión Europea sea parte de un Tratado internacional multilateral. El apartado IX, muy brevemente, a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales, llama la atención sobre los efectos que contra el orden jurídico de la Unión que se dice defender, tendría una aplicación como la pretendida por la Comisión.

Las conclusiones, finalmente, reúnen los distintos mimbres que se han ido trenzando en los apartados precedentes para proponer unas medidas concretas que, por una parte, bloqueen los efectos claramente contrarios al ordenamiento jurídico internacional y europeo a que conduce determinada interpretación de Achmea y, por otra, brinden al TJUE la oportunidad de corregir sus excesos.

II. La aplicación por la Comisión Europea de la sentencia Achmea al Tratado de la Carta de la Energía

No valoraré la interpretación del TJUE en relación con si los tribunales arbitrales tienen o no el carácter de órgano jurisdiccional de los Estados miembros y su conclusión negativa, que los priva de participar en el diálogo jurisdiccional con el mismo, sino que a efectos dialécticos la aceptaré en la medida que el objeto prioritario de este comentario no es la Sentencia del TJUE, sino la interpretación que de la misma ha efectuado la Comisión Europea en relación con el Tratado de la Carta de la Energía. En concreto, en su Comunicación de 19 de julio de 2018⁸ sobre la protección de la Inversión intra-UE, en la que sostiene:

«La sentencia Achmea también es relevante para el mecanismo de arbitraje entre inversor y Estado establecido en el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía en lo referente a las relaciones intra-UE»

Entiende la Comisión que «correctamente interpretada, esta disposición no prevé una cláusula arbitral entre inversor y Estado aplicable entre inversores de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro de la UE. Dada la primacía del Derecho de la Unión, si se interpretase que es aplicable con carácter intra-UE, esta cláusula sería incompatible con el Derecho primario de la UE y, por tanto, inaplicable.»

⁸ Código CELEX: 52018DC0547

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=EN>
Comunicación, en adelante

Añade la comunicación que *«el hecho de que la UE también sea parte en el Tratado sobre la Carta de la Energía no afecta a esta conclusión: la participación de la UE en este Tratado solo ha creado derechos y obligaciones entre la UE y países terceros y no ha afectado a las relaciones entre los Estados miembros de la UE»*. (...) ⁹

A partir de estas premisas es lógico deducir que, en opinión de la Comisión, también serán aplicables a los arbitrajes intra-EU en mérito del artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía (TCE) ¹⁰ las conclusiones a que la comunicación llega en relación con los TBI: *«esto implica que todas las cláusulas arbitrales entre inversor y Estado de los TBI intra-UE son inaplicables, y que todo tribunal arbitral establecido sobre la base de estas cláusulas carece de jurisdicción, dada la ausencia de un acuerdo de arbitraje válido. Por consiguiente, los tribunales nacionales tienen la obligación de anular cualquier laudo arbitral dictado sobre esta base y deben rehusar aplicarlo»* (...) ¹¹. En definitiva, la Comisión considera nula la cláusula

⁹ Comunicación, p.3-4

¹⁰ <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>

Artículo 26. Solución de controversias entre un inversor y una Parte Contratante.

Artículo 26. «1. En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera.

2. Si dichas controversias no pueden resolverse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 en un plazo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes en conflicto hubiera solicitado una solución amigable, el inversor afectado podrá optar por someter una controversia para su solución:

a) Ante los Tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante implicada en la controversia, o

b) De acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado, o

c) De acuerdo con los siguientes apartados del presente artículo.

3. a) Salvo lo establecido en las letras b) y c), las Partes Contratantes consienten incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

b) i) Las Partes Contratantes incluidas en el anexo ID no darán su consentimiento incondicional en el caso de que el inversor haya recurrido previamente a los procedimientos indicados en las letras a) o b) del apartado 2.

ii) En aras de una mayor transparencia, las Partes Contratantes incluidas en el anexo ID deben especificar por escrito a la Secretaría, no más tarde de la fecha en que se deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación con arreglo al artículo 39, sus políticas, prácticas y condiciones que se apliquen al respecto o depositará su instrumento de adhesión con arreglo al artículo 41.

c) Las Partes Contratantes incluidas en el anexo IA no darán su consentimiento incondicional con respecto a una controversia suscitada en torno a la última frase del apartado 1 del artículo 10.

¹¹ Comunicación, p.4

sula arbitral del TCE en el ámbito intra-EU y entiende que deben anularse los laudos dictados en mérito de la misma.

III. Algunas valoraciones de la Comunicación y el caso particular de la retirada de ayudas a las energías renovables en España

La Comunicación, que se puede comparar sin exageración como un torpedero en la línea de flotación del sistema de resolución arbitral de controversias sobre inversiones en el sector energético europeo, ha sido saludada con entusiasmo por algunos Estados miembros, entre ellos España, que tiene pendientes un número considerable de casos en base al citado artículo 26 TCE¹² con unos importes en juego de unos ocho mil millones de euros y que ya ha perdido algunos¹³.

En síntesis, la reacción de estos Estados ha sido argumentar que ya se venían oponiendo a la jurisdicción de los tribunales arbitrales, mediante una excepción de jurisdicción que éstos no aceptaban¹⁴ y que, a la vista de la sentencia Achmea, lógicamente, piden la anulación de los laudos ante los tribunales estatales competentes para decidir sobre su validez en base a recursos de nulidad. Igualmente, cuando se solicita por una parte la ejecución del laudo en un Estado distinto al correspondiente a la sede donde se dictó, piden a sus tribunales que impidan la misma¹⁵.

¹² Lo recuerda el Abogado General en sus conclusiones de 19 de septiembre de 2017 al señalar que el Reino de España ha sido citada como parte demandada 33 veces (en aquél momento) en procedimientos de arbitraje sobre procedimientos internos de inversión

¹³ Por todos, ver *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg v. Reino de España* Caso CIADI N.º ARB/13/36, enviado a las partes 4.05.2017, consideraciones 389 a 418. <https://www.italaw.com/cases/5721>

¹⁴ En este sentido se puede ver *Charanne B.V y Construction Investments S.A.R.L v. Reino de España* Arbitraje 062/2012 Cámara de Comercio de Estocolmo, cuyo laudo se dictó el 21.01.2016, consideraciones 207 a 224 para las alegaciones de las partes y 424 a 450 para las consideraciones del Tribunal Arbitral <https://www.mincotur.gob.es/es-es/gabineteprensa/notasprensa/2016/documents/laudo%20final%20arb%20062-2012.pdf>

Para un comentario sobre el contenido de este laudo en concreto, ver Víctor Rafael Hernández-Mendible «El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energía renovables. Caso Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. vs. Reino de España», *Revista de Administración Pública*, n.º 202, (2017): 223-253

¹⁵ Así lo ha hecho el Reino de España ante los tribunales suecos en relación con el Laudo en el caso Novenergia que fue resuelto sobre la base de las Reglas de la Corte de Arbitraje de Estocolmo. Pendiente la resolución, la justicia sueca ha suspendido la ejecución. Puede leerse el comentario de Joel Dahlquist en *Aquiescencia Blog* de derecho internacional de Carlos Espósito, que lleva por título «España impugna el laudo arbitral Novenergia ante los tribunales suecos sobre la base de la sentencia Achmea» (2018)

Se ha escrito con anterioridad que parecía discriminatorio que los inversores nacionales en desacuerdo con decisiones del Estado español, que vehiculaban su inversión a través de una persona jurídica con sede en otro Estado miembro, pudieran escoger entre acudir a los tribunales españoles o plantear su disconformidad en tribunales arbitrales, mientras que los que mantenían su nacionalidad carecían de esa facultad de opción y sólo podían dirigirse a los tribunales estatales¹⁶.

Es cierto que la atribución de la nacionalidad, también la de las personas jurídicas, es competencia de los Estados. No lo es menos que a la hora de estructurar la compañía que efectúa una inversión, hay quien aconseja valorar si tiene sentido que la misma tenga la consideración de nacional de un Estado que sea parte de un tratado de inversiones, para beneficiarse de su protección.

Dada la dificultad de probar que la estructura inversora es un mero cascarón vacío al servicio de la finalidad de ganar la protección de un tratado de inversión, me parece que se deberían concretar los supuestos en que el control directo o indirecto por nacionales del Estado en que se invierte, impliquen que no se la pueda considerar inversor extranjero a los efectos de gozar de la protección del tratado. No me parece empresa fácil; pero entiendo que vale la pena acometerla porque de lo contrario, se da pie a que el procedimiento arbitral de protección de inversiones extranjeras pueda ser visto como una fórmula por la que los económicamente poderosos se autoexcluyen del pacto social que nos iguala a todos ante la ley. Así, el uso fraudulento, a mi modo de ver, de unos pocos, perjudica la imagen de un sistema que ha acreditado sobradamente su utilidad para resolver conflictos concretos y promover la inversión internacional.

En lugar de cuestionar la posibilidad de circunvalar el impedimento de nacionalidad mediante la creación de personas jurídicas en otro Estado, la Comisión equipara a la baja las garantías de todos al excluir la posibilidad de acudir al arbitraje intra-UE. La creación de personas jurídicas fuera de la Unión, como vehículos para articular las inversiones en materia energética en la UE, aunque más costosa que la creación en otro Estado miembro, está al alcance de los grandes inversores, ya sea en

<https://aquiescencia.net/2018/05/23/espana-impugna-el-laudo-arbitral-novenergia-ante-los-tribunales-suecos-sobre-la-base-de-la-sentencia-achmea/>.

Al haber solicitado Novenergia la ejecución en EEUU, las autoridades españolas han solicitado desestimarla al tribunal federal del Distrito de Columbia, <http://ciarglobal.com/espana-pide-a-tribunal-de-ee-uu-desestimar-demanda-de-ejecucion-de-laudo-novenergia/>

¹⁶ Enric R. Bartlett Castellá «Inequidad Manifiesta». *La Vanguardia* 27 de junio de 2016, <https://www.lavanguardia.com/opinion/20160627/402783138510/inequidad-manifiesta.html>

Japón, por poner un ejemplo de otro Estado que ha suscrito y ratificado el TCE y está bien alejado de la frontera exterior de la Unión, o bien en Suiza que es colindante.

La discriminación entre grandes y pequeños inversores en relación con las acciones de defensa disponible, que no se elimina de futuro si pueden acudir al arbitraje los inversores extra UE, se hace más patente cuando, mirando hacia atrás, las demandas de indemnización por modificaciones de la regulación son rechazadas en los tribunales españoles en base a la doctrina del riesgo regulatorio¹⁷ y, en cambio, se aceptan por los tribunales arbitrales por entender que se han vulnerado las legítimas expectativas del inversor.

La argumentación de la jurisprudencia española que no nace derecho a indemnización derivado del cambio de la regulación, se basa en que el inversor que opera acogiéndose a un marco de regulación y renunciando al mercado y a sus oscilaciones, debe asumir que si las circunstancias que justificaron su aprobación cambian, también lo puede hacer, sin compensación alguna, el marco regulatorio. Son diversas y contundentes las críticas que la doctrina española ha efectuado de esta posición jurisprudencial relativa al riesgo regulatorio¹⁸ en las que no voy a abundar. Me limitaré a un análisis sumario sobre la interpretación que la Comisión ha efectuado de la sentencia Achmea y a plantear si es posible otra distinta.

¹⁷ Ver Sentencia del Tribunal Supremo 2320/2012, de 12 de abril, ECLI: ES: TS: 2012:2320. FJ4 <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasearch=TS&reference=6347999&links=&optimize=20120427&publicinterface=true>

¹⁸ Entre otros: Santiago Rodríguez Bajón, «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», *Revista de Administración Pública*, n.º 188 (2012): 195; Ángel Garcés Sanagustín, «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 43-44 (2014): 22; Estanislao Arana García, «La nueva Ley del Sector Eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo de las energías renovables», en el vol. col. *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*. Dir. por José Francisco Alenza García (Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2014), 133-155. Arana García, «La nueva Ley del Sector Eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo de las energías renovables», 151; Irene Ruiz Olmo y Francisco Delgado Piqueras, «La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico» en el vol. col. *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático, op.cit.* Ruiz Olmo y Delgado Piqueras, «La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico», 71; José Francisco Alenza García, «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 280/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 55 (2016): 17-18.

IV. La garantía de las inversiones intra-UE

La Comisión afirma que *«la legislación de la UE, desarrollada de manera progresiva a lo largo de décadas, proporciona a los inversores un alto nivel de protección»*, si bien admite que *«no puede resolver todos los problemas que afrontan sus actividades»*¹⁹.

Es una afirmación que comparto. No obstante, qué ocurriría si reformulamos la cuestión en los siguientes términos: ¿Los inversores consideran que sus derechos están mejor protegidos por los órganos jurisdiccionales o por los tribunales arbitrales? Ignoro si se ha efectuado una encuesta así y, por tanto, su eventual resultado. No tengo duda que si fuera un inversor en generación eléctrica con energías renovables en España, afectado por los cambios regulatorios efectuados por el Real Decreto-Ley 9/2013 y normas posteriores, a la vista de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y las decisiones de los tribunales arbitrales llamados a intervenir en mérito del artículo 26 del TCE, mi respuesta sería: los tribunales arbitrales defienden mejor los derechos de los inversores²⁰.

Otra pregunta posible sería si la opción de acudir a un tribunal arbitral es un estímulo a la hora de decidir una inversión en Europa. Tampoco conozco una encuesta en estos términos; pero si efectivamente fuera un motivo importante para decidir la inversión, ya no digamos determinante, la interpretación de la Comisión en la Comunicación comentada desaconsejaría inversiones futuras.

¿Qué ocurre con las inversiones ya decididas en base a la vigencia del TCE, cláusula arbitral incluida? ¿Podemos hablar de una vulneración del principio de confianza legítima, de un cambio de reglas de juego a medio partido que defrauda las legítimas expectativas de los inversores? En opinión de la Comisión no, ya que la interpretación que efectúa es, a su modo de ver, la única correcta. Una opinión que es fácil concluir no comparten los inversores que son parte en esos procesos arbitrales.

En los apartados siguientes analizaré si hay maneras de evitar la posible des-incentivación de inversiones intra-UE en el sector energético, fruto de eliminar la posibilidad de arbitrajes y, en consecuencia, si cabe una interpretación distinta a la de la Comisión, tanto para inversiones futuras como para aquellas ya efectuadas, hayan dado lugar o no éstas últimas a un proceso arbitral ya finalizado o todavía en curso.

¹⁹ Comunicación, p.1

²⁰ Esta circunstancia está en la base de no pocas de las críticas que se hacen al sistema arbitral de inversiones. Un repaso de las mismas en Ana Mercedes López Rodríguez, «El Sistema de Tribunales de Inversión...*op.cit.*(2017): 35-37.

V. Ni los tribunales arbitrales establecen jurisprudencia, ni el artículo 344 TFUE se refiere a personas privadas

Afirmar que las cláusulas arbitrales en el TCE son una amenaza al orden jurídico de la Unión Europea, en la medida que ponen en riesgo la aplicación uniforme del derecho de la Unión, ya que los tribunales arbitrales no pueden referir cuestiones prejudiciales al TJUE, se viene sosteniendo desde hace algunos años²¹. Me parece una interpretación muy amplia, por dos razones:

Primera, los tribunales arbitrales no pueden establecer precedentes ni en materia de derecho de la Unión ni en ningún otro.

Segunda, opino que efectivamente, el artículo 344 TFU se refiere a los Estados miembros y no a personas privadas.

La primera afirmación no parece que requiera especial desarrollo. Se deriva del entendimiento generalmente admitido de qué sea un arbitraje. Aunque se vale de la interpretación y aplicación correcta del Derecho, que deviene así el medio o instrumento que utiliza, la finalidad de un arbitraje es resolver conflictos, controversias específicas, y no el crear normas públicas (jurisprudencia).

En relación con la no creación de precedentes por el arbitraje, resulta iluminador el razonamiento efectuado por Victor Ferreres Comella, comentando la obra de Owen Fiss en lo relativo a la conexión entre el arbitraje, la construcción de un sistema de precedentes y los controles democráticos que han de poder ejercer los poderes públicos. Recuerda que para que se desarrolle un sistema de precedentes se deben dar tres condiciones: «a) las decisiones deben estar expresadas en resoluciones escritas y motivadas; b) esas resoluciones deben publicarse; y c) debe existir un órgano central con capacidad para armonizar las interpretaciones discordantes de los distintos decisores». Tras exponer la evolución del arbitraje, concluye que no se da la c) y, a menudo, tampoco la b). A la pregunta de «si deberíamos estar preocupados por el «déficit de precedentes» que exhibe el proceso arbitral», contesta que, en general, la respuesta es negativa, que la comunidad política no debe inquietarse por ello, ya que «los tribunales tienen sobre sus mesas de trabajo un volumen suficiente de controversias para producir precedentes a partir de ellas» y subraya sus aspectos positivos diciendo que «en realidad, es potencialmente ventajoso que los árbitros puedan resolver los casos sin la «carga» de contribuir a un sistema de precedentes: pueden sentirse más dispuestos a ensayar nuevas soluciones a los problemas jurídicos, en la medida en que los efectos

²¹ En este sentido Laurens Ankersmit, (2016) «Is ISDS in EU Trade Agreements Legal under EU Law?» *Investment Treaty News* (2016) <https://www.iisd.org/itn/es/2016/02/29/isds-in-eu-trade-agreements-legal-under-eu-law-laurens-ankersmit/>

*de sus decisiones están limitados a las controversias específicas y no vinculan, por ello, a otros decisores»*²².

Es cierto que incluso las resoluciones arbitrales que no se publican, por pedirlo así una de las partes, normalmente la que ve desestimadas sus pretensiones, se acaban filtrando. También lo es que la petición de no publicidad trae causa de un deseo de evitar el efecto «precedente» para otros casos pendientes. Igualmente, es frecuente que las resoluciones en arbitraje de inversión hagan referencia a resoluciones anteriores, en apoyo de la propia argumentación o intentando justificar porqué se difiere de ellas en una forma similar a la habitual en las sentencias judiciales. Pero pese a todo y las apariencias resultantes, es incontrovertido que los arbitrajes no crean jurisprudencia.

La segunda razón por la que entiendo que es una interpretación muy amplia la de considerar que las cláusulas arbitrales en el TCE son una amenaza al orden jurídico de la Unión Europea, radica en que contamos con un desarrollo del propio TJUE en resoluciones anteriores para dilucidar si el artículo 344 TFUE es aplicable a procedimientos arbitrales entre inversores y Estados Miembros de la UE. Un desarrollo que, como mínimo, permite sugerir que el TJUE no lo ha considerado así en alguno de sus razonamientos precedentes. Así, puede traerse a colación el dictamen 2/13 TJUE (Adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), de 18 de diciembre de 2014²³.

El artículo 6 del Tratado Unión Europea (TUE), apartado 2 prevé la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)²⁴. En el dictamen 2/13²⁵ que concluye que el acuerdo de adhesión es incompatible con el derecho de la Unión y obliga a revisarlo, se analiza la conformidad del mismo con el artículo 344 TFUE²⁶. En ese análisis, pese a la amplitud de la solicitud de dictamen formulado por la Comisión, sólo

²² Victor Ferreres Comella, «Arbitraje, Democracia y Estado de Derecho: Algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss», *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. 140. (2014): 8-10. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/140

²³ EU: C: 2014: 2454 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=es>

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12016M006>

²⁵ ECLI: EU : C: 2014 : 2454 De 18 de Diciembre de 2014, que da respuesta a la cuestión planteada por la Comisión en los siguientes términos: «¿Es compatible con los Tratados el Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950; en lo sucesivo, «CEDH»]?»

²⁶ Paras 201 a 214

se consideran las controversias entre Estados miembros cuando es evidente que la adhesión sería incompatible con el artículo 344 TFUE si las controversias entre particulares y Estados miembros, que son las más típicas de las que conoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), estuvieran incluidas en esta última disposición. En palabras del Abogado General en sus conclusiones en el caso Achmea (152) *«Éste es el motivo por el que, en los apartados 201 a 214 de dicho dictamen, el Tribunal de Justicia se limitó a examinar, desde el punto de vista del artículo 344 TFUE, las controversias entre Estados miembros y entre los Estados miembros y la Unión»*²⁷, (110) *pese a ser consciente del hecho de que, por mor de su adhesión al CEDH, la Unión quedaría vinculada por el artículo 34, primera frase, de éste, el cual establece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) «podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las [partes contratantes] de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos».* (111)»

Si no plantea problemas al orden jurídico europeo que el TEDH no formule cuestiones prejudiciales al TJUE en relación con los litigios planteados por personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares, no parece que deba plantearlos la intervención de tribunales arbitrales que, a diferencia del TEDH, no establecen jurisprudencia, en supuestos suscitados por la misma categoría de sujetos. Solamente se puede sostener que esto es así en la medida que el artículo 344 TFUE, efectivamente, se refiera solamente a controversias entre Estados miembros.

VI. Los tribunales arbitrales, el TCE y la interpretación de los Tratados Fundacionales

Parece evidente que cualquier controversia en la que, eventualmente, deba aplicarse derecho de la Unión, como lo es el Tratado de la Carta de la Energía por mor de haber sido suscrito no sólo por los Estados miembros

²⁷ «212. Por consiguiente, el hecho mismo de que los Estados miembros o la Unión tengan la posibilidad de interponer una demanda ante el TEDH puede frustrar el objetivo del artículo 344 TFUE y es, además, contrario a la propia naturaleza del Derecho de la Unión, que, como se ha recordado en el apartado 193 del presente dictamen, impone que las relaciones entre los Estados miembros se rijan por ese Derecho, con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho.

213. En tales circunstancias, únicamente sería compatible con el artículo 344 TFUE una exclusión expresa de la competencia del TEDH resultante del artículo 33 del CEDH respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión.»

bros sino por la Unión Europea misma no implica, me atrevería a decir que afortunadamente, una duda relativa a la interpretación o aplicación del Derecho primario de la Unión²⁸. Si fuera normal que suscitara esa incertidumbre, el número de cuestiones prejudiciales referidas al TJUE, por una población de unos quinientos millones de habitantes (antes del Brexit) debería crecer exponencialmente sobre las aproximadamente quinientas/año actuales.

De la jurisprudencia del TJUE se deriva que los tratados internacionales ocupan, jerárquicamente, una posición intermedia entre las fuentes de Derecho primario europeo y las de Derecho derivado²⁹, de ahí que me refiera exclusivamente a la eventual contradicción con el primero.

Es habitual que los tribunales de los Estados miembros dejen de aplicar leyes de los mismos por contradicción con el Derecho de la Unión que es prevalente. En España, por ejemplo, la eventual contradicción con la Constitución de una ley posterior a aquella exige al tribunal que la aprecia el plantear, en todo caso, cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En cambio, si la contradicción lo es con una directiva o reglamento europeos y, a juicio del tribunal estatal, no hay duda sobre la interpretación de aquéllos, puede y de hecho deja de aplicar las leyes españolas directamente sin remitir una cuestión prejudicial al TJUE³⁰. En conclusión, a falta de dudas no es preciso remitir el asunto al TJUE.

La protección de las inversiones, que es uno de los objetivos del TCE, se puede reconducir, en sentido amplio, al libre movimiento de capitales. No obstante, nos podemos preguntar si estamos frente un interrogante sobre cómo interpretar el artículo 63 TFUE cada vez que se cuestiona por un inversor, de acuerdo con el TCE, una decisión de un Estado miembro que o bien entiende no respeta sus previsiones sobre otorgar al inversor extranjero un trato justo y equitativo (artículo 10.1 TCE), o bien el no expropiarle sin indemnizarle (artículo 13.1 TCE). Francamente, a la vista de la suficiente jurisprudencia del TJUE sobre el citado artículo, me parece que la respuesta ha de ser negativa y me inclino a pensar que no tiene sentido afirmar que un tribunal arbitral no puede valorar al resolver un asunto de acuerdo al TCE si se plantean dudas en relación con la interpretación o aplicación del Derecho primario de la Unión.

²⁸ Artículo 216 TFEU

²⁹ Ágoston Mohay, «The Status of International Agreements concluded by the European Union in the EU Legal Order», *Pravni Vjesnik*, Volume 33, n.º 3-4 (2017): 157.

³⁰ Viene siendo una práctica frecuente en relación con la regulación, precisamente, del sector energético. En este sentido, entre otras STS 1425/2012, ECLI ES:TS:2012:1425 <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6315061&links=%22419%2F2010%22&optimize=20120323&publicinterface=true>

Pero es que además, si aceptáramos como premisa la prohibición, que niego, de que un Estado miembro se someta a un arbitraje planteado por una persona privada en base al TCE, porque eso se entiende implica habilitar a una posible interpretación de los tratados de UE y FUE por órganos distintos a los jurisdiccionales internos europeos, los efectos del caso *Achmea* rebasarían las fronteras europeas. Salvo que se afirme que la interpretación del TCE sólo, hipotéticamente, puede chocar con la del TFUE si el inversor que demanda a un Estado miembro europeo también es europeo, no sé ver en base a qué argumento podría excluirse de esta prohibición a los arbitrajes planteados por inversores de Estados no europeos parte del TCE. Y si esto fuera así, y no se les pudiera excluir de la prohibición ¿qué sentido tendría que los Estados no miembros se comprometieran a aceptar arbitrajes promovidos por personas europeas, sin obtener la reciprocidad para sus ciudadanos? Casi que parecería un supuesto de resultado manifiestamente absurdo o irrazonable en los términos del artículo 32 b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados³¹.

Prohibir en todo caso la intervención del tribunal arbitral, por si se plantean dudas en relación con la interpretación de los tratados y garantizar la autonomía del orden jurídico europeo, equivale a ponerse la venda antes de la herida³². Sólo lo justificaría si negáramos a los tribunales arbitrales la competencia técnica necesaria para identificar el derecho aplicable. Una negativa que se compadece mal con aceptar su intervención en otros casos, así litigios que enfrenten a no europeos con Estados miembros, y reconocer efectos jurídicos internos a lo que decidan en ellos.

En los procesos arbitrales de inversiones no es extraño que el Tribunal arbitral considere que mientras su análisis debe ceñirse al posible incumplimiento del tratado de inversión correspondiente, en caso de ser necesaria alguna interpretación del derecho interno, la considerará como una cuestión meramente fáctica. Esta misma solución se propone en el acuerdo de libre comercio con Canadá en relación con el Tribunal de Inversiones que prevé para dirimir controversias³³.

³¹ http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

³² En relación con los TBI intra-UE, el abogado general en sus conclusiones (44) dice que «(...) de cada 62 procedimientos arbitrales internos de la UE cerrados en un período de varias décadas, los inversores sólo han ganado 10 veces (...) y que en esos casos, (45) «los tribunales arbitrales dieron a la Comisión amplias posibilidades de intervenir en los arbitrajes y, por lo que yo sé, en ninguno de esos 10 asuntos tuvieron que controlar la validez de los actos de la Unión o la compatibilidad de actos de los Estados miembros con el Derecho de la Unión (...)».

³³ Ver el comentario de Ana Mercedes López Rodríguez, «El Sistema de Tribunales de Inversión... *op.cit.*(2017): 48-50, a propósito del artículo 8.31, apartado 2 CETA: «El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que

Si en un caso que enfrente a un inversor no europeo con un Estado miembro, la eventual aplicación incorrecta del derecho de la Unión por el tribunal arbitral, que no crea jurisprudencia, se puede considerar una cuestión de hecho y, por tanto, que no afecta a la autonomía de este ordenamiento, ¿por qué no considerarla así en el supuesto de arbitraje intra-UE? Además, tanto en un supuesto como en otro, la Comisión retiene su competencia de iniciar un procedimiento contra el Estado miembro que a su juicio, en ejecución del laudo, estuviera vulnerando el derecho de la Unión y, llegado el caso, de demandarlo ante el TJUE.

VII. Los efectos derivados de que la Unión Europea también sea parte del TCE

El hecho que el TCE no sea un tratado bilateral, sino multilateral y, desde la óptica europea, un acuerdo mixto en el que junto a los Estados miembros es parte contratante la Unión, permite sostener que, contrariamente a la opinión de la Comisión, la sentencia Achmea en relación con los TBI es inaplicable al TCE.

El Derecho primario europeo no se refiere expresamente a los denominados acuerdos mixtos, en que tanto la Unión como los Estados miembros son Partes³⁴. En principio, estos acuerdos internacionales recaen sobre áreas en que las competencias de ambos, Unión y Estados miembros, están íntimamente relacionadas, como sería en energía, materia que se configura como una competencia compartida (artículo 4.2.i TFUE).

Para cumplir los compromisos asumidos en dichos acuerdos, las instituciones respectivas de una y otros han de cooperar estrechamente. Una cooperación que incluye la obligación de un Estado miembro de consultar o

supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte».

³⁴ Así, por ejemplo, el acuerdo de la Organización Mundial del Comercio. Decisión 94/800/EC del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) [OJ 1994 L336]

de informar a las instituciones competentes de la Unión, antes de iniciar un procedimiento de arreglo de disputas establecido en los mismos³⁵.

Las dos cuestiones más importantes en relación con los acuerdos internacionales concluidos por la Unión, mixtos o no, son la posición que ocupan en la jerarquía de fuentes del Derecho de la Unión y si tienen efecto directo, esto es, si confieren derechos y obligaciones a los individuos, que pueden accionar ante los tribunales estatales y las autoridades.

A partir de la disposición que «*Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados*»³⁶ se ha concluido que ocupan una posición intermedia, por debajo de las fuentes primarias; pero por encima de las secundarias. El TJUE ha venido argumentado que en este sentido, «*la primacía de los Acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre las disposiciones de Derecho comunitario derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos Acuerdos*». ³⁷

La cuestión de los efectos directos de los Acuerdos internacionales concluidos por la Unión no está exenta de complejidad. Tiene particular relieve que el TJUE haya sentenciado que los acuerdos del GATT-OMC, que regulan el comercio internacional, a la vez que son vinculantes para la Unión y los Estados miembros, no tienen efectos directos, sino que «*es preciso ponderar simultáneamente el espíritu, el sistema y la letra del Acuerdo General*»³⁸. De esta manera, se impide que los tribunales de los Estados miembros los apliquen directamente y tienen que estar a la interpretación que de los mismos efectúan las instituciones comunitarias a través de reglamentos.

Esta misma jurisprudencia permite sostener que el TCE, a la vista de su propósito y estructura, sí tiene efectos directos. Esto es, crea derechos que los particulares pueden accionar directamente sin esperar a un acto de ejecución por las Partes signatarias. La redacción de su artículo 26 no requiere una ponderación de espíritu, sistema y letra, para deducir que concede al inversor un derecho a optar entre acudir a los Tribunales de la Parte Contra-

³⁵ Ágoston Mohay «The Status of...» *op.cit.*(2017):153 que cita la STJUE de 30 de mayo de 2006 en el caso MOX, C-459/03 paras 176 a 180 ECLI:EU:C:2006:345

³⁶ Artículo 216.2. TFUE

³⁷ C-61/94 Comisión contra República Federal de Alemania, Sentencia de 10 de septiembre de 1996, ECLI:EU:C:1996:313, para 52.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99644&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9713018>

³⁸ C-280/93 República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea, Sentencia de 5 de octubre de 1994, ECLI:EU:C:1994:367, para 110. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99101&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9713018>

tante implicada o a un procedimiento de solución de controversias. A mayor abundamiento, uno de los acuerdos del Acta final, expresamente señala que las previsiones del mencionado artículo no requieren una incorporación a la legislación estatal ³⁹.

El propio TJUE en la sentencia *Achmea*, distingue entre un Tratado celebrado por ciertos Estados miembros y un Tratado celebrado por la Unión, a los efectos de valorar la conformidad con el ordenamiento de la Unión de cláusulas arbitrales. Una distinción que trae causa del lugar que ocupa dicho Tratado en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión y que se modula en función del carácter directo de sus efectos. Así, cobra todo su sentido la consideración 58⁴⁰ de la Sentencia *Achmea* que permite sostener la legitimidad de someter a un organismo arbitral las controversias a que se refiere el TCE pese a que, a juicio del Tribunal, dicho organismo no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión.

En qué medida el arbitraje puede afectar a la Unión o a los Estados miembros es otra cuestión. En este sentido, la declaración de la Unión Europea (entonces Comunidades) al Secretariado del TCE en relación con el artículo 26(3) (b)(ii)⁴¹ especifica que «*las Comunidades y los Estados miembros afectados determinarán, si es necesario, quién de ellos es la parte demandada en los procedimientos de arbitraje incoados por un inversor de otra Parte contratante*». Igualmente, indica que por lo que respecta al arbitraje internacional, las disposiciones del CIADI no permiten a las Comunidades ser parte en él. Así queda claro que la aplicación del TCE, que han celebrado y del cumplimiento de cuyas obligaciones son responsables internacionalmente tanto la organización regional de integración económica como sus Estados miembros, experimenta modulaciones en función de cuál de los sujetos se encuentre afectado por un caso concreto en el que el Tratado deba aplicarse.

³⁹ «Con respecto a la letra a) del apartado 2) del artículo 26, No deberá interpretarse que la letra a) del apartado 2) del artículo 26 exige a una Parte Contratante incorporar la Parte III del Tratado a su legislación nacional».

⁴⁰ «No obstante, en el presente asunto, además de que (...), 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.»

Que de este extremo debía partir la reflexión acerca del modo en que la sentencia *Achmea* podía afectar a la resolución de los arbitrajes pendientes frente a España ante el CIADI, se había apuntado ya en Ibon Hualde López y Victoria Sánchez Pos, «El arbitraje de inversión en España tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.10, n.º2 (2018): 870 (para 13).

⁴¹ DOCE L69/116 9.3.98

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ%3AL%3A1998%3A069%3ATO>

VIII. El Tratado de la Carta de la Energía es un acuerdo multilateral en que todas las partes contratantes participan en pie de igualdad

Como es bien sabido, el TCE es un acuerdo multilateral, no bilateral, que expresa la voluntad colectiva de las partes signatarias, Unión Europea incluida, «*en que todas las partes contratantes participan en pie de igualdad*»⁴². Se trata de un acuerdo internacional que establece un esquema multilateral para la cooperación transfronteriza en la industria de la energía y cubre todos los aspectos de las actividades relativas a este sector, no sólo la protección de inversiones. Incluye, además de inversión, el comercio, el tránsito, y la eficiencia energética. Ha sido firmado por 52 Estados, la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, si bien tres de ellos, Australia, Bielorrusia y Noruega no lo han ratificado todavía⁴³.

El artículo 26. 3.a) TCE dice que «*las Partes Contratantes consienten incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo*».

Que el TCE no permita reservas⁴⁴ y que el incumplimiento del derecho interno de un Estado no pueda ser alegado por el mismo como vicio de su consentimiento⁴⁵, condiciona la interpretación de la declaración sometida por la Unión (Comunidades Europeas en ese momento) al secretariado del Tratado de la Carta de la Energía en relación con el artículo 26(3)(b)(ii) que recuerda el papel del TJU como intérprete de los tratados internacionales suscritos por la Unión (las Comunidades en ese momento) y los Estados miembros y que está publicada el año 1998 en el mismo Diario Oficial que la Carta⁴⁶. En este contexto me parece que no se puede aducir para sostener que las otras partes contratantes conocían que no se admitían arbitrajes intra-comunitarios. Aceptar este argumento en base a una «cláusula de desconexión implícita» equivale a dar por bueno que cualquier obligación internacional asumida por la Unión, o sus Estados miembros, puede quedar sin efecto, unilateralmente, en cualquier momento, sin necesidad de poner en

⁴² Así lo ponen de manifiesto las conclusiones del Abogado General, de 17 septiembre de 2017 (35), que más adelante (43) recuerda que «si ninguna institución de la Unión ni ningún Estado miembro ha solicitado al Tribunal de Justicia un dictamen acerca de la compatibilidad de dicho Tratado con los Tratados UE y FUE, ha sido porque no existía la menor sospecha de una supuesta incompatibilidad».

⁴³ <https://energycharter.org/who-we-are/members-ervers/>

⁴⁴ Artículo 46 del TCE.

⁴⁵ Artículo 27 en relación con el artículo 47 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

⁴⁶ DOCE L69/116 9.3.98

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ%3AL%3A1998%3A069%3A>
TOC

marcha los mecanismos de retirada o modificación de los tratados⁴⁷, lo cual, obviamente, no es aceptable en base a los principios del Derecho Internacional.

Es razonable que si la Unión o/y los Estados miembros consideran que las previsiones del TCE no convienen a sus intereses o/y que vulneran el ordenamiento legal europeo, ejerzan las acciones de retirada o de modificación, en el bien entendido que ésta última requeriría el acuerdo de las otras partes. No me lo parece, en cambio, invocar una «cláusula de desconexión implícita» para retrotraer veinte años una nueva interpretación que permita sostener la anulación o no aplicación de los laudos dictados en base al TCE. Una interpretación que lleva más allá del límite la flexibilidad ínsita en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, cuando establece que éstos han de interpretarse de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de darse a sus términos en el contexto de los mismos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Pensando en las consecuencias de la interpretación de la Comisión, no es baladí recordar que vulnerar el principio de buena fe, que debe presidir la interpretación de los Tratados por parte de los Estados y Organizaciones internacionales que los suscriben, puede dar lugar a situaciones de responsabilidad internacional por incumplimiento sobrevenido. En este caso, lo más chocante sería que esta posible violación de obligaciones internacionales, de constatarse, podría serlo por razones ajenas a la voluntad de los Estados signatarios. En este sentido, podemos imaginar que un Estado miembro quiera cumplir una resolución arbitral dictada en el marco del TCE y que se vea compelido a no hacerlo.⁴⁸

En definitiva, nada hacía pensar en la interpretación de la Comisión, con pretendidos efectos *ex tunc*⁴⁹, adoptada para conmemorar, diría un cínico, el 20 aniversario del Tratado⁵⁰. Pretender extender los efectos de la Sentencia Achmea al TCE con carácter *ex tunc*, en base a la interpretación

⁴⁷ Artículo 59 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

⁴⁸ Así los Estados que, fundamentalmente, son origen de los inversores (República Federal de Alemania, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria y la República de Finlandia, relacionados en la consideración 34 de las del Abogado General) sería ilógico que asumieran con gusto el punto de vista de la Comisión en las raras ocasiones que son demandados, desprotegiendo a sus nacionales demandantes.

⁴⁹ En este sentido, se había escrito por Hanno Wehland, «Intra Eu-Investment Agreements...*op.cit.* (2009):319, que «el hecho que la Comunidad Europea misma hubiera aceptado CIADI (y otros) arbitrajes de inversión a través de su ratificación del Tratado de la Carta de la Energía constituía una fuerte indicación de que esta forma de resolución de disputas no es irreconciliable con el Derecho comunitario» (traducción del autor)

⁵⁰ Se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 9 de marzo de 1998. La sentencia es de 6 de marzo de 2018 y se publicó en el diario oficial del 7 de mayo.

propuesta por la Comisión Europea, me parece además, una vulneración del principio de confianza legítima en relación con los inversores europeos, que deriva de un signo externo tan significativo como la firma de un tratado internacional multilateral cuya aplicación ha tenido lugar, pacíficamente, durante veinte años.

IX. Dejar sin efecto los laudos dictados o impedir la continuidad de los procesos arbitrales iniciados supone una denegación de justicia a los inversores

Por último, una consideración en términos de Derecho Primario Europeo. El TCE establece un plazo de tres meses desde que se planteó una solución amical para que cualquiera de las partes pueda optar entre accionar ante los tribunales estatales o acudir al arbitraje. Si se dejara sin efecto el desarrollo arbitral escogido, los inversores se encontrarían con la prescripción de acciones para acudir a los tribunales del Estado concernido, lo cual atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 47) que, en virtud del artículo 6 TUE, apartado 1, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.

En la medida que, como ha señalado el TJUE, el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta constituye un requisito de legalidad de los actos de la Unión, de suerte que no pueden admitirse en la Unión medidas incompatibles con esos mismos derechos⁵¹, en base a la pretendida defensa de su autonomía se estaría vulnerando gravemente el Derecho de la Unión.

X. Conclusiones

La Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018, en el caso Achmea, resuelve las cuestiones pre-judiciales planteadas por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania, en relación con un artículo de un Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre un Estado miembro (Reino de los Países Bajos) y otro que no lo era (República de Checoslovaquia) y en cuyos

⁵¹ Véanse las sentencias ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, apartado 41; Kremzow, C-299/95, EU:C:1997:254, apartado 14; Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, apartado 73, y Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, EU:C:2008:461, apartados 283 y 284, citadas todas ellas en la consideración 169 del Dictamen 2/13 ECLI:EU:C:2014:2454

efectos se subroga, por secesión y consiguiente sucesión, la República de Eslovaquia que accede, posteriormente, a la Unión.

En ningún momento el TJUE se refiere al Tratado de la Carta de la Energía. Pese a ello, la Comisión Europea, en su comunicación sobre Protección de la inversión intra-UE de 19 de julio de 2018, entiende que el artículo 26 del TCE no es compatible con los artículos 257 y 344 del TFUE. Aplica así la conclusión del TJUE relativa al artículo 8 del TBI analizado, que prevé —como el primero— la posibilidad de que un inversor de cualquiera de esos Estados acuda a un arbitraje de inversiones frente a otro Estado miembro.

Esta interpretación de la Comisión, que se pretende *ex tunc* desde la firma del TCE, no tiene presente que el mismo no es un acuerdo bilateral de inversiones sino multilateral y en el que, además, es parte la Unión Europea, lo que la consideración 58 de la sentencia parece indicar abre la vía a pactar sistemas arbitrales. Tampoco considera la comunicación de la Comisión que el tratado no admite reservas, circunstancia que, de por sí, no requiere más comentarios.

Teniendo en cuenta que un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de darse a sus términos en el contexto del mismo y teniendo en cuenta su objeto y fin, de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, es difícil admitir una cláusula de desconexión implícita que altere el sentido del artículo 26. 3.a) TCE de consentir incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional.

La Comisión parece sostener que cualquier controversia relativa a una decisión de un Estado miembro, que un inversor de otro Estado miembro entiende no respeta las determinaciones del TCE relativas a trato justo y equitativo (artículo 10.1), o bien no expropiación sin indemnización (artículo 13.1), implica en todo caso la necesidad de resolver dudas sobre la interpretación del artículo 63 TFUE relativo al libre movimiento de capitales. Ni el examen de los casos presentados y resueltos por tribunales arbitrales lo corrobora ni, por otra parte, es coherente con la eficacia que a las decisiones de dichos tribunales se da en el orden jurídico de la Unión cuando resuelven litigios entre inversores no europeos y Estados miembros. Un reconocimiento de eficacia que presupone la competencia técnica necesaria para discernir si una duda sobre la interpretación del TFUE tiene lugar y, en consecuencia, si fuera el caso, decidir abstenerse de intervenir.

Además, si esa necesidad —que niego— de interpretar en todo caso el artículo 63 TFUE se planteara, no se entiende cómo podría mantenerse que la competencia de dichos tribunales arbitrales no vulnera el orden jurídico europeo cuando los inversores no son europeos. Si para soslayar esta dificultad no se aceptara su competencia tampoco en esos casos, no alcanzo

a comprender, entonces, la finalidad del TCE para los Estados no miembros en sus relaciones con la Unión o los Estados miembros, ya que no habría reciprocidad en la protección de las inversiones de sus nacionales.

En definitiva, la interpretación consistente en extender los efectos de una resolución que examina un tratado bilateral al tratado multilateral de la carta de la energía, me parece una pirueta jurídica que vulnera dos principios del Derecho de la Unión: primero, el principio de confianza legítima, concretado en la expectativa de los inversores europeos en que las controversias en la aplicación del Tratado de la Carta de la Energía en relación con inversiones efectuadas en otro Estado miembro, son susceptibles, a su elección, de plantearse en vía arbitral y, en segundo lugar, precisamente el derecho a la tutela judicial efectiva que, indirectamente, se pretende proteger con la interpretación discutida.

Por todo ello me permito sugerir las siguientes propuestas:

- a) Que no se cuestione, en ningún caso, con base en la sentencia *Achmea*, la efectividad de los laudos dictados con anterioridad a la misma.
- b) Que no se pongan en cuestión, tampoco, aquellos otros en que el examen de la cuestión de jurisdicción, por parte del tribunal arbitral, había sido resuelto con anterioridad a la publicación de dicha sentencia.
- c) Que se pregunte al TJUE si el artículo 26 TCE es contrario a los artículos 267 TFUE y 344 TFUE en unos términos que, caso que llegara a concluir su incompatibilidad, exijan su pronunciamiento sobre el impacto de su resolución sobre los procesos arbitrales iniciados con anterioridad y en que la cuestión de jurisdicción se haya resuelto posteriormente. En particular, pidiendo se indique cómo compaginar la eventual inviabilidad de la vía arbitral con la pérdida de acción por prescripción ante los tribunales estatales, para evitar incurrir en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Bibliografía

- Alenza García, José Francisco, «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 280/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 55 (2016): 1-19.
- Ankersmit, Laurens «Is ISDS in EU Trade Agreements Legal under EU Law?» *Investment Treaty News* (2016), <https://www.iisd.org/itn/es/2016/02/29/is-isds-in-eu-trade-agreements-legal-under-eu-law-laurens-ankersmit/>

- Ankersmit, Laurens, «Achmea: ¿El Comienzo del Fin de la ISDS en y con Europa?» *Investment Treaty News* (2018), <https://www.iisd.org/itn/es/2018/04/24/achmea-the-beginning-of-the-end-for-isds-in-and-with-europe-laurens-ankersmit/>
- Arana García, Estanislao, «La nueva Ley del Sector Eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo de las energías renovables», en *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, dir. por José Francisco Alenza García, 133-155. (Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2014).
- Dahlquist, Joel, «España impugna el laudo arbitral Novenergia ante los tribunales suecos sobre la base de la sentencia Achmea» (2018) *Aquiescencia Blog de derecho internacional de Carlos Espósito*, <https://aquiescencia.net/2018/05/23/espana-impugna-el-laudo-arbitral-novenergia-ante-los-tribunales-suecos-sobre-la-base-de-la-sentencia-achmea/>
- Ferreres Comella, Víctor, «Arbitraje, Democracia y Estado de Derecho: Algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss» (2014). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 140*, http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/140
- Garcés Sanagustín, Ángel, «La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 43-44, (2014): 9-70.
- Hernández-Mendible, Víctor Rafael, «El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energía renovables. Caso Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. vs. Reino de España», *Revista de Administración Pública*, n.º 202 (2017): 223-253.
- Hualde López, Ibon y Victoria Sánchez Pos, «El arbitraje de inversión en España tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.10, N.º 2 (2018): 866-872.
- Iruretagoiena Agirreabalaga, Iñigo, «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley Unión Europea*, n.º 60, (2018):1-23.
- López Rodríguez, Ana Mercedes, «El Sistema de Tribunales de Inversión». Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 57 (2017): 29-68, <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp29-68>
- Mohay, Ágoston «The Status of International Agreements concluded by the European Union in the EU Legal Order», *Pravni Vjesnik*, Vol. 33, n.º 3-4, (2017):151-164(14), DOI: <https://doi.org/10.25234/pv/5534>
- Rodríguez Bajón, Santiago «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», *Revista de Administración Pública*, n.º 188, (2012): 189-205.
- Ruiz Olmo, Irene y Francisco Delgado Piqueras, «La nueva regulación legal de las energías renovables: del régimen especial al régimen específico» en el vol. col. *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, dir. por Alenza García, José Francisco, 59-96. (Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2014)
- Wehland, Hanno, «Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: is European Community Law and Obstacle?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, (2009):297-320.

Sobre el autor

Enric. R. Bartlett Castellá es profesor de Derecho Público en ESADE Business & Law Schools (Universitat Ramon Llull), donde enseña Derecho Administrativo, Derecho Urbanístico y Medio Ambiental y dirige el Seminario de Derechos Humanos. Fue Decano de la Facultad. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (1998) ha desarrollado parte de su carrera profesional en el sector público. Primero, como secretario-interventor de Administración Local, actividad que ejerció durante seis años en el Ayuntamiento de Monistrol de Montserrat (Barcelona), luego en el Síndic de Greuges (Ombudsman) de Cataluña, institución de la que fue asesor, secretario general y adjunto al Síndic. Sus publicaciones más recientes tratan de la lucha contra la pobreza energética desde la regulación, europea y estatal, del sector eléctrico. Sus líneas de estudio actuales son Derecho público de la economía, con particular atención a la transición energética, y Derechos humanos y cohesión social.

About the author

Enric. R. Bartlett Castellá is a lecturer in public law at ESADE Business & Law Schools (Universitat Ramon Llull), where he teaches administrative law, urban planning and environmental law and leads the Human Rights Seminar. He has served as dean of the faculty. He has a PhD in law from the University of Barcelona (1998) and has developed part of his professional career in the public sector. Firstly, as secretary-controller of local administration in the City Hall of Monistrol de Montserrat (Barcelona) for six years, and then in the office of the Catalan ombudsman (Síndic de Greuges) as advisor, general secretary, and deputy ombudsman. His most recent publications deal with the fight against energy poverty and the European and state regulation of the electricity sector. His current lines of study are public law in the economy, with a focus on energy transition, human rights, and social cohesion.

Derechos de autor

Los derechos de autor (para la distribución, comunicación pública, reproducción e inclusión en bases de datos de indexación y repositorios institucionales) de esta publicación (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán leerse, descargarse, copiar y difundir en cualquier medio sin fines comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o el autor. Así mismo, los trabajos editados en CED pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en CED, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Copyright

Copyright (for distribution, public communication, reproduction and inclusion in indexation databases and institutional repositories) of this publication (*Cuadernos Europeos de Deusto, CED*) belongs to the publisher University of Deusto. Access to the digital content of any Issue of *Cuadernos Europeos de Deusto* is free upon its publication. The content can be read, downloaded, copied, and distributed freely in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author. Thus, the content of CED can be subsequently published in other media or journals, as long as the author clearly indicates in the first footnote that the work was published in CED for the first time, indicating the Issue number, year, pages, and DOI (if applicable). Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.