

16 JUN 2022

Anuario de Arbitraje 2022. 1ª ed., mayo 2022

CAPÍTULO 17 LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTERIORES A Y DESDE ESPAÑA: NUEVOS REVESES EN EL ÁMBITO INTRACOMUNITARIO

CAPÍTULO 17

LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTERIORES A Y DESDE ESPAÑA: NUEVOS REVESES EN EL ÁMBITO INTRACOMUNITARIO¹

ALFONSO IGLESIA GONZÁLEZ

Socio de Cuatrecasas

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA

Socio de Cuatrecasas

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EN RELACIÓN CON LOS TRATADOS BILATERALES INTRACOMUNITARIOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES. 2.1. *El Acuerdo para la Terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados Miembros de la Unión Europea y la afectación a los APPRIs de España con Estados de la Europa del Este.* 2.1.1. Antecedentes. 2.1.2. Contenido. 2.1.3. Incidencia para la práctica convencional española. 2.2. *Las sentencias PL Holdings y Micula como confirmación de la defunción de los tratados bilaterales intracomunitarios de protección de Inversiones tras la sentencia Achmea.* 2.2.1. *PL Holdings* y los convenios arbitrales *ad hoc*. 2.2.2. *Micula* y el arbitraje CIADI. 2.2.3. Conclusión conjunta. 3. EN RELACIÓN CON EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA: LA SENTENCIA *KOMSTROY*. 4. REFLEXIONES ADICIONALES: EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES. 4.1. *La independencia de los tribunales estatales frente a la de los tribunales arbitrales.* 4.2. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la interpretación de tratados de protección de inversiones: ortodoxia y heterodoxia en la sentencia Komstroy.* 5. CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA SUMARIA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Durante 2021, y mediante una serie de hitos, se ha acentuado el recorte de los derechos materiales y procedimentales y, en definitiva, la protección bajo el Derecho internacional de las inversiones extranjeras a y desde España, muy especialmente por causa de su pertenencia a la Unión Europea (“UE”)².

2. Por un lado, la declaración de incompatibilidad de los tratados de protección de

inversiones entre Estados Miembros de la UE con los artículos 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en su sentencia *Achmea*³ en 2018 ha sido extendida por el mismo TJUE al Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”) en su sentencia *Komstroy*⁴ (aunque en *dictum*) y a la eventual existencia de un convenio arbitral *ad hoc* con base en una cláusula de arbitraje de un tratado de protección de inversiones intracomunitario entre un inversor y un Estado Miembro de la UE en el asunto *PL Holdings*⁵. Todo esto ha sido confirmado además por el mismo TJUE en el asunto *Micula*⁶.

Por otro lado, y también con fundamento en la sentencia *Achmea*, la mayoría de los Estados Miembros de la UE ha ido ratificando el *Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados Miembros de la Unión Europea* (“**Acuerdo de Terminación**”)⁷, que ya ha entrado en vigor formalmente con carácter general el 29 de agosto de 2020 sin perjuicio de que, en todo caso, España lo aplica de manera provisional desde el 4 de agosto de 2020 conforme a su artículo 17.1⁸ y al artículo 25.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“**CVDI**”)⁹.

3. Todo esto implica en la práctica que los inversores españoles en los demás Estados Miembros de la UE y los de los otros Estados Miembros en España tengan que plantearse someter sus disputas con el Estado concernido a los tribunales de ese Estado Miembro, dada su condición de órganos jurisdiccionales nacionales a los efectos del artículo 19 del Tratado de la Unión Europea (“TUE”) y en la medida en que el Derecho de la UE (“DUE”) contiene disposiciones que se entienden aplicables a la disputa entre el inversor y el Estado en materia de protección de las inversiones. Esto contrasta notablemente con la política extracomunitaria, que es competencia exclusiva de la Unión Europea sobre inversiones extranjeras directas recogida en el artículo 207.1 TFUE desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009¹⁰, en la que se acepta la inclusión de mecanismos de protección de inversiones ajenos a los tribunales de los Estados, como ha sucedido en el nuevo acuerdo de protección de inversiones firmado entre España y Colombia¹¹, si bien la UE espera que se ponga en marcha un tribunal multilateral de inversiones (en cuyo diseño se ha involucrado muy activamente en el seno de UNCITRAL) para acabar con el actual sistema de protección de inversiones basado en tribunales arbitrales no permanentes¹².

2. EN RELACIÓN CON LOS TRATADOS BILATERALES INTRACOMUNITARIOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

2.1. EL ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA AFECTACIÓN A LOS APPRIIS DE ESPAÑA CON ESTADOS DE LA EUROPA DEL ESTE

2.1.1. Antecedentes

4. El 6 de marzo de 2018 el TJUE estableció en su sentencia *Achmea* el precedente de considerar las cláusulas de arbitraje insertas en acuerdos de protección de inversiones entre Estados Miembros de la UE incompatibles con el TFUE¹³. El fundamento de la sentencia *Achmea* radica en la consideración, en primer lugar, de que un tribunal

arbitral constituido al amparo de esos acuerdos intracomunitarios estaba llamado a aplicar el DUE al fondo de la controversia¹⁴. En este sentido, el artículo 8.6 del tratado Países Bajos-Eslovaquia aplicable en el procedimiento arbitral respecto del cual se dictó la sentencia *Achmea* establecía que el tribunal arbitral tendría que aplicar en particular, pero no exclusivamente, “*el Derecho en vigor de la Parte contratante afectada*” y “*las disposiciones del presente Tratado y cualquier otro tratado pertinente entre las Partes contratantes*”¹⁵. En su sentencia *Achmea* el TJUE dedujo que el DUE formaba parte de ambas fuentes de derecho¹⁶. Tras esta primera conclusión, el TJUE constató además que un tribunal arbitral no puede presentar una cuestión prejudicial para la interpretación o determinación de la validez de las disposiciones del DUE conforme al artículo 267 TFUE¹⁷. En consecuencia, la parte dispositiva de la sentencia *Achmea* no se circunscribe a las consideraciones sobre la aplicación del DUE por los tribunales arbitrales, sino que declara radicalmente que el arbitraje de protección de inversiones en relaciones intracomunitarias nacidas al amparo de tratados bilaterales es incompatible con el TFUE¹⁸.

5. Aunque no todos los acuerdos de protección de inversiones disponen expresamente la aplicación al fondo de normas jurídicas que puedan conllevar la aplicación del DUE y, en su caso, la presentación de una cuestión prejudicial puede no ser necesaria, la Comisión Europea movió a los Estados Miembros de la UE a actuar coordinadamente para terminar los tratados bilaterales de protección de inversiones entre Estados Miembros que aún se mantenían en vigor, al tiempo que defendía la existencia de un *corpus* jurídico en el DUE para la protección de las inversiones intracomunitarias durante todo su ciclo vital¹⁹. No obstante, no todos los Estados Miembros actuaron con agrado ante las decisiones de las instituciones de la UE dados los intereses contrapuestos entre Estados Miembros emisores de inversiones y Estados Miembros receptores de las mismas.

6. Por un lado, por iniciativa de la Comisión Europea, el 15 y el 16 de enero de 2019 los Estados Miembros emitieron una serie de declaraciones sobre las consecuencias legales de la sentencia *Achmea* y la protección de las inversiones²⁰ que, sin embargo, generó notables divergencias en cuanto a su extensión al TCE²¹.

7. Por otro lado, el Acuerdo de Terminación, firmado el 5 de mayo de 2020, no lo ha sido por todos los Estados Miembros de la UE que eran aún parte en tratados de protección de inversiones intracomunitarios²². Por ello, la Comisión ha abierto sendos procedimientos de infracción contra Austria²³, Finlandia²⁴, Reino Unido²⁵ y Suecia²⁶, tal y como ya había hecho con anterioridad en relación con la protección brindada por tratados de protección de inversiones extracomunitarios²⁷.

2.1.2. Contenido

8. El Acuerdo de Terminación pivota en torno a tres principios fundamentales:

9. En primer lugar, el Acuerdo de Terminación pone fin de manera efectiva a todos los tratados de protección de inversiones intracomunitarios aún en vigor a la fecha del Acuerdo de Terminación (art. 2.1) así como a sus cláusulas de remanencia (*sunset clauses*) por las que esos tratados se mantendrían en vigor durante unos años tras su

denuncia (art. 2.2)²⁸. También se terminan los efectos de las cláusulas de remanencia de aquellos tratados de protección de inversiones intracomunitarios que ya habían sido terminados previamente por otras vías unilaterales o bilaterales (art. 3)²⁹.

Es muy importante señalar que los tratados de protección de inversiones han sido denunciados en su totalidad, a pesar de que el pronunciamiento del TJUE en *Achmea* se refiere sólo a las cláusulas de arbitraje de los mismos³⁰. En este sentido, se ha eludido un análisis específico de la compatibilidad y complementariedad de las disposiciones materiales de protección de inversiones contenidas en los tratados bilaterales de protección de inversiones con, por ejemplo, *“las libertades fundamentales, como la libertad de establecimiento o la libre circulación de capitales”* del DUE en el ejercicio de las cuales los inversores *“actúan dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, disfrutan de la protección que otorgan dichas libertades y, según el caso, la pertinente legislación derivada, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los principios generales del Derecho de la Unión, que incluyen, en particular, los principios de no discriminación, proporcionalidad, seguridad jurídica y protección de las expectativas legítimas”*, en palabras del preámbulo del Acuerdo de Terminación.

10. En segundo lugar, el Acuerdo de Terminación establece en particular que las cláusulas de arbitraje contenidas en los tratados de protección de inversiones intracomunitarios son contrarias al DUE y no podrán utilizarse como base para un procedimiento arbitral a partir de la fecha en que el último de los Estados Miembros parte del tratado se convirtió en Estado Miembro de la UE (art. 4). Así, las cláusulas de arbitraje no podrán servir de base jurídica para nuevos procedimientos de arbitraje (art. 5), si bien el Acuerdo de Terminación no afectará a los procedimientos de arbitraje concluidos (que no serán reabiertos)³¹ ni a los acuerdos de resolución amistosa de un litigio que sea objeto de un procedimiento de arbitraje iniciado antes del 6 de marzo de 2018 (art. 6).

11. En tercer lugar, el Acuerdo de Terminación obliga a los Estados Miembros que sean parte en un tratado sobre cuya base se hayan iniciado procedimientos de arbitraje pendientes (a 6 de marzo de 2018, fecha de la sentencia *Achmea*) o nuevos procedimientos de arbitraje a informar a los tribunales arbitrales sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia *Achmea*, así como solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente, incluso en un tercer país, que revoque el laudo arbitral, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir en el supuesto de un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base de un tratado cubierto por el Acuerdo de Terminación (art. 7).

No obstante, el Acuerdo de Terminación permite al inversor en un procedimiento de arbitraje pendiente impugnar la medida litigiosa ante el órgano jurisdiccional nacional competente (art. 8). También puede pedir, según el concepto de ‘diálogo estructurado’ diseñado por el Acuerdo de Terminación, que se inicie un procedimiento de conciliación a condición de que el procedimiento de arbitraje pendiente haya sido suspendido a raíz de una solicitud del inversor y si, en el procedimiento de arbitraje pendiente ya se ha dictado un laudo, pero este aún no se ha ejecutado definitivamente, el inversor se comprometa a no iniciar un procedimiento para su reconocimiento, ejecución o pago en

un Estado miembro o en un tercer país, o, en el supuesto de que ese procedimiento ya se haya iniciado, a solicitar su suspensión (art. 9). Asimismo, el inversor tendrá acceso a los recursos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico nacional contra toda medida impugnada en un procedimiento de arbitraje pendiente, aun cuando los plazos nacionales para interponer acciones hayan expirado siempre que, entre otras cosas, el inversor renuncie al procedimiento de arbitraje pendiente y a todos los derechos y pretensiones derivados del tratado bilateral de protección de inversión o renuncie a la ejecución de un laudo ya dictado, pero aún no ejecutado definitivamente, y se comprometa a abstenerse de iniciar un nuevo procedimiento de arbitraje (art. 10).

2.1.3. Incidencia para la práctica convencional española

12. Desde el punto de vista de España, el Acuerdo de Terminación supone la abrogación de los APPRIs³² que firmó con Bulgaria³³, Checoslovaquia³⁴ (aplicable por sucesión a la República Checa y Eslovaquia), Croacia³⁵, Eslovenia³⁶, Estonia³⁷, Hungría³⁸, Letonia³⁹, Lituania⁴⁰ y Rumanía⁴¹. Técnicamente también es aplicable al APPRI firmado con Polonia⁴², no obstante lo cual el Acuerdo de Terminación informa de que ese APPRI terminó el 16 de octubre de 2019, al parecer por la denuncia que llevó a cabo Polonia y que ésta notificó a España doce meses antes (tal y como prevé el artículo 12.2 de ese APPRI)⁴³. Es por ello que el Acuerdo de Terminación aplica al APPRI con Polonia (lo lista en el Anexo B) en la medida en que la denuncia de Polonia en 2018 no cubría la cláusula de remanencia recogida en el art. 12.3 del APPRI por la que “[c]on respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas con anterioridad a la fecha de expiración del presente Acuerdo y a las que el mismo sería aplicable, continuarán estando vigentes todas las disposiciones de los demás artículos del presente Acuerdo por otro período de diez años desde la fecha de dicha expiración”; de este modo el Acuerdo de Terminación pone fin a esa cláusula de remanencia.

13. Hay que reconocer que la gran mayoría de los APPRIs terminados por España con estos otros Estados Miembros de la UE encajan en todo o en parte en el fundamento de la sentencia *Achmea*⁴⁴ en el sentido de que los tribunales arbitrales llamados a resolver controversias entre un inversor de un Estado y el otro Estado bajo los APPRIs terminados deberían aplicar DUE al fondo del asunto, bien por ser aplicable el Derecho del Estado demandado⁴⁵ bien por ser aplicables, entre otras fuentes, tanto el Derecho del Estado demandado como otros acuerdos internacionales vigentes entre los dos Estados Miembros⁴⁶.

14. Por otro lado, se observa que todos los Estados Miembros de la UE que eran contrapartes de España en los APPRIs afectados por el Acuerdo de Terminación pertenecen a la Europa del Este, que pasaron por una difícil transición económica y jurídica desde la caída del Comunismo; algunos incluso nacieron o renacieron como Estados tras las desmembraciones de la U.R.S.S. y Yugoslavia. Así, todos los APPRIs concernidos fueron celebrados antes de las adhesiones de cada uno de esos ‘nuevos’ Estados Miembros a la UE en las sucesivas ampliaciones de la UE acaecidas en 2004 (República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania y Polonia), 2007 (Bulgaria y Rumanía) y 2013 (Croacia). Esas firmas se hicieron al inicio de esa transición hacia la economía de mercado, como recogen literalmente los preámbulos de todos esos tratados, “[p]roponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones

realizadas por inversores de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra, y[r]econociendo que la promoción y la protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimulará las iniciativas en este campo”⁴⁷.

Ello demuestra, a nuestro juicio, la estrecha relación existente entre las inversiones y el desarrollo económico, la seguridad jurídica y el estado de Derecho. A pesar de ello, la abrogación de todos ellos elimina todas las protecciones materiales y procesales existentes en ellos y obliga a los inversores afectados a reclamar, dadas las reglas de competencia judicial internacional existentes, ante los tribunales del Estado Miembro receptor de la inversión en un momento en el que precisamente está en entredicho la solvencia de ese tipo de tribunales para aplicar DUE⁴⁸.

15. Desde un punto de vista estadístico, sólo consta el uso de estos APPRIs españoles en una única ocasión para la presentación de reclamaciones de protección de inversiones, bien de inversores españoles en los susodichos Estados de Europa del Este bien de inversores de cualquiera de esos Estados en España⁴⁹. Las razones de este escaso uso pueden ser varias: sea porque no surgieron disputas, sea porque se solucionaron amistosamente o, en su caso, a través del recurso a los tribunales del Estado concernido, sea que los flujos de inversiones entre España y los Estados Miembros de la UE con los que ha terminado estos APPRIs sean de menor importancia cuantitativa en comparación con los existentes entre España y los Estados Miembros originarios de la UE, Reino Unido, Estados Unidos o el bloque de América Latina⁵⁰. En consecuencia, podemos afirmar que con respecto a España o los inversores españoles no serán aplicadas las medidas transitorias, el diálogo estructurado ni el específico acceso a los órganos jurisdiccionales nacionales previstos en los arts. 8-10 del Acuerdo de Terminación. Está por ver si los tribunales de algún Estado Miembro de la UE conocen de una reclamación de un inversor español contra esos Estados o de inversores de esos Estados contra España.

2.2. LAS SENTENCIAS *PL HOLDINGS* Y *MICULA* COMO CONFIRMACIÓN DE LA DEFUNCIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES INTRACOMUNITARIOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES TRAS LA SENTENCIA *ACHMEA*

2.2.1. *PL Holdings* y los convenios arbitrales *ad hoc*

16. Por un lado, resonando aún en los círculos arbitrales la decisión del TJUE en el asunto *Achmea* y en pleno proceso de ratificación del Acuerdo de Terminación, el 26 de octubre de 2021 la Gran Sala del TJUE dictó su sentencia en el asunto *PL Holdings*. Se trata de una nueva decisión en respuesta a una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de los tratados bilaterales intracomunitarios de protección de inversiones con el DUE planteada por un tribunal de un Estado Miembro de la UE, en este caso el *Högsta domstolen* (Tribunal Supremo de Suecia)⁵¹, en resolución de una acción de anulación de dos laudos arbitrales dictados en Estocolmo en el asunto *PL Holdings S.à r.l. c. Polonia* bajo el tratado Bélgica/Luxemburgo-Polonia de 19 de mayo de 1987.

17. En el caso de autos, Polonia había presentado sistemáticamente su objeción a la

competencia del tribunal arbitral bajo el artículo 9 del tratado Bélgica/Luxemburgo-Polonia para conocer de la reclamación del inversor luxemburgués respecto de la suspensión de los derechos de voto vinculados a las acciones de la demandante en dos bancos polacos y la venta forzosa de estas. La objeción de Polonia tenía que ver con la no consideración del demandante como “inversor” en el sentido del tratado, así como que la cláusula arbitral inserta en el artículo 9 del tratado era contraria al DUE⁵². El laudo arbitral “especial” (*rectius*, parcial) de 28 de junio de 2017 desestimó la objeción⁵³ y llevó a que el tribunal arbitral dictase un laudo definitivo o final el 28 de septiembre de 2017 condenando a Polonia a indemnizar al demandante por daños y perjuicios⁵⁴.

18. En este caso el TJUE tenía que responder a una consulta peculiar del Tribunal Supremo sueco, dado que la demandante aseguró que, incluso si la propuesta u oferta de arbitraje de Polonia inserta en el art. 9 del tratado fuera nula, “*las partes del litigio principal habían celebrado un convenio arbitral ad hoc de conformidad con el Derecho sueco y con los principios del arbitraje comercial, en vista de la conducta de dichas partes. PL Holdings afirmó que, al formular una solicitud de arbitraje, había presentado una propuesta de arbitraje en las mismas condiciones que se establecen en el artículo 9 del TBI y que la República de Polonia había aceptado tácitamente dicha propuesta al no impugnar válidamente la competencia del tribunal arbitral sobre la base de dicho convenio*”⁵⁵, algo negado por Polonia⁵⁶. En otras palabras, la propuesta de la demandante daba la vuelta a la tradicional interpretación, amplísimamente extendida en el arbitraje de protección de inversiones bajo tratados, que admite que la cláusula arbitral unilateralmente dispuesta por el Estado receptor de la inversión en un tratado de protección de inversiones es una *oferta* de arbitraje que se perfecciona con la *aceptación* de la misma por el inversor en un momento posterior (generalmente, en la solicitud de arbitraje)⁵⁷. Por el contrario, la demandante entendió que al reproducir en su solicitud de arbitraje la cláusula arbitral del tratado estaba en realidad *ofreciendo* un arbitraje *ad hoc* a Polonia, que lo habría *aceptado* al no impugnar debidamente la competencia del tribunal arbitral.

De hecho, el *Svea hovrätt* (Tribunal de Apelación de Estocolmo) desestimó en primera instancia la solicitud de anulación presentada por Polonia precisamente al aceptar que las partes podían celebrar un convenio arbitral *ad hoc* para resolver esa controversia basado “*en la voluntad común de las partes de dicha controversia y se celebra según los mismos principios que un procedimiento arbitral comercial*”⁵⁸. El mismo tribunal no entendió que concurriera ninguna de las causas de nulidad de un laudo previstas en el art. 33 de la ley sueca de arbitraje de 1999⁵⁹, a saber, “*si [el laudo] incluye el examen de una cuestión que, con arreglo al Derecho sueco, no pueda ser resuelta por un árbitro*” o “*si el laudo arbitral o el modo en que se ha dictado es manifiestamente incompatible con el orden público sueco*”⁶⁰. Además, el mismo tribunal señaló que la impugnación por Polonia de la validez del convenio arbitral inserto en el art. 9 del tratado Bélgica/Luxemburgo-Polonia fue extemporánea, con lo que habría precluido la posibilidad de presentar una excepción a la competencia del tribunal de acuerdo con el art. 34.2 de la Ley sueca de arbitraje⁶¹.

19. El TJUE comenzó su análisis, en primer lugar, reformulando la pregunta planteada por el Tribunal Supremo sueco para responder a la postre, en esencia, “*si los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una*

*normativa nacional que permite a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral ad hoc que permita continuar un procedimiento arbitral iniciado sobre la base de una cláusula arbitral, de idéntico contenido a dicho convenio, que se recoge en un acuerdo internacional celebrado entre esos dos Estados miembros y que es nula por ser contraria a esos mismos artículos*⁶². En segundo lugar, el TJUE recordó la separación de funciones entre él y el órgano jurisdiccional nacional que plantea una cuestión prejudicial por la que *“toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional”*⁶³, de tal modo que es el tribunal sueco competente quien tiene que resolver sobre si existe o no un convenio arbitral en los términos invocados por la demandante⁶⁴, asumiendo acreditado en el asunto principal la nulidad de la cláusula arbitral del art. 9 del tratado *“por vulnerar la autonomía del Derecho de la Unión, su plena eficacia y su aplicación uniforme”*⁶⁵ tras la sentencia *Achmea*.

20. Es, por tanto, para el caso que el tribunal sueco considerase que efectivamente Polonia consintió de manera tácita quedar vinculada por el convenio arbitral *ad hoc* que el TJUE responde a la pregunta reformulada examinando si la celebración de tal convenio en las circunstancias descritas por la demandante es conforme o no con el DUE⁶⁶. De manera inequívoca el TJUE ligó el asunto con lo resuelto en la sentencia *Achmea* al entender, de nuevo, que los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros 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 miembro⁶⁷. Para el TJUE los argumentos utilizados en la sentencia *Achmea* son igualmente aplicables a un convenio arbitral interpretado de la manera planteada por la demandante⁶⁸:

21. En primer lugar, los Estados Miembros parte del tratado de protección de inversiones se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales -y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19.1.2 TUE les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el DUE- los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación del DUE. De este modo, a juicio del TJUE, el tratado puede impedir que esos litigios sean dirimidos de un modo que garantice la plena eficacia del DUE⁶⁹. Esto se entiende extendido a un convenio arbitral *ad hoc* celebrado por Polonia como Estado Miembro.

22. En segundo lugar, de manera similar al art. 8.6 del tratado Países Bajos-Eslovaquia aplicado en el asunto *Achmea*, el artículo 9.5 del tratado Bélgica/Luxemburgo-Polonia también preveía la aplicación por parte del tribunal arbitral competente *“del Derecho nacional de la Parte Contratante que sea parte del litigio y en cuyo territorio se encuentre la inversión, incluidas las normas relativas a los conflictos de leyes”*⁷⁰, por lo que el TJUE entendió que la cláusula arbitral *“puede llevar a un organismo de arbitraje a pronunciarse en litigios que pueden referirse a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión”*⁷¹. Dicho de otro modo, el tribunal arbitral constituido mediante un convenio arbitral *ad hoc* puede tener que aplicar el DUE al fondo de la controversia.

23. En tercer lugar, permitir que un Estado Miembro celebre un convenio arbitral *ad hoc* conteniendo la cláusula arbitral del tratado devenida nula supondría para el TJUE “*eludir las obligaciones que para ese Estado miembro se derivan de los Tratados y, más concretamente, del artículo 4 TUE, apartado 3, y de los artículos 267 TFUE y 344 TFUE, tal y como fueron interpretados en la sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea*”⁷². Del mismo modo, si se presentara una solicitud de arbitraje sobre la base de un tratado de protección de inversiones con una cláusula arbitral nula podría suponer “*una propuesta de arbitraje respecto del Estado miembro demandado de que se tratase, respecto del cual cabría considerar en ese caso que ha aceptado tal propuesta por el mero hecho de no haber formulado alegaciones específicas contra la existencia de un convenio arbitral ad hoc*”, por lo que “*tal situación tendría como consecuencia mantener los efectos del compromiso, contraído por dicho Estado miembro infringiendo el Derecho de la Unión y, en consecuencia, viciado de nulidad, (...) aceptar la competencia del organismo de arbitraje que conociese del asunto*”⁷³.

24. Hay que recordar que Suecia no es parte en el Acuerdo de Terminación. Sin embargo, la sentencia recoge con acierto que, en todo caso, a tenor del artículo 7 del Acuerdo, “[c]uando las Partes Contratantes sean Partes en Tratados Bilaterales de Inversión sobre cuya base se hayan iniciado Procedimientos de Arbitraje Pendientes o Nuevos Procedimientos de Arbitraje, deberán (...) b) cuando sean Partes en un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base de un Tratado Bilateral de Inversión, solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente, incluso en un tercer país, si fuera el caso, que revoque el laudo arbitral, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir”⁷⁴. En este sentido, el TJUE recuerda que los Estados están obligados a impugnar tanto ante un organismo de arbitraje como ante el órgano jurisdiccional competente (aquí los tribunales suecos) la validez de la cláusula arbitral o del convenio arbitral *ad hoc* en virtud de los cuales dicho organismo conozca del litigio⁷⁵. Para el TJUE, la situación prevista en el art. 7.b) del Acuerdo de Terminación es aplicable *mutatis mutandis* a una situación en la que el procedimiento arbitral iniciado con fundamento en una cláusula arbitral nula por no ser conforme con el DUE continúa sobre la base de un convenio arbitral *ad hoc* celebrado entre las partes con arreglo al Derecho nacional aplicable y cuyo contenido sea idéntico al de dicha cláusula⁷⁶.

En estas circunstancias, el TJUE respondió al juez nacional sueco “*estimar una pretensión de anulación de un laudo arbitral adoptado sobre la base de un convenio arbitral que infrinja los artículos 267 TFUE y 344 TFUE y los principios de confianza mutua, de cooperación leal y de autonomía del Derecho de la Unión*”⁷⁷. La sentencia *PL Holdings* pone fin así a la original interpretación del inversor sobre la existencia de un convenio arbitral *ad hoc*.

25. Hay que añadir que el TJUE rechazó limitar los efectos de su sentencia en el tiempo, a pesar de la petición de la sociedad demandante al considerarse que había actuado de buena fe, porque hacerlo implicaría limitar los de la sentencia *Achmea*, que el TJUE tampoco limitó en el tiempo, en el sentido de permitir eludir al Estado Miembro las obligaciones que para ese Estado se derivan de los artículos 4.3 TUE (deber de cooperación leal) y 267 y 344 TFUE⁷⁸.

26. Por último, y sin profundizar en la cuestión, se deduce la consideración del TJUE de

que una sociedad establecida en la UE puede alegar que si sufre una expropiación puede invocar los artículos 49 y 54 TFUE como vulnerados por el Estado Miembro en cuestión y ejercer esos derechos conforme al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales⁷⁹, en la línea de lo defendido por la Comisión Europea en sus repetidas manifestaciones públicas sobre la protección que el DUE brinda a los inversores. En este sentido, prosigue el TJUE, “*si se acreditara la existencia de la laguna en la protección de esos derechos*” en el sistema jurisdiccional del Estado Miembro en cuestión, “*esta laguna tendría que corregirse dentro de ese sistema, en su caso con la cooperación del Tribunal de Justicia en el marco de sus competencias, sin que tal laguna pudiera justificar que se tolerará la inobservancia de las disposiciones y principios fundamentales mencionados en el apartado 65 de la presente sentencia*”⁸⁰, esto es, los artículos 4.3 TUE y 267 y 344 TFUE.

2.2.2. *Micula* y el arbitraje CIADI

27. Por otro lado, la sentencia del TJUE dictada en Gran Sala el 25 de enero de 2022 en el asunto *Micula* abre una vía de enfrentamiento entre las obligaciones de los Estados Miembros bajo el DUE y las dimanantes de los arbitrajes administrados por el CIADI en que son parte. En este asunto de larguísimo itinerario procesal⁸¹ varios inversores suecos iniciaron en 2005 un arbitraje bajo el tratado bilateral de protección de inversiones entre Suecia y Rumanía como consecuencia de la eliminación por Rumanía a consecuencia de su adhesión a la UE de unas ayudas concedidas a los inversores. Estos obtuvieron un laudo favorable el 11 de diciembre de 2013⁸², que Rumanía no consiguió anular ante una comisión *ad hoc* del CIADI. Entretanto, la Comisión Europea prohibió a Rumanía cumplir el laudo por considerarlo una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior en los términos del art. 107.1 TFUE⁸³, pero esta decisión de la Comisión fue anulada por el Tribunal General de la UE (“**TGUE**”) mediante sentencia de 18 de junio de 2019⁸⁴. La sentencia aquí comentada resuelve un recurso de casación contra esta primera sentencia a instancias de la Comisión.

28. A los efectos de este trabajo nos limitaremos a señalar que el TJUE consideró que la sentencia del TGUE recurrida incurrió, entre otros errores de Derecho, al estimar que la sentencia *Achmea* carecía de pertinencia en aquel caso⁸⁵, que como es obvio también derivaba de una relación de inversión intracomunitaria (aunque sobrevenida con la adhesión de Rumanía a la UE una vez iniciado el procedimiento). Tras recordar el fundamento de la sentencia *Achmea* confirmada en la sentencia *PL Holdings*⁸⁶, el TJUE aplicó el test de compatibilidad de los tratados de protección de inversiones con el DUE para concluir que la doctrina *Achmea* era igualmente aplicable en este asunto:

i) para el TJUE, la indemnización solicitada por los demandantes en el procedimiento arbitral no se refería exclusivamente a los daños supuestamente sufridos antes de la fecha de adhesión de Rumanía a la UE en 2007, por lo que no puede considerarse que la controversia planteada ante el tribunal arbitral se circunscribiera en todos sus elementos a un período durante el cual Rumanía, al no haberse adherido todavía a la Unión, no estaba aún vinculada por el DUE (incluidos los arts. 107-108 TFUE)⁸⁷;

ii) en la línea de las sentencias previas, el tribunal arbitral “*no forma parte del sistema jurisdiccional de la Unión que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, obliga a*

los Estados miembros a establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”⁸⁸; y,

iii) el laudo arbitral dictado por el tribunal arbitral no está sometido “a ningún control por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en cuanto a su conformidad con el Derecho de la Unión”⁸⁹ dado que, de acuerdo con los artículos 53-54 del Convenio CIADI (y añadimos nosotros los artículos 62-63), el procedimiento arbitral no tiene sede, lo que implica que los tribunales de ningún Estado conocen de la anulación del mismo y las obligaciones pecuniarias del laudo no están sujetas a ningún trámite previo de reconocimiento y ejecución⁹⁰.

29. Probablemente el aspecto más discutible, por incorrecto, de la sentencia *Micula* estriba en el desconocimiento palmario por el TJUE de las obligaciones contraídas por Rumanía bajo el Convenio CIADI. Hay que recordar que el procedimiento arbitral se inició en 2005, antes de la adhesión de Rumanía a la UE en 2007. Ya hemos dicho antes que es en la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje que el inversor acepta la oferta de arbitraje realizada por el Estado en un tratado de protección de inversiones. Pues bien, de acuerdo con el art. 25.1 del Convenio CIADI, “[e]l consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado” y no existe mecanismo alguno para frenar la declaración de competencia del tribunal arbitral en cuestión, que debe cumplir lo dispuesto en el estatuto del CIADI si el consentimiento se prestó válidamente por las partes. Sin embargo, el TJUE se limitó a afirmar sin mayor razonamiento que desde la fecha de adhesión de Rumanía el sistema jurisdiccional de la UE “sustituyó al mecanismo de resolución de litigios que pueden [sic] afectar a la interpretación o a la aplicación del Derecho de la Unión”⁹¹ y que “dado que, a partir de la adhesión de Rumanía a la Unión, el sistema de vías de recurso judicial previsto por los Tratados UE y FUE sustituyó a dicho procedimiento de arbitraje, el consentimiento dado a tal efecto por dicho Estado carece en lo sucesivo de todo objeto”⁹². El TJUE no se planteó las consecuencias de esa afirmación, y menos en un caso que se convirtió en intracomunitario de manera sobrevenida. No hay duda de que el TJUE provoca un conflicto entre dos sistemas legales con esta sentencia, de alcance aún no definido. En cualquier caso, no parece que la sentencia *Micula* vaya a ser la última palabra del TJUE sobre el Convenio CIADI, con lo que el TJUE tendrá la posibilidad de ampliar o matizar su pensamiento⁹³.

2.2.3. Conclusión conjunta

30. Las sentencias *PL Holdings* y *Micula* parecen rematar cualquier posibilidad de uso de los tratados bilaterales de protección de inversiones intracomunitarios, incluso en el caso extremo de interpretación sugerido con notable originalidad por el inversor PL Holdings contra Polonia. Cabe preguntarse ahora por las consecuencias de la doctrina *Achmea* sobre los convenios arbitrales que los Estados o cualquiera de sus subdivisiones hayan firmado en relaciones no ya de inversión sino también comerciales en las que, siguiendo el razonamiento del TJUE, pueda resultar aplicable el DUE, el tribunal arbitral competente no forme parte del sistema judicial de algún Estado Miembro de la UE y no se garantice el control de la aplicación del DUE (por ejemplo, si la sede del arbitraje está o puede fijarse fuera de la UE)⁹⁴.

I. EN RELACIÓN CON EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA: LA SENTENCIA KOMSTROY

31. En línea con la sentencia *Achmea*, el 2 de septiembre de 2021 el TJUE (de nuevo en Gran Sala) emitió su sentencia en el asunto *Komstroy* en la que resolvió una cuestión prejudicial elevada por la *Cour d'Appel* de París en el contexto de un procedimiento judicial de anulación de un laudo arbitral dictado en la misma ciudad en el caso *Energoalliance Ltd. c. República de Moldavia*⁹⁵ bajo el TCE⁹⁶. Las preguntas del tribunal francés al TJUE en su petición de decisión prejudicial giraban en torno a determinar si una serie de contratos de compraventa de energía eléctrica entre una empresa ucraniana y una empresa pública moldava para su exportación a Moldavia constituía una inversión a los efectos del art. 1.6 (y, para la *Cour d'Appel*, del art. 26) del TCE⁹⁷.

32. Como hemos señalado al principio de este trabajo, el pronunciamiento del TJUE sobre la inaplicabilidad del TCE en relaciones intracomunitarias que relacionamos con *Achmea* y *PL Holdings* no se realiza en la parte dispositiva de la sentencia sino en un *dictum*⁹⁸. Desde luego tal pronunciamiento no era necesario para la resolución del caso concreto puesto que las partes en el arbitraje eran una sociedad ucraniana (sucedida en sus derechos y obligaciones por Komstroy) y Moldavia, esto es, una disputa puramente extracomunitaria, para la que no se discute la aplicación del TCE. Por tanto, no extraña que esta cuestión ni siquiera fuera planteada por el tribunal francés en su cuestión prejudicial y así llega a reconocerlo el TJUE en su sentencia⁹⁹. Es posible que el TJUE tenga que pronunciarse en el futuro de nuevo sobre esta cuestión¹⁰⁰, pero no es seguro que lo haga mediante sentencia o auto (por ser un *acto claro*)¹⁰¹.

33. La sentencia *Komstroy* adolece a nuestro juicio de cierta falta de sistemática en su argumentación en este punto. En efecto, el TJUE consideró que debía responder a la cuestión prejudicial recordando su jurisprudencia por la que “*cuando una disposición de un acuerdo internacional puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho de la Unión como a situaciones no regidas por este Derecho, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que deba aplicarse dicha disposición*”¹⁰². Sin embargo, esta afirmación aparece mezclada con la desestimación del TJUE de las objeciones (por otro lado, infundadas) de varios Estados Miembros de que el alto tribunal pudiera interpretar el TCE en cualquier caso, al entender esos Estados Miembros que el DUE no era aplicable al asunto¹⁰³.

La realidad es que, en la práctica, el TJUE empezó resolviendo la primera cuestión prejudicial precisando “*antes de nada, como han observado varios Estados miembros que han participado en el procedimiento, (...) qué controversias entre una Parte contratante y un inversor de otra Parte contratante en relación con una inversión realizada por este en el territorio de la primera pueden someterse a un tribunal arbitral con arreglo al artículo 26 del TCE*”¹⁰⁴, para negar que el TCE aplique en situaciones de inversiones de inversores de un Estado Miembro en otro Estado Miembro de la UE¹⁰⁵.

34. El TJUE recordó los fundamentos del sistema del DUE que recopiló en su disertación inicial de la sentencia *Achmea* antes de responder a las cuestiones prejudiciales de aquel caso y concluir en contra del arbitraje de inversiones intracomunitario en el marco del TCE:

i) Un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la UE, cuya observancia garantiza el TJUE. Este principio es reconocido, en particular, en el artículo 344 TFUE, según el cual 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 mismos¹⁰⁶.

ii) La autonomía del DUE, tanto en relación con el Derecho de los Estados Miembros como con respecto al Derecho internacional, se justifica por las características esenciales de la UE y de su Derecho relativas, en particular, a la estructura constitucional de la UE y a la propia naturaleza de este Derecho. En este sentido, el DUE se caracteriza por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados Miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos. Estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, y a los Estados miembros entre sí¹⁰⁷.

iii) Para asegurar la preservación de esas características específicas y de la autonomía del DUE, los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del DUE. Conforme al artículo 19 TUE, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al TJUE garantizar la plena aplicación del DUE en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial efectiva que ese ordenamiento confiere a los justiciables, teniendo el TJUE la competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva del DUE mediante el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, "*pie*dra angular del sistema jurisdiccional" para garantizar su interpretación uniforme¹⁰⁸.

35. A partir de estos fundamentos, el TJUE siguió en la sentencia *Komstroy* la misma lógica de tres preguntas que usó en la sentencia *Achmea*, con las consecuencias ya conocidas¹⁰⁹:

i) El TJUE analizó si un tribunal arbitral en un caso intracomunitario tiene que interpretar el DUE al resolver el fondo de un caso. Viendo la cláusula de ley aplicable establecida en el art. 26.6 del TCE, que indica que el tribunal arbitral tiene que decidir "*con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho internacional aplicables*", el TJUE determinó con rapidez que ese tribunal arbitral está llamado a "*interpretar, e incluso aplicar*" el DUE dado que el TCE es un acto del DUE¹¹⁰.

ii) Al igual que en la sentencia *Achmea*, el TJUE analizó si el tribunal arbitral está integrado en el sistema jurisdiccional de la UE. Siguiendo la misma argumentación que en *Achmea* (ahora simplificada), el TJUE concluyó que no, lo que lleva aparejado que no pueda plantear una cuestión prejudicial al TJUE bajo el art. 267 TFUE¹¹¹.

iii) También como en *Achmea*, el TJUE revisó si el laudo dictado por el tribunal arbitral está sujeto al control de un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro de la UE y si este control puede asegurar el pleno respeto del DUE, incluida la presentación de una cuestión prejudicial al TJUE. Al igual que en *Achmea*, el TJUE observó que el tribunal arbitral fija sus propias reglas (en el caso concreto elegido por la demandante previa

oferta del Estado conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), por lo que las partes aceptaron que la sede del arbitraje fuera París, haciendo el Derecho francés aplicable al procedimiento de anulación¹¹². Siguiendo punto por punto el razonamiento efectuado en la sentencia *Achmea*, el TJUE acabó concluyendo que el art. 26.2.c) TCE “no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro”¹¹³.

36. Para llegar a esa conclusión el TJUE volvió a separar el arbitraje comercial del arbitraje de inversiones, en la medida en que este último deriva de un acuerdo de Estados Miembros de la UE para sustraer un asunto de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19.1.2 TUE les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el DUE¹¹⁴. El TJUE consideró, otra vez igual que en el asunto *Achmea*, que interpretar el art. 26 como aplicable en relaciones intracomunitarias sería aceptar que la UE y los Estados Miembros habrían establecido un mecanismo de resolución de controversias que podría impedir que éstas sean dirimidas, a pesar de que pudiera referirse a la interpretación o aplicación del DUE, de modo que se garantice la plena eficacia de ese Derecho¹¹⁵.

Aunque el TJUE admite, de nuevo, que un acuerdo internacional que prevé la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculan a las instituciones de la UE, incluido el propio TJUE, no es, en principio, incompatible con el DUE¹¹⁶, el TJUE rechaza aquellas disposiciones en virtud de las cuales una controversia entre un inversor de un Estado Miembro y otro Estado Miembro relativa al DUE pueda quedar excluida del sistema jurisdiccional de la Unión, de manera que no se garantice la plena eficacia del DUE, ponga en peligro la preservación de la autonomía y del carácter propio del DUE garantizado por el procedimiento de la cuestión prejudicial¹¹⁷. De esta manera, aunque en *dictum*, el TJUE se opone también al arbitraje de inversiones intracomunitario bajo el TCE.

I. REFLEXIONES ADICIONALES: EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES

37. A la vista de los anteriores acontecimientos compartimos un par de reflexiones adicionales sobre el papel de los tribunales estatales de la UE en la protección de inversiones.

4.1. LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESTATALES FRENTE A LA DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

38. Por un lado, la solución dada por el DUE a través de las sentencias *Achmea*, *Komstroy*, *PL Holdings* y *Micula* y el Acuerdo de Terminación supone confiar en abstracto en la protección que puedan brindar los tribunales estatales competentes, en este caso los del Estado Miembro concernido. Sin embargo, desde la concepción del arbitraje de protección de inversiones se ha advertido la falta de confianza de los operadores jurídicos extranjeros en la jurisdicción estatal para obtener compensación, bien porque el ordenamiento jurídico local en ocasiones no establece cauces legales de protección (por ejemplo, en la saga de arbitrajes de energías renovables contra España

los inversores lograron que muchos tribunales arbitrales declararan que reales decretos-ley eran contrarios al TCE cuando el ordenamiento español no prevé recurso alguno contra ellos en manos de los particulares, en concreto por la falta de legitimación activa de un particular para interponer un recurso de inconstitucionalidad¹¹⁸) bien por la percepción aparente o real de falta de independencia de esos tribunales a la hora de juzgar decisiones del Poder Ejecutivo.

39. Estos temores se ven en la actualidad plenamente confirmados en el seno de la UE por el pulso que mantiene la Comisión Europea con Polonia (apoyada por Hungría) por la apreciada falta de independencia del Poder Judicial polaco respecto del Poder Ejecutivo¹¹⁹ y las declaraciones del Tribunal Constitucional polaco de la supremacía de la Constitución nacional sobre los tratados fundamentales de la UE¹²⁰, además de por la protección del presupuesto de la UE ante vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados Miembros de la UE¹²¹. Esto lleva a pensar que los tribunales nacionales pueden sentirse de alguna manera no obligados a (y en alguna ocasión presionados a no) plantear cuestiones prejudiciales al TJUE sobre la interpretación y validez de normas del DUE aplicables en un caso de protección de inversiones intracomunitarias¹²², lo que afecta al fundamento y justificación mismos de la sentencia *Achmea* al declarar incompatibles las cláusulas de arbitraje de los tratados de protección de inversiones intracomunitarios¹²³.

40. Precisamente en este contexto, Lituania (un Estado naturalmente receptor de inversiones) ha formulado una declaración al Acuerdo de Terminación mostrando su preocupación porque la falta del arbitraje de protección de inversiones pueda afectar al clima de negocio e inversiones en la UE; e incluso aboga por el establecimiento de algún mecanismo nuevo de protección de inversiones intracomunitario, desconfiando de que el modelo actual de tribunales estatales con recurso al TJUE mediante la cuestión prejudicial sea el adecuado¹²⁴. La propia Comisión Europea es consciente de ese malestar entre algunos Estados Miembros a pesar de una serie de principios consagrados en el DUE y ha llegado a abrir un procedimiento de consulta para facilitar la protección de inversiones intracomunitarias¹²⁵, sin que aún sean públicas las conclusiones alcanzadas ni las soluciones propuestas (entre ellas, las relacionadas con las disputas entre los inversores y los Estados Miembros).

41. En definitiva, un nuevo escenario de declaraciones políticas, escaramuzas diplomáticas y amenazas de la Comisión Europea de abrir procedimientos de infracción bajo el art. 258 TFUE, sin control alguno por parte del inversor afectado y en último término interesado en obtener una reparación, sustituye en las relaciones intracomunitarias (incluida España) al tan denostado arbitraje de inversiones, que humildemente se limitaba a aplicar el Derecho internacional al caso concreto a partir de una solicitud de arbitraje presentada por el inversor agraviado. La UE debería tomar buena nota e impulsar un sistema que garantice la despolitización de las disputas de protección de inversiones intracomunitarias tal y como consiguió el arbitraje de inversiones.

4.2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES: ORTODOXIA Y HETERODOXIA EN LA SENTENCIA *KOMSTROY*

42. Por otro lado, conviene detenerse brevemente en el análisis del TCE efectuado por el TJUE en la sentencia *Komstroy* una vez resuelta la cuestión de la inaplicabilidad del TCE a relaciones de inversión intracomunitarias; dicho sea de paso, realizando el verdadero trabajo que el art. 267 TFUE le exigía para responder a la cuestión planteada por la *Cour d'Appel* de París. Hay que tener en cuenta que, aunque de manera prejudicial, el TJUE adoptó la misma posición que cualquier tribunal arbitral constituido bajo el TCE e interpretó el concepto de "inversión" establecido en el art. 1.6 del TCE. La peculiaridad no estriba en la competencia del TJUE para interpretar un tratado internacional en el que la UE es parte, sino en la manera en que llegó a la conclusión de que los contratos del caso concreto no constituían una inversión del inversor ucraniano en Moldavia.

43. Es práctica habitual de los tribunales arbitrales que han interpretado el TCE (así como otros tratados de protección de inversiones) el considerar que cualquier término del tratado se interpreta de acuerdo con el Derecho internacional, reflejado en cuanto a sus criterios hermenéuticos en la CVDT, así como tener en cuenta otros precedentes jurisprudenciales que, sin ser vinculantes, arrojen luz a la labor interpretativa del juzgador. El TJUE no hizo ni lo uno ni lo otro. Ciertamente tomó la posición correcta, a nuestro juicio, de considerar que el art. 1.6 TCE exige comprobar que el contrato en cuestión califica como una inversión y en el sector de la energía¹²⁶. Empero, en la tarea de determinar la existencia de una inversión el TJUE se apartó varias veces de todos los precedentes al afirmar que "[p]or lo que respecta al concepto de 'inversión' contemplado en el artículo 1, punto 6, párrafo primero, del TCE, ha de señalarse que este concepto se caracteriza por dos requisitos acumulativos. Primero, debe tratarse de cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor y, segundo, este activo debe abarcar al menos uno de los elementos previstos en las letras a) a f) de dicha disposición"¹²⁷. Veamos:

i) en la sentencia *Komstroy* el TJUE se limitó a identificar una inversión como "*un activo poseído directamente por un inversor*"¹²⁸, en el que encaja sin problema el crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad de *Komstroy*, pero añadiendo por su parte la incertidumbre de si el TJUE considera que los activos poseídos *indirectamente* por un inversor son susceptibles o no de cuadrar en el concepto de inversión del art. 1.6 TCE (al menos a efectos intracomunitarios);

ii) el TJUE interpretó el concepto de 'inversión' de la mano del concepto de 'inversor', que está previsto en el art. 1.7 TCE, afirmando que "*Komstroy es un inversor que posee directamente un activo en forma de crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad*"¹²⁹, si bien la duda sobre si se cumplía el requisito de la competencia *ratione personae* del tribunal arbitral no se planteó al TJUE en la cuestión prejudicial;

iii) el TJUE no trató los ejemplos de inversiones previstos en el art. 1.6 TCE de manera ilustrativa y no exhaustiva, como habitualmente se ha entendido en la práctica arbitral¹³⁰, sino que se empeñó en encajar el contrato en alguno de ellos como parte de la definición de 'inversión': "*En cuanto al segundo requisito, procede señalar que un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad podría, a priori, estar comprendido tanto en el ámbito de aplicación del artículo 1, punto 6, párrafo primero, letra c), del TCE como en el del artículo 1, punto 6, párrafo primero, letra f), del TCE*"¹³¹;

iv) aunque el TJUE observó que el art. 1.6 TCE exige comprobar que la supuesta

inversión esté relacionada con una “Actividad Económica en el Sector de la Energía”, el TJUE no comprobó si la actividad en cuestión se refería a alguna de las actividades económicas descritas en el art. 1.5 TCE (a su vez completado por el Anexo NI); y,

v) el TJUE ignoró que el término “*territorio*” utilizado en el art. 1.6 TCE y definido en el art. 1.10 TCE sirve para concluir que la inversión en cuestión tiene que realizarse en el territorio soberano del otro Estado.

44. No obstante lo anterior, precisamente en el momento del encaje del contrato en cuestión en alguno de los ejemplos previstos en el art. 1.6 TCE es cuando el TJUE volvió, a su manera, a la ortodoxia interpretativa del arbitraje de inversiones al determinar que ese contrato no podía considerarse una inversión protegida por el TCE:

i) en el caso del art. 1.6.1.f)¹³², al negar el TJUE que “*un crédito derivado de un mero contrato de compraventa de electricidad se haya conferido, como tal, para emprender una actividad económica en el sector de la energía*”¹³³; y,

ii) en el caso del art. 1.6.1.c)¹³⁴, al considerar el TJUE que, aunque la disputa se refería a un crédito pecuniario con un origen contractual, en la práctica no estaba relacionado con una inversión porque era un mero contrato de suministro¹³⁵.

45. Solamente tras varias diferenciaciones tardías en el análisis legal entre *comercio e inversión*, tanto conceptuales como a la vista de las distintas disposiciones del TCE que regulan cada una de ellas¹³⁶, llegó el TJUE tímidamente a definir las operaciones de inversión como aquellas que “*implican la inmovilización de recursos en el extranjero*”¹³⁷, es decir, en el *territorio* de otro Estado, en las que no encajaba el supuesto de hecho¹³⁸. Desconocemos si el TJUE tuvo delante la vasta literatura jurídica que ha ido cincelandando el concepto de inversión extranjera a efectos de los tratados de protección de inversiones y del Convenio CIADI y el método de análisis de los tratados. A pesar de que, a la postre, el resultado no discrepe de la práctica general, el TJUE no puede llevar su actuación autónoma hasta el extremo de desconocer los trabajos de otros tribunales que, técnicamente hablando, están exactamente a su misma altura jerárquica (y que, incluso, podrían tener que revisar sus decisiones como contrarias a un tratado de protección de inversiones en que la UE sea parte).

i. CONCLUSIÓN

46. Las sentencias y el Acuerdo comentados en este trabajo confirman el rechazo de las instituciones de la UE y de sus Estados Miembros al arbitraje de inversiones intracomunitario, al tiempo que este se mantiene en la acción exterior de la UE y sus Estados Miembros con terceros. La pretendida obligación de someter este tipo de controversias a los tribunales del Estado Miembro afectado a que aboca esta corriente choca con la realidad de unas cortes poco familiarizadas e incluso incómodas con normas que no sean de extracción estrictamente nacional y que son forzadas a conocer de reclamaciones muy sensibles políticamente en muchas ocasiones. El DUE está formado por un complejísimo entramado legal que, sin embargo, ignora el mayor logro del sistema del arbitraje de inversiones, que es precisamente resolver disputas de manera neutral. La iniciativa de algún Estado y de inversores para establecer un

mecanismo intracomunitario de protección de inversiones es la mejor evidencia de que la solución propugnada por la Comisión Europea y bendecida por el TJUE no sirve, máxime cuando la UE alberga Estados recalcitrantes que solo se imaginaban extramuros.

3. BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

ALI, A. H., IRIARTE ÁNGEL, J. L. y VIÑALS CAMALLONGA, J. M., *Inversiones españolas en el extranjero: mecanismos de protección*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

BALTAG, C., *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, 2012.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores (los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GIL NIEVAS, R., “Beyond the Plain Reading of the Komstroy CJEU Decision: A Potential New Analysis of the CJEU’s Reasoning”, en *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 9, octubre-diciembre 2021.

GÓMEZ JENE, M., “Arbitraje europeo: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13(2), 2021, págs. 745-753.

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I. y ALONSO MOREDA, N., “Los laudos derivados de las controversias relativas a las inversiones en fuentes de energía renovables y el régimen de las ayudas estatales en la Unión Europea: A propósito del asunto Antin c. España y la decisión de la Comisión Europea de iniciar una investigación en profundidad”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 9, octubre-diciembre 2021, págs. 1-35.

KUŁAGA, L., “Implementing *Achmea*: The Quest for Fundamental Change in International Investment Law”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXXIX, 2019, págs. 227-250.

PASCHALIDIS, P.: “Chapter 14: Challenges under EU Law to the enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention”, en FACH GÓMEZ, K. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, K. (Eds.), *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Kluwer Law International, 2019, págs. 219-236.

PETERSON, L. E., “Poland wins investment treaty arbitration with EU investor; Government sits on growing cache of unpublished rulings”, *IA Reporter*, 7 de febrero de 2012, www.iareporter.com.

RUEDA GARCÍA, J. Á.: “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (*Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*): sin execuátur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. VI, núm. 1, Marzo 2014, págs. 414-430.

(1) El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de sus autores y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno. El contenido de las páginas web citadas en notas al pie se revisaron por última vez el 21 de febrero de 2022.

(2) Sobre la situación de la práctica española en materia de protección de inversiones exteriores véase RUEDA GARCÍA, J. Á., "Spain", en FOURET, J. (Ed.), *Enforcement of Investment Treaty Arbitration Awards*, Globe Law and Business, Woking, 2.^a ed., 2021, págs. 623-640 (págs. 623-626).

(3) *Slowakische Republik c. Achmea BV* (asunto C-284/16), sentencia de 6 de marzo de 2018 (ECLI:EU:C:2018:158).

(4) *République de Moldavie c. Komstroy LLC* (asunto C-741/19), sentencia de 2 de septiembre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:655).

(5) *Republiken Polen c. PL Holdings Sàrl* (asunto C-109/20), sentencia de 26 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:875).

(6) *Comisión Europea c. European Food SA y otros* (asunto C-638/19 P), sentencia de 25 de enero de 2022 (ECLI:EU:C:2022:50).

(7) Hecho en Bruselas el 5 de mayo de 2020 (DO núm. L 169, de 29 de mayo de 2020). El Instrumento de ratificación del Reino de España de 8 de julio de 2021 está publicado en BOE núm. 226, de 21 de septiembre de 2021. La Comisión Europea ha abierto muy recientemente sendos procedimientos de infracción contra Bélgica, Italia (INFR(2021)2243), Luxemburgo, Portugal y Rumanía (INFR(2021)2244) por no haber ratificado aún el Acuerdo de Terminación; véase la noticia del emplazamiento de la Comisión Europea a esos cinco Estados Miembros de 2 de diciembre de 2021 en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/INF_21_6201.

(8) Véase la publicación de su aplicación provisional en BOE núm. 259, de 30 de septiembre de 2020.

(9) BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

(10) La competencia es compartida en el caso de las inversiones distintas de las directas, así como en el de la solución de diferencias relativas a inversiones. Véase Dictamen 2/15 (*Acuerdo de Libre Comercio con Singapur*), de 16 de mayo de 2017, apartados 82, 238 y 243 (ECLI:EU:C:2017:376). Para la política de la UE sobre protección de inversiones véase el Reglamento (UE) núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (DO núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012), Capítulo III, artículos 7-11. Véase asimismo ALI, A. H., IRIARTE ÁNGEL, J. L. y VIÑALS CAMALLONGA, J. M., *Inversiones españolas en el extranjero: mecanismos de protección*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 94-97.

(11) Hecho en Madrid el 16 de septiembre de 2021, que sustituirá al vigente hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005 (BOE núm. 219, de 12 de septiembre de 2007). El 7 de diciembre de 2021 el Consejo de Ministros aprobó el acuerdo por el que se dispuso la remisión a las Cortes Generales del Acuerdo y su Declaración Interpretativa y se autorizó la manifestación del consentimiento de España para obligarse por el Acuerdo. Véase <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2021/refc20211207.aspx#colombia>. El texto revisado para este trabajo nos ha sido facilitado por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

(12) Véase la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), COM(2022) 38 final, 2022/0025 (NLE), de 9 de febrero de 2022, en la que la Comisión recomienda a los Estados Miembros de la UE que son Contratantes del Convenio del CIADI (los 27 menos Polonia) que voten a favor de las enmiendas a varios Reglamentos y Reglas del CIADI que se espera entren en vigor el 1 de julio de 2022. Para la Comisión, "[e]n opinión de la Unión Europea, solo un tribunal de inversiones permanente abordará de manera suficiente y exhaustiva todos los problemas que se derivan del actual sistema de arbitraje ad hoc en materia de inversiones. Sin embargo, hasta que se establezca un tribunal multilateral, seguirá aplicándose el actual sistema de arbitraje en materia de inversiones, de modo que toda mejora de sus reglas ha de ser bienvenida. Por consiguiente, el Consejo debe apoyar las enmiendas propuestas a las reglas del CIADI".

(13) Aunque se cite la Sentencia *Achmea* como detonante de la terminación de los tratados de protección de inversiones intracomunitarios, el Acuerdo de Terminación cita en su preámbulo la Sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2009 en el caso *Budeřjovický Budvar*, asunto C-478/07 (ECLI:EU:C:2009:521), de la que los Estados firmantes del Acuerdo de Terminación extrajeron la conclusión de que “*las disposiciones contenidas en un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros no pueden aplicarse en las relaciones entre esos dos Estados si se constata que son contrarias a los Tratados de la UE*”.

(14) Véase la Sentencia *Achmea*, apartados 39-42.

(15) Sentencia *Achmea*, apartado 4 (traducción del TJUE al español del artículo 8 del tratado Países Bajos-Eslovaquia).

(16) Véase la Sentencia *Achmea*, apartado 41: “*habida cuenta de la naturaleza y las características del Derecho de la Unión mencionadas en el apartado 33 de la presente sentencia, debe considerarse que ese Derecho forma parte del Derecho vigente en todos los Estados miembros y, al mismo tiempo, se deriva de un tratado internacional celebrado entre los Estados miembros*”.

(17) Véase la Sentencia *Achmea*, apartados 43-49. El TJUE también constató, en tercer lugar, que el laudo emitido por un tribunal arbitral puede no estar sujeto al control de un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro que garantice que las cuestiones relativas al DUE que pudiera tener que tratar el tribunal arbitral puedan ser sometidas, en su caso, al TJUE en el marco de un procedimiento prejudicial (Sentencia *Achmea*, apartados 50-55).

(18) Sentencia *Achmea*, parte dispositiva: “*Los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro*”.

(19) Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Protección de la inversión intra-UE*, Documento COM(2018) 517 final, de 19 de julio de 2018.

(20) Véase la *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019, on the legal consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf, firmada por Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Reino Unido (“Declaración de los 22”).

(21) Véase la *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January, on the enforcement of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, disponible en <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf>, firmada por Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo, Malta y Suecia (“Declaración de los 5”); y la *Declaration of the Representative of the Government of Hungary, of 16 January 2019, on the legal consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/190116-bilateral-investment-treaties-hungary_en.pdf, firmada solamente por Hungría. La página web de la Comisión Europea (https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en) contiene enlaces a ambas declaraciones, calificadas como ‘compromisos’ de ciertos Estados Miembros en relación con la Declaración de los 22, pero llamativamente no aloja la Declaración de los 5.

(22) Firmado solamente por Alemania, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, España, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal y Rumanía. Irlanda no era parte en ningún tratado de protección de inversiones intracomunitario por lo que no tenía nada que terminar.

(23) INFR(2021)2241. Véase la noticia del emplazamiento de la Comisión Europea a Austria de 2 de diciembre de 2021 en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/INF_21_6201.

(24) INFR(2016)2169. Véase la noticia del emplazamiento de la Comisión Europea a Finlandia de 14 de mayo de 2020 en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_20_859. No consta que la Comisión Europea haya emitido un dictamen motivado conforme al art. 258 TFUE.

(25) INFR(2016)2150. Véanse las noticias del emplazamiento de la Comisión Europea a Reino Unido de 14 de mayo de 2020 en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_20_859, y del dictamen motivado emitido por la Comisión Europea de 30 de octubre de 2020 en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ES/INF_20_1687. Nótese que la salida del Reino Unido de la UE tuvo lugar el 31 de enero de 2020, aunque para la Comisión Europea el DUE seguía siendo de aplicación al Reino Unido conforme al Acuerdo de Retirada de 24 de enero de 2020 hasta la extinción del período transitorio el 31 de diciembre de 2020.

(26) INFR(2021)2242. Véase la noticia del emplazamiento de la Comisión Europea a Suecia de 2 de diciembre de 2021 en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/INF_21_6201. Asimismo resulta relevante el procedimiento INFR(2013)2207 por la falta de terminación del tratado bilateral de protección de inversiones entre Suecia y Rumanía del que trae causa el asunto *Micula*; véase la noticia del emplazamiento de la Comisión Europea a Suecia de 18 de junio de 2015 (junto a Austria, Eslovaquia, Países Bajos y Rumanía) en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/IP_15_5198. La Comisión ha enviado tres dictámenes motivados a Suecia (el 29 de septiembre de 2016, el 12 de febrero de 2021 y el 2 de diciembre de 2021) y la ha amenazado con demandarla ante el TJUE si no toma todas las medidas necesarias para que el tratado con Rumanía deje de surtir efectos legales.

(27) Llamativamente tres de los Estados no firmantes del Acuerdo de Terminación (Austria, Finlandia y Suecia) ya tuvieron que verse las caras con la Comisión Europea como consecuencia de ciertas disposiciones sobre transferencia de capitales contenidas en tratados de protección de inversiones celebrados por esos tres Estados con terceros Estados de fuera de la UE antes de la adhesión de aquellos a la UE el 1 de enero de 1995, que la Comisión consideraba contrarias al DUE. Tras los correspondientes dictámenes motivados en sendos recursos por incumplimiento, la Comisión demandó separadamente a los tres Estados ante el TJUE. Mediante sentencias de 3 de marzo de 2009, *Comisión c. Austria*, asunto C-205/06 (ECLI:EU:C:2009:118); 3 de marzo de 2009, *Comisión c. Suecia*, asunto C-249/06 (ECLI:EU:C:2009:119); y 19 de noviembre de 2009, *Comisión c. Finlandia*, asunto C-118/07 (ECLI:EU:C:2009:715), el TJUE declaró que los tres Estados habían infringido el art. 307 CE (hoy art. 351 TFUE) en tanto que no habían eliminado las incompatibilidades de esos tratados con el DUE (para Austria, los tratados con Cabo Verde, China, República de Corea, Malasia, Rusia y Turquía; para Suecia, los tratados con Argentina, Bolivia, China, Costa de Marfil, Egipto, Hong Kong, Indonesia, Madagascar, Malasia, Pakistán, Perú, Senegal, Sri Lanka, Tunicia, Vietnam, Yemen y Yugoslavia; para Finlandia, los tratados con Bielorrusia, China, Malasia, Rusia, Sri Lanka y Uzbekistán).

(28) Véase la relación de tratados en el Anexo A del Acuerdo de Terminación.

(29) Véase la relación de tratados en el Anexo B del Acuerdo de Terminación.

(30) Como dice el preámbulo del Acuerdo de Terminación, *“reconociendo que el presente Acuerdo se entiende sin perjuicio de la cuestión de la compatibilidad de las disposiciones sustantivas de los tratados bilaterales de inversión intra-UE con los Tratados de la UE”*.

(31) Conforme al art. 1.4 del Acuerdo de Terminación, se considera *“procedimiento de arbitraje concluido” “cualquier Procedimiento de Arbitraje que haya finalizado con un acuerdo de conciliación o con un laudo definitivo emitido antes del 6 de marzo de 2018, siempre que: a) el laudo se haya ejecutado debidamente antes del 6 de marzo de 2018, aun cuando no se haya ejecutado una demanda de costas judiciales relacionada con él, y en la fecha del 6 de marzo de 2018 no estuviera pendiente ningún recurso, reexamen, revocación, anulación, ejecución, revisión u otro procedimiento similar en relación con dicho laudo definitivo, o b) el laudo haya sido revocado o anulado antes de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo”*.

(32) Usamos esta terminología clásica en la doctrina y práctica españolas para referirnos a los tratados bilaterales de protección de inversiones celebrados por España. Véase, por todos, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores (los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

(33) Hecho en Sofía el 5 de septiembre de 1995 (BOE núm. 143, de 16 de junio de 1998).

(34) Hecho en Madrid el 12 de diciembre de 1990 (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 1992).

(35) Hecho en Madrid el 21 de julio de 1997 (BOE núm. 259, de 29 de octubre de 1998).

- (36) Hecho en Madrid el 15 de julio de 1998 (BOE núm. 113, de 11 de mayo de 2000; corr. de errores, BOE núm. 136, de 7 de junio de 2000).
- (37) Hecho en Madrid el 11 de noviembre de 1997 (BOE núm. 168, de 15 de julio de 1998).
- (38) Hecho en Budapest el 9 de noviembre de 1989 (BOE núm. 217, de 9 de septiembre de 1992).
- (39) Hecho en Madrid el 26 de octubre de 1995 (BOE núm. 134, de 5 de junio de 1997).
- (40) Hecho en Vilna el 6 de julio de 1994 (BOE núm. 22, de 25 de enero de 1996; corr. de errores, BOE núm. 98, de 23 de abril de 1996).
- (41) Hecho en Bucarest el 25 de enero de 1995 (BOE núm. 280, de 23 de noviembre de 1995).
- (42) Hecho en Madrid el 30 de julio de 1992 (BOE núm. 133, de 4 de junio de 1993).
- (43) Véase el acto de denuncia de 4 de octubre de 2018 (*Dokument wypowiedzenia przez Rzeczpospolita, Polska, Umowy między Rzeczpospolita, Polska, a Królestwem Hiszpanii w sprawie wzajemnego popierania i ochrony inwestycji, sporządzonej w Madrycie dnia 30 lipca 1992 r.*) en lengua polaca en <https://www.prawo.pl/akty/dz-u-2019-960,18855433.html>; asimismo KUŁAGA, L., "Implementing *Achmea*: The Quest for Fundamental Change in International Investment Law", *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXXIX, 2019, págs. 227-250, p. 243. Debemos advertir que la denuncia efectuada por Polonia de este APPRI no ha sido publicada aún en el BOE y se conoce precisamente por su inclusión en el Anexo B del Acuerdo de Terminación; recuérdese que el art. 24 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014), obliga a publicar en el BOE "cualquier acto posterior que afecte a la aplicación de un tratado internacional".
- (44) Quedaría fuera en principio el APPRI con Hungría, cuyo art. 10 no contiene una cláusula de elección de ley aplicable al fondo de la controversia entre el inversor y el Estado.
- (45) Véase APPRI con Polonia, art. 11.3; APPRI con Rumanía, art. 8.3.
- (46) Véase APPRI con Bulgaria, art. XI.4; APPRI con la República Checa y Eslovaquia, art. 10.3; APPRI con Croacia, art. 11.3; APPRI con Eslovenia, art. XI.3; APPRI con Estonia, art. 11.3; APPRI con Letonia, art. 11.3; APPRI con Lituania, art. XI.3.
- (47) En el caso del APPRI con Rumanía el preámbulo dice: "Deseando (...) crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por los inversores de un Estado en el territorio del otro. Conscientes de la necesidad de crear y mantener un marco estable, a fin de estimular la realización de inversiones y una óptima y eficiente utilización de los recursos económicos de cada país. Reconociendo que la promoción y la protección recíproca de las inversiones, con arreglo al presente Acuerdo estimularán las iniciativas en este campo y mejorarán la prosperidad de ambos países".
- (48) Véase *infra* Sección IV.1.
- (49) Véase el asunto *Crespo y otros c. Polonia* (asunto CCI), referenciado en PETERSON, L. E., "Poland wins investment treaty arbitration with EU investor; Government sits on growing cache of unpublished rulings", *IA Reporter*, 7 de febrero de 2012, www.iareporter.com.
- (50) Véase Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, *Boletín de Inversiones Exteriores*, Flujos 2020, págs. 14-19 (origen de inversiones extranjeras en España) y págs. 33-38 (destino de las inversiones españolas en el exterior).
- (51) Además de las partes, presentaron observaciones los Gobiernos de Alemania, la República Checa, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia y Suecia, así como la Comisión Europea.
- (52) Polonia presentó su objeción primeramente en la contestación a la solicitud de arbitraje; posteriormente lo hizo en la contestación a la demanda y luego en un escrito adicional de alegaciones pocos días después de que se presentase ante el TJUE la petición de decisión prejudicial en el asunto *Achmea*. Véase sentencia *PL Holdings*, apartados 16, 18-19, 41.
- (53) Véase Laudo parcial de 28 de junio de 2017, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9378.pdf>.

- (54) Véase Laudo final de 28 de septiembre de 2017, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10467.pdf>.
- (55) Sentencia *PL Holdings*, apartado 28.
- (56) Véase la sentencia *PL Holdings*, apartado 25.
- (57) Recuérdese el clásico trabajo de Paulsson, J., "Arbitration Without Privity", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, No. 2, Otoño 1995, págs. 232-257.
- (58) Sentencia *PL Holdings*, apartado 29.
- (59) Véase la sentencia *PL Holdings*, apartado 30.
- (60) Véase la sentencia *PL Holdings*, apartado 8.
- (61) Véase la sentencia *PL Holdings*, apartado 31.
- (62) Sentencia *PL Holdings*, apartado 37.
- (63) Sentencia *PL Holdings*, apartado 39.
- (64) En otras palabras, "*dicho órgano jurisdiccional deberá asegurarse de que la solicitud de arbitraje de PL Holdings de 28 de noviembre de 2014, según el artículo 2 del Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la SCC de 2010, permite, junto con la conducta posterior de la República de Polonia, deducir claramente la existencia de un convenio arbitral ad hoc entre aquel inversor y la República de Polonia, y de que, por tanto, esta ha tenido la posibilidad de impugnar eficazmente la validez de tal convenio ante el tribunal arbitral*". Véase la sentencia *PL Holdings*, apartado 42.
- (65) Sentencia *PL Holdings*, apartado 35.
- (66) Véase la sentencia *PL Holdings*, apartado 43.
- (67) Véase la sentencia *PL Holdings*, apartado 44, por referencia a la sentencia *Achmea*, párrafo 60.
- (68) El TJUE alcanza esta conclusión en contraste con el criterio de la Abogada General Kokott, en cuyas conclusiones (Conclusiones de 22 de abril de 2021, ECLI:EU:C:2021:321) propuso que "*los convenios arbitrales individuales entre Estados miembros e inversores de otros Estados miembros sobre la aplicación soberana del Derecho de la Unión solo son compatibles con el deber de cooperación leal del artículo 4 TUE, apartado 3, y con la autonomía del Derecho de la Unión consagrada en los artículos 267 TFUE y 344 TFUE si los tribunales de los Estados miembros pueden controlar plenamente el laudo arbitral en cuanto a su compatibilidad con el Derecho de la Unión, en su caso, y cuando sea necesario, tras una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE. Adicionalmente, dichos convenios arbitrales también deben ser compatibles con el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*" (apartado 85).
- (69) Véase la sentencia *PL Holdings*, apartado 45.
- (70) Sentencia *PL Holdings*, apartado 3. El tratado Bélgica/Luxemburgo-Polonia también establecía la aplicación por el tribunal arbitral "*de las reglas y principios del Derecho internacional generalmente admitidos*", de donde no resulta tan claro admitir que se deduce la aplicación del DUE.
- (71) Sentencia *PL Holdings*, apartado 46.
- (72) Sentencia *PL Holdings*, apartado 47.
- (73) Sentencia *PL Holdings*, apartado 50.
- (74) Sentencia *PL Holdings*, apartado 5.
- (75) Véase la Sentencia *PL Holdings*, apartado 52.
- (76) Véase la Sentencia *PL Holdings*, apartado 53.
- (77) Sentencia *PL Holdings*, apartado 55.
- (78) Véase la Sentencia *PL Holdings*, apartados 57-69.

(79) Véase la Sentencia *PL Holdings*, apartado 63. El TJUE hizo un tímido ejercicio parecido en la sentencia *Achmea* cuando consideró que un tribunal arbitral constituido bajo un acuerdo de protección de inversiones intracomunitario podría tener que interpretar o aplicar el DUE, “*en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales*” (sentencia *Achmea*, apartado 42).

(80) Sentencia *PL Holdings*, apartado 68.

(81) Véase <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/05/20>.

(82) Véase *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumanía* (caso CIADI n.º ARB/05/20), Laudo de 11 de diciembre de 2013, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>.

(83) Véase Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión de 30 de marzo de 2015 relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía, Laudo arbitral *Micula/Rumanía* de 11 de diciembre de 2013 [notificada con el número C(2015) 2112] (DO núm. L 232, de 4 de septiembre de 2015).

(84) *European Food SA y otros c. Comisión Europea* (asuntos T-624/15, T-694/15 y T-704/15), sentencia de 18 de junio de 2019 (ECLI:EU:T:2019:423).

(85) Véase la Sentencia *Micula*, apartado 137.

(86) Véase la Sentencia *Micula*, apartados 138-139.

(87) Véase la Sentencia *Micula*, apartado 140.

(88) Sentencia *Micula*, apartado 141; también apartado 142.

(89) Sentencia *Micula*, apartado 142.

(90) Recuérdese lo expuesto, por todos, en RUEDA GARCÍA, J. Á.: “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (*Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*): sin ejecuáur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. VI, núm. 1, Marzo 2014, págs. 414-430.

(91) Sentencia *Micula*, apartado 141.

(92) Sentencia *Micula*, apartado 145.

(93) Véase la apertura el 9 de febrero de 2022 de un procedimiento de infracción por la Comisión Europea a Reino Unido por la ejecución forzosa del laudo del asunto *Micula* en incumplimiento de disposiciones del DUE, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_802.

(94) Es cierto que desde la sentencia *Achmea* el TJUE ha insistido constantemente en separar el arbitraje comercial del de inversiones al entender que éste deriva de un tratado de protección de inversiones a través del que los Estados sustraen casos del conocimiento del sistema jurisdiccional de la UE (véase la sentencia *Achmea*, apartado 55; sentencia *Komstroy*, apartado 59; sentencia *Micula*, apartado 144). Sin embargo, la cuestión es técnicamente mucho más compleja y lleva a plantearse si esos convenios arbitrales serían válidos, por ejemplo, sólo si la sede del arbitraje estuviera situada en un Estado Miembro de la UE para que los tribunales de ese Estado controlaran la aplicación del DUE como parte del orden público siguiendo la doctrina *Eco Swiss*. Véase el certero análisis de PASCHALIDIS, P.: “Chapter 14: Challenges under EU Law to the enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention”, en FACH GÓMEZ, K. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, K. (Eds.), *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Kluwer Law International, 2019, págs. 234-235.

(95) Véase Laudo de 23 de octubre de 2013, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10494.pdf>.

(96) Otra visión sobre la sentencia en GIL NIEVAS, R., “Beyond the Plain Reading of the *Komstroy* CJEU Decision: A Potential New Analysis of the CJEU’s Reasoning”, en *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 9, octubre-diciembre 2021.

(97) Véase Sentencia *Komstroy*, apartados 8-20.

(98) En ese *dictum* el TJUE también indica que el TCE sí aplica, sin embargo, en casos que impliquen a un Estado Miembro con un inversor de un tercer Estado (véase Sentencia *Komstroy*, apartado 65).

(99) Véase Sentencia *Komstroy*, apartado 28: “*Es cierto que, en principio, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar un acuerdo internacional por lo que se refiere a su aplicación en el marco de una controversia no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Así sucede, en particular, cuando esa controversia enfrenta a un inversor de un tercer Estado con otro tercer Estado*”.

(100) Véase el estudio de IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I. y ALONSO MOREDA, N., “Los laudos derivados de las controversias relativas a las inversiones en fuentes de energía renovables y el régimen de las ayudas estatales en la Unión Europea: A propósito del asunto *Antin c. España* y la decisión de la Comisión Europea de iniciar una investigación en profundidad”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 9, octubre-diciembre 2021, págs. 1-35, para las potenciales consecuencias de la sentencia *Komstroy* en el ámbito intra-europeo sobre laudos arbitrales condenatorios contra España, en el contexto del expediente de ayudas de Estado SA.54155 (2021/NN), *Laudo arbitral a Antin - España* (DO núm. C 450, de 5 de noviembre de 2021).

(101) Véase art. 99 del Reglamento de Procedimiento del TJUE (DO núm. L 265, de 29 de septiembre de 2012). Véase la solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica en virtud del art. 218.11 TFUE (Dictamen 1/20) sobre la compatibilidad del proyecto de TCE modernizado con los Tratados, especialmente los arts. 19 TUE y 344 TFUE (DO núm. C 53, de 15 de febrero de 2021). Por su lado, el *Svea Hovrätt* de Suecia retiró la petición de decisión prejudicial que había planteado el 10 de marzo de 2021 en el contexto de la acción de anulación del laudo dictado bajo el TCE en el asunto *Athena Investments A/S (antigua Greentech Energy Systems A/S), NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, NovEnergia II Italian Portfolio SA c. República Italiana* (caso SCC n.º V 2015/095) (DO núm. C 206, de 31 de mayo de 2021) cuyas tres preguntas se referían a la compatibilidad del arbitraje de inversiones intracomunitario bajo el TCE con el DUE; el TJUE cerró el asunto mediante orden de 8 de diciembre de 2021.

(102) Sentencia *Komstroy*, apartado 29.

(103) Finlandia, Hungría y Suecia (además del Consejo de la Unión Europea) defendían que el TJUE no era competente para interpretar el TCE en los términos de la cuestión prejudicial toda vez que entendían que el DUE no era aplicable al caso. El TJUE desestimó este argumento manifestando que tiene competencia para interpretar los actos adoptados por las instituciones de la UE, uno de los cuales es el TCE por ser la UE parte en el mismo (véase Sentencia *Komstroy*, apartados 21-27). Además, a nuestro juicio con acierto, el TJUE también justificó que resulta aplicable el TCE como DUE tanto en un caso de anulación de un laudo arbitral dictado en un procedimiento con sede en el territorio de un Estado Miembro (véase Sentencia *Komstroy*, apartados 31-32) como en el supuesto de que un inversor de un tercer Estado presente una reclamación ante los tribunales de un Estado Miembro contra ese mismo Estado de conformidad con el art. 26.2.a) TCE (apartado 31). El TJUE concluye afirmando que la elección de París como sede del arbitraje “*libremente efectuada por las partes, tiene como consecuencia que el Derecho francés resulte aplicable al litigio principal como lex fori en las condiciones y dentro de los límites previstos por ese Derecho. En particular, en virtud del artículo 1520 del Código de Enjuiciamiento Civil, los órganos jurisdiccionales franceses son competentes para conocer de los recursos de anulación interpuestos contra un laudo arbitral dictado en Francia por falta de competencia del tribunal arbitral*” (apartado 33).

(104) Sentencia *Komstroy*, apartado 40. Además de las partes, presentaron observaciones los Gobiernos de Alemania, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Países Bajos, Polonia y Suecia, así como el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea.

(105) Véase Sentencia *Komstroy*, apartado 41.

(106) Véase Sentencia *Komstroy*, apartado 42, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 32.

(107) Véase Sentencia *Komstroy*, apartado 43, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 33.

(108) Véase Sentencia *Komstroy*, apartados 45-46, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartados 35-37.

(109) Aunque aparece más tarde en el análisis, el TJUE entendió que, a pesar del carácter multilateral del TCE, en la práctica el art. 26 TCE regula las relaciones bilaterales entre dos Partes contratantes de manera análoga al art. 8 del tratado Países Bajos-Eslovaquia de la sentencia *Achmea* (Sentencia *Komstroy*, apartado 64, con cita de la sentencia *Achmea*, apartado 58).

(110) Véase Sentencia *Komstroy*, apartados 47-50.

(111) Véase Sentencia *Komstroy*, apartados 51-53, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartados 43, 46 y 49.

(112) Véase Sentencia *Komstroy*, apartados 54-56.

(113) Sentencia *Komstroy*, apartado 66.

(114) Véase Sentencia *Komstroy*, apartado 59, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 55. Para el TJUE el arbitraje comercial no queda exento de control alguno en materia de DUE, sino que el control ejercitado por los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros, aunque limitado, debe permitir “*que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia*” (Sentencia *Komstroy*, apartado 58, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 54). Véase, en este sentido, GÓMEZ JENE, M., “Arbitraje europeo: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13(2), 2021, págs. 745-753.

(115) Véase Sentencia *Komstroy*, apartado 60, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 56.

(116) Véase Sentencia *Komstroy*, apartado 61, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 57.

(117) Véase Sentencia *Komstroy*, apartados 62-63, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 58.

(118) Véase, por todos, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. Reino de España* (caso CIADI No. ARB/15/16), Laudo, 6 de septiembre de 2019, párrs. 480-490 y 508-513, disponible en http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/OnlineAwards/C4806/DS12832_En.pdf.

(119) Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2021, *Comisión/Polonia*, C-791/19 (ECLI:EU:C:2021:596), en resolución de un recurso por incumplimiento contra Polonia “*al no garantizar la independencia y la imparcialidad de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia*”, “*al permitir que el contenido de las resoluciones judiciales pueda ser calificado como infracción disciplinaria respecto a los jueces de los tribunales ordinarios*”, “*al atribuir al presidente de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo la facultad discrecional de designar al tribunal disciplinario de primera instancia competente en los asuntos relativos a los jueces de los tribunales ordinarios (...)* y, de ese modo, *no garantizar que conozca de tales asuntos el tribunal establecido por la ley*” y “*al no garantizar que los asuntos disciplinarios seguidos contra los jueces de los tribunales ordinarios se resuelvan en un plazo razonable (...)* y *al establecer que las actuaciones relativas a la designación de un defensor y la asunción de la defensa por parte de éste no tienen como efecto la suspensión del procedimiento disciplinario (...)* y *que el tribunal disciplinario debe dar curso al procedimiento aun en caso de incomparecencia justificada del juez inculcado que haya sido citado o de su defensor (...)* y, de ese modo, *no garantizar el respeto del derecho de defensa de los jueces de los tribunales ordinarios que hayan sido inculcados*”. En aplicación parcial de esta sentencia véase la Sentencia de 6 de octubre de 2021, *W. Z.*, asunto C-487/19 (ECLI:EU:C:2021:798).

(120) Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional de Polonia de 14 de julio de 2021, asunto *P 7/20* (DZIENNIK USTAW 2021 R. POZ. 1309)), declarando que las medidas provisionales adoptadas por el TJUE sobre la estructura de los órganos jurisdiccionales en Polonia eran incompatibles con la Constitución polaca; y de 7 de octubre de 2021, asunto *K 3/21* (DZIENNIK USTAW 2021 R. POZ. 1852), sobre la incompatibilidad de los arts. 1.1, 1.2, 2, 4.3 y 19.1.2 TUE con la misma Constitución.

(121) Véanse las Sentencias del TJUE (Pleno) de 16 de febrero de 2022, *Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea y Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-156/21 y C-157/21 (ECLI:EU:C:2022:97 y ECLI:EU:C:2022:98), desestimando sendos recursos de anulación contra el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (DO núm. L 433, de 22 de diciembre de 2020; corrección de errores, DO núm. L 373, de 21 de octubre de 2021).

(122) Véase de nuevo la Sentencia del TJUE de 15 de julio de 2021, *Comisión/Polonia*, C-791/19 (ECLI:EU:C:2021:596), en la que el TJUE declaró que Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 267 TFUE “*al permitir que la posibilidad de incoar un procedimiento disciplinario limite el derecho de los órganos jurisdiccionales a plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea peticiones de decisión prejudicial*”. Asimismo, véase la preocupación expresada en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de octubre de 2021, sobre la crisis del Estado de Derecho en Polonia y la primacía del Derecho de la Unión (2021/2935(RSP)): “[el Parlamento Europeo] [m]uestra su temor a que la resolución *K 3/21* [del Tribunal Constitucional polaco] *tenga un importante efecto disuasorio en los jueces polacos a la hora de hacer uso de sus prerrogativas en la aplicación del Derecho de la Unión; reitera su pleno apoyo a los jueces polacos que siguen aplicando la primacía del Derecho de la Unión y presentan peticiones de decisión judicial al TJUE, incluso después de dicha resolución, a pesar de los riesgos que esto supone para su carrera profesional, como la remoción de sus funciones jurisdiccionales, la destitución o la dimisión ‘forzosa’*”.

(123) Recordemos, además, que el art. 267 TFUE técnicamente solo *obliga* a plantear una cuestión prejudicial a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, mientras que los órganos jurisdiccionales de instancia *pueden* presentar una cuestión prejudicial si estiman necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. En este sentido, el TJUE ha recordado en la misma Sentencia *Komstroy* que “*en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida en el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión judicial que debe adoptarse apreciar, a la luz de las particularidades del litigio principal, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia*” (apartado 35).

(124) Transcribimos la declaración de Lituania en su totalidad:

“El Parlamento de la República de Lituania

señala que una regulación predecible, estable y clara del entorno empresarial es esencial para promover, facilitar y proteger las inversiones transfronterizas en el mercado interior de la Unión Europea;

manifiesta su preocupación por que la terminación de tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la Unión Europea, al excluir la posibilidad de que los inversores defiendan sus derechos vulnerados mediante el arbitraje internacional, pueda repercutir negativamente en materia de protección de los derechos de los inversores y el clima de inversión en la Unión Europea;

declara que es necesario reforzar la protección de las inversiones en la Unión Europea, mejorar el ejercicio de los derechos de los inversores en la Unión Europea y garantizar soluciones eficaces en el marco jurídico de la Unión Europea mediante la mejora de los instrumentos y sistemas existentes o la creación de otros nuevos, entre otros un sistema eficaz para la resolución de controversia sobre inversiones”. Publicada en la Resolución de 6 de octubre de 2021, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 24.2 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2021).

(125) Véase *Public Consultation Document. An Intra-EU Investment Protection and Facilitation Initiative*, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/2020-investment-protection-consultation-document_en.pdf.

(126) Sentencia *Komstroy*, apartado 68: “*Por consiguiente, es preciso comprobar, en primer lugar, si el crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad está comprendido en el concepto de ‘inversión’ a que se refiere el artículo 1, punto 6, párrafo primero, del TCE antes de comprobar en segundo lugar, en caso de que así sea, si esa inversión está relacionada con una actividad económica en el sector de la energía en el sentido del párrafo tercero de dicha disposición”.*

(127) Sentencia *Komstroy*, apartado 69.

(128) Sentencia *Komstroy*, apartado 70.

(129) Sentencia *Komstroy*, apartado 70.

(130) Véanse, por ejemplo, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria* (caso CIADI n.º ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párr. 125: “*As defined by Article 1(6) ECT, ‘Investment’ means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor’; and there follows a broad, non-exhaustive list of different kinds of assets encompassing virtually any right, property or interest in money or money’s worth*” (disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>); *Limited Liability Company AMTO c. Ucrania* (caso SCC 080/2005), Laudo Final de 26 de marzo de 2008, párr. 36: “*This definition of Investment has three parts: a wide definition (‘every kind of asset’) illustrated by a list of six types of rights*” (disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0030.pdf>); *Electrabel S.A. c. República de Hungría* (caso CIADI n.º ARB/07/19), Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, párr. 5.47: “*Article 1(6) ECT, read with Understanding IV, comprises a broad definition of investment as ‘every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor’. This definition is followed by an illustrative list of assets that fall within the definition of an investment*” (disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>); *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. Reino de España* (caso CIADI n.º ARB/15/20), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Decisión Parcial sobre *Quantum*, 19 de febrero de 2019, párr. 195: “*The references to shares in paragraph (b) is merely illustrative. It is part of what the chapeau of the sub-Article ‘includes’ The sub-Article’s principal formulation is: ‘every kind of asset, owned or controlled directly or*

indirectly by an Investor' ". (disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10692.pdf>). Apoya la tesis de la lista ilustrativa no exhaustiva BALTAG, C., *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*, Kluwer Law International, 2012, págs. 168-169.

(131) Sentencia *Komstroy*, apartado 71.

(132) El art. 1.6.1.f) TCE ejemplifica como inversión "*cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía*".

(133) Sentencia *Komstroy*, apartado 72.

(134) El art. 1.6.1.c) TCE ejemplifica como inversión "*créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión*".

(135) Sentencia *Komstroy*, apartados 73-79.

(136) Véase Sentencia *Komstroy*, apartados 80-82.

(137) Sentencia *Komstroy*, apartado 82.

(138) Véase Sentencia *Komstroy*, apartado 83.

No copyright found.