

**LA INCOMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA DEL
ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO PREVISTO EN TRATADOS BILATERALES
DE INVERSIÓN ENTRE ESTADOS MIEMBROS. COMENTARIO A LA
SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL ASUNTO ACHMEA, SU CONTEXTO E
IMPLICACIONES**

Por

XAVIER FERNÁNDEZ PONS
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Barcelona

xavierfernandez@ub.edu

Revista General de Derecho Europeo 46 (2018)

RESUMEN: Durante años han subsistido numerosos tratados bilaterales de inversión (TBI) entre Estados miembros de la UE, dando lugar, en virtud de sus cláusulas sobre arbitraje inversor-Estado, a que diversos litigios de inversores de la UE contra un Estado miembro hayan sido sustanciados ante tribunales arbitrales. La Comisión Europea y algunos Estados miembros han venido sosteniendo que tales TBI intra-UE y sus arbitrajes son incompatibles con el Derecho de la UE, pero los tribunales arbitrales rechazaron sus argumentos. Con su reciente sentencia en el asunto Achmea, el TJUE concluye, en contraposición a las conclusiones del Abogado General, que los arbitrajes inversor-Estado previstos en los TBI intra-UE son incompatibles con el Derecho de la UE, pues sustraen controversias relativas a la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico de la Unión del sistema jurisdiccional de la UE. Las implicaciones que la sentencia Achmea puede tener para los mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado previstos en otros tipos de tratados son controvertidas.

PALABRAS CLAVE: arbitraje inversor-Estado, tratados bilaterales de inversión, sistema jurisdiccional de la UE, cuestión prejudicial, autonomía del Derecho de la UE.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTEXTO: Los TBI intra-UE y la larga 'batalla' de la Comisión Europea contra los mismos. III. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS. IV. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL. V. SENTENCIA DEL TJUE. 1. Incompatibilidad de la cláusula de arbitraje inversor-Estado en los TBI intra-UE con los arts. 344 y 267 TFUE. 1.1. Los litigios entre un inversor de la UE y un Estado miembro ante un tribunal arbitral previsto en un TBI intra-UE son controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados. 1.2. Los tribunales arbitrales establecidos por un TBI intra-UE no son órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y no pueden remitir cuestiones prejudiciales al TJUE. 1.3. Los eventuales controles de los laudos de tribunales arbitrales inversor-Estado por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no son suficientes para preservar las competencias del TJUE y la interpretación uniforme del Derecho de la UE. 2. La sentencia no responde a la tercera cuestión prejudicial, sobre la posible incompatibilidad con el principio de no discriminación del art. 18 TFUE. VI. IMPLICACIONES. 1. Para el arbitraje inversor-Estado previsto en los TBI intra-UE y la (¿posible?) subsistencia de estos tratados. 2. Para el arbitraje inversor-Estado previsto en el Tratado sobre la Carta de la Energía. 3. Para el arbitraje inversor-Estado previsto en los TBI vigentes entre Estados miembros de la UE y terceros países. 4. Para el sistema

de solución de diferencias inversor-Estado previsto en el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG-CETA) con Canadá y otros acuerdos impulsados por la UE. VII. CONSIDERACIONES FINALES.

THE INCOMPATIBILITY WITH EUROPEAN UNION LAW OF THE INVESTOR-STATE ARBITRATION UNDER BILATERAL INVESTMENT TREATIES BETWEEN MEMBER STATES. A COMMENTARY ON THE ECJ JUDGMENT ON THE ACHMEA CASE, ITS CONTEXT AND IMPLICATIONS

ABSTRACT: For many years, numerous bilateral investment treaties (BITs) have subsisted between EU Member States, giving rise, by virtue of their investor-State arbitration clauses, to various disputes of EU investors against a Member State before arbitral tribunals. The European Commission and some Member States have been arguing that such intra-EU BITs and their arbitrations are incompatible with EU law, but arbitral tribunals rejected their arguments. With its recent judgment in the Achmea case, the ECJ concludes, in contrast to the opinion of the Advocate General, that such investor-State arbitrations provided for in intra-EU BITs are incompatible with EU law, as they remove disputes concerning the interpretation or application of the EU legal order from the jurisdictional system of the EU. The implications of the Achmea judgment for investor-State dispute settlement mechanisms included in other types of treaties are controversial.

KEYWORDS: investor-State arbitration, bilateral investment treaties, EU judicial system, preliminary rulings, autonomy of EU law.

Fecha de recepción: 25.09.2018

Fecha de aceptación: 16.10.2018

I. INTRODUCCIÓN ¹

La sentencia del TJUE en el asunto Achmea, dictada el 6 de marzo de 2018², ha merecido ya numerosos comentarios entre la doctrina, con división de opiniones³. No es

¹ Todos los sitios de Internet a los que se hace referencia en esta contribución han sido visitados por última vez el 15 de septiembre de 2018.

² Sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158.

³ *Vid.*, en otros: ARP, B., "Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV", *American Journal of International Law*, vol. 112-3, 2018, pp. 466-472; CALAMITA, R. M., "Sulla incompatibilità della 'clausola ISDS' degli 'intra-EU' BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea", *DPCE Online*, vol. 35-2, 2018, pp. 467-473, disponible en: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/543>; CIMIOTTA, E., "The First Ever Interpretative Preliminary Ruling Concerning the Validity of an International Agreement Between EU Member States: The Achmea Case", *European Papers*, vol. 3-1, 2018, pp. 337-344; DELGADO CASTELEIRO, A., "El fin de los TBI intra-UE: una breve reflexión sobre la sentencia Achmea", *Aquiescencia*, 8 de marzo de 2018, disponible en: <https://aquiescencia.net/2018/03/08/el-fin-de-los-tbi-intra-ue-una-breve-reflexion-sobre-la-sentencia-achmea/>; GÁSPÁR-SZILÁGYI, S., "It Is not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, Achmea BV", *European Papers*, vol. 3-1, 2018, pp. 357-373; GLINSKI, C., "Achmea and its Implications for Investor Dispute Settlement", *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, vol. 21-1, 2018, pp. 47-68; HESS, B., "The Fate of

para menos, pues se trata de una sentencia de gran relevancia jurídica, política y económica. Es el primer asunto en el que el TJUE se pronuncia sobre un tema polémico desde hace años: la compatibilidad con el Derecho de la UE del mecanismo de arbitraje inversor-Estado previsto en los tratados bilaterales de inversión (TBI)⁴ existentes entre los propios Estados miembros de la UE (TBI intra-UE).

Como se detallará más adelante, el origen del asunto está en una petición de decisión prejudicial presentada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Alemania), en el marco de un litigio entre la República Eslovaca y la empresa privada neerlandesa Achmea BV. Dicho litigio principal versa sobre un recurso para la anulación de un laudo arbitral emitido en virtud del sistema de solución de disputas inversor-Estado previsto en el TBI celebrado, en 1991, entre los Países Bajos y la entonces Checoslovaquia, mecanismo que arreglo de diferencias muy usual en los múltiples TBI celebrados, particularmente, desde los años noventa.

Llama la atención que las conclusiones del Abogado General, Melchior Wathelet, presentadas el 19 de septiembre de 2017⁵, y la sentencia del TJUE sean diametralmente opuestas. El primero defendió que tales TBI intra-UE y sus específicos mecanismos de arbitraje inversor-Estado son complementarios y plenamente compatibles con el Derecho de la UE. En cambio, la sentencia del TJUE declara, de manera contundente, que dichos

Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice”, *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law - Research Paper Series*, núm. 2018-3, pp. 3-20; HINDELANG, S., “The Limited Immediate Effects of CJEU’s Achmea Judgement”, *Verfassungsblog*, 9 de marzo de 2018, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3139185>; IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., “La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 60, 2018, pp. 1-15; MUNARI, F.; CELLERINO, C., “EU law is alive and healthy: the Achmea case and a happy good-bye to intra-EU bilateral investment treaties”, *Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) Blog*, 17 de abril de 2018, disponible en: <http://www.sidiblog.org/2018/04/17/eu-law-is-alive-and-healthy-the-achmea-case-and-a-happy-good-bye-to-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>; NAGY, C. I., “Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law after Achmea: Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back”, *German Law Journal*, vol. 19, 2018, pp. 981 y ss.; PINNA, A., “The Incompatibility of intra-EU BITs with European Union Law, annotation following ECJ, 6 March 2018, Case 284/16, Slovak Republic v. Achmea BV”, *Cahiers de l’arbitrage*, 2018, núm. 1, pp. 73 y ss.; SIMON, D., “L’arbitrage en matière d’investissement remis en cause par la Cour de justice? À propos de l’arrêt du 6 mars 2018, Achmea”, *Europe: actualité du droit communautaire*, vol. 28-5, 2018, pp. 5-9; y WUSCHKA, S., “Investment Protection and the EU after Achmea”, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, vol. 21-1, 2018, pp. 25-46.

⁴ En castellano se suelen utilizar, indistintamente, las expresiones tratados bilaterales de inversión (TBI) y acuerdos para la promoción y la protección recíproca de inversiones (APPRI). En esta contribución se opta por emplear generalmente el acrónimo TBI, al ser el utilizado a lo largo de la sentencia Achmea. *Vid.* FACH GÓMEZ, K., “Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones (APPRI)”, en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (Dir.), *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, Lima, 2011, pp. 56-58.

⁵ Conclusiones del Abogado General M. Wathelet, 19 de septiembre de 2017, Achmea, C-284/16, EU:C:2017:699.

arbitrajes intra-UE son incompatibles con la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE.

Esta disparidad de planteamientos ya se había evidenciado en las observaciones presentadas ante el TJUE en el marco de este procedimiento prejudicial, tanto en nombre de los Gobiernos de numerosos Estados miembros como de la Comisión Europea⁶. Posiciones como la del Abogado General, favorables a la compatibilidad de los TBI intra-UE y sus mecanismos de arbitraje inversor-Estado con el Derecho de la UE, fueron sustentadas, significativamente, por aquellos Estados miembros de la UE donde suelen tener su origen, principalmente, los inversores extranjeros, como Alemania, Francia o los Países Bajos⁷. Por el contrario, la sentencia del TJUE se sitúa en la línea mantenida por la Comisión Europea y por los Estados miembros de la UE que han venido siendo, más habitualmente, receptores de inversiones extranjeras y reclamados ante similares tribunales arbitrales, como la propia Eslovaquia, España, Italia, Polonia o la República Checa⁸.

La sentencia del TJUE en el asunto Achmea tiene evidentes consecuencias para el mecanismo de arbitraje inversor-Estado previsto en los TBI intra-UE y algunos analistas hablan, gráficamente, de su “death sentence”⁹ o de que dicho mecanismo ha sido “dinamitado”¹⁰.

Asimismo, hay un gran interés por las implicaciones que los argumentos del TJUE en el asunto Achmea pueden tener para otros supuestos de arbitraje inversor-Estado no basados en los TBI intra-UE, sino en otros tipos de tratados, como es el caso, especialmente, del Tratado sobre la Carta de la Energía¹¹. Este tratado internacional multilateral, adoptado en diciembre de 1994 y que entró en vigor en abril 1998, cuenta actualmente con cincuenta tres signatarios y partes contratantes, incluyendo a la UE,

⁶ La división en dos grupos es descrita en las conclusiones del Abogado General, *ibid.*, apdos. 34-41.

⁷ *Ibid.*, apdo. 34.

⁸ *Ibid.*, apdos. 35-41.

⁹ THYM, V. D., “The CJEU ruling in Achmea: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals”, 9 de marzo de 2018, disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html>

¹⁰ DE MIGUEL, B., “El Tribunal de la UE dinamita el sistema de arbitrajes temido por el Gobierno”, *El País - Cinco Días*, 6 de marzo de 2018, disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/03/06/companias/1520334347_728794.html

¹¹ Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, BOE de 17 de mayo de 1995. *Vid.* su versión consolidada y actualizada, a 15 de enero de 2016, en el sitio de Internet de la Secretaría de la Carta de la Energía: <https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>

Estados miembros de la UE (si bien Italia se retiró en 2016)¹² y otros países europeos y de otros continentes¹³. Como es notorio, el Tratado sobre la Carta de la Energía ha sido el instrumento invocado por numerosos inversores extranjeros (de la UE y de otros países) para reclamar contra España, por los llamados ‘recortes’ a las energías renovables, ante tribunales arbitrales del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI) y otros arbitrajes similares¹⁴. A España y otros Estados miembros de la UE demandados por inversores de la UE ante tribunales arbitrales en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía les interesa, obviamente, que los argumentos de la sentencia Achmea sean aplicables a los arbitrajes intra-UE establecidos en virtud de dicho Tratado, pues así también deberían ser considerados incompatibles con el Derecho de la UE. Esta posición ha sido avalada por una reciente comunicación, de 19 de julio de 2018, de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la “Protección de las inversiones intra-UE” y que, en buena medida, se dedica a extraer consecuencias jurídicas de la sentencia Achmea¹⁵.

También cumple interrogarse por las eventuales ramificaciones de los argumentos de la sentencia Achmea para los arbitrajes inversor-Estado previstos en los TBI celebrados por Estados miembros de la UE con terceros países o para los nuevos sistemas de solución de diferencias inversor-Estado contemplados en los recientes acuerdos sobre

¹² Secretaría de la Carta de la Energía, “Italy - 2016 withdrawal from the Energy Charter, withdrawal from the Energy Charter Treaty and Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects”, disponible en el sitio de Internet de la Secretaría de la Carta de la Energía: <https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>

¹³ Según los datos de la Secretaría de la Carta de la Energía, *loc. cit.* en nota 11.

¹⁴ Al respecto, *vid.*: IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los ‘recortes’ en el ámbito de las energías renovables”, *Diario La Ley*, núm. 9013, Sección Tribuna, 4 de julio de 2017; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9-2, 2017, pp. 666-676; FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 7-2, 2014, pp. 369-397; LÓPEZ ESCUDERO, M., “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *España y la práctica del Derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, Madrid, MAEC, 2014, pp. 223-265; PASCUAL VIVES, F., “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y Construction Investments c. España (Fondo)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68-2, 2016, pp. 369-377; y REQUENA CASANOVA, M., “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y Construction Investments c. España (Jurisdicción)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.68-2, 2016, pp. 359-367.

¹⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Protección de la inversión intra-UE”, COM(2018) 547 final, 19 de julio de 2018 (en lo sucesivo, comunicación de la Comisión Europea sobre “Protección de la inversión intra-UE”).

comercio e inversión impulsados por la propia UE con Canadá, mediante el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG-CETA), y otros países.

A la luz de las múltiples cuestiones planteadas por el asunto Achmea, esta contribución seguirá la siguiente sistemática: en primer lugar, se contextualizara el caso, aludiendo a los TBI intra-UE existentes y a la larga ‘batalla’ que la Comisión Europea ha mantenido contra su subsistencia; en segundo lugar, se detallarán el concreto supuesto de hecho del asunto Achmea y las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal alemán remitente al TJUE; seguidamente, se examinarán los principales argumentos del Abogado General y de la sentencia; a continuación, se abordarán las implicaciones de la jurisprudencia Achmea para el arbitraje inversor-Estado previsto en los TBIs intra-UE y para otros posibles supuestos de solución de disputas inversor-Estado en el marco de la UE.

II. CONTEXTO: LOS TBI INTRA-UE Y LA LARGA ‘BATALLA’ DE LA COMISIÓN EUROPEA CONTRA LOS MISMOS

Desde la década de los noventa se multiplicó la celebración de TBI entre muchos Estados de todo el mundo. Así, según datos de la UNCTAD, se han celebrado un total de 2.952 TBI, de los cuales están en vigor 2.358¹⁶. Algunos Estados miembros de la UE se lanzaron, particularmente, a la celebración de TBI con otros países, destacando las altas cifras alcanzadas por: la RFA (132), el Reino Unido (105), Francia (103), Luxemburgo (96), los Países Bajos (94), Bélgica (94), Italia (84) y España (79)¹⁷.

Cumple recordar que la Política Comercial Común se centró, en un principio, en el comercio internacional de mercancías con terceros países y no ha incluido la regulación de las inversiones extranjeras con terceros Estados hasta fechas relativamente recientes, con la reforma operada por el Tratado de Lisboa de 2007 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Actualmente, el art. 207.1 TFUE incluye, como competencia exclusiva de la UE dentro de su Política Comercial Común, “las inversiones extranjeras directas”¹⁸, pero antes de dicha reforma la regulación de las inversiones extranjeras

¹⁶ UNCTAD, “Investment Policy Hub - International Investment Agreements (IIAs)”, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ El preciso alcance de esta nueva competencia de la UE es controvertido, como ya analizó HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 52, 2015, pp. 871-907, y ha tenido que ser precisado, al menos en parte, por el TJUE en su dictamen 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur) de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376. Al respecto, *vid.*: DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 57, 2017, pp. 403-429; e IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., “Por fin un poco de luz en

directas con terceros países seguía siendo, esencialmente, una competencia nacional y por ello cada Estado miembro pudo celebrar, por su propia cuenta, numerosos TBI.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es ya la UE quien impulsa la celebración de nuevos tratados con previsiones sobre inversiones extranjeras con terceros países, habiéndose previsto, en virtud del Reglamento (UE) n° 1219/2012, de 12 de diciembre de 2012¹⁹, un régimen transitorio que permite la subsistencia de los TBI celebrados anteriormente por los Estados miembros con terceros países, hasta que sean reemplazados por un nuevo tratado celebrado por la UE y siempre que sus previsiones sean compatibles con el Derecho de la UE.

Este Reglamento prevé explícitamente que no se aplica a los TBI existentes entre dos Estados que sean miembros de la UE, dejando en el aire la situación jurídica de los mismos²⁰. Los TBI intra-UE suelen ser, en gran medida, TBI que Estados ya miembros de la UE en los años noventa y primeros 2000 celebraron con terceros países del centro y este de Europa (como Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Bulgaria, Rumanía...) antes de sus respectivas adhesiones a la UE en 2004, 2007... Interesa subrayar que entre dos Estados que ya fuesen a la sazón miembros de la UE (por ejemplo, entre Francia y España en los años noventa) nunca se celebraron TBI, ya fuese por considerar que ello era innecesario o bien incompatible con el Derecho de la UE. Ahora bien, esos TBI que Estados miembros celebraron con terceros países europeos antes de su adhesión a la UE no fueron explícitamente derogados en el momento de consumarse su ingreso a la UE y han venido subsistiendo en la práctica, hasta la actualidad, como 'reliquias' de la etapa anterior a la adhesión.

Se ha calculado que los TBI intra-UE vigentes son 196²¹. Aunque la mayoría se celebraron a partir de los años noventa, hay algunos más antiguos, como los concluidos por la RFA con Grecia en 1961, Italia con Malta en 1967 o la RFA con Portugal en 1980,

el farragoso debate competencial en el marco de los nuevos tratados de comercio e inversión de la Unión Europea (Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)", *La Ley Unión Europea*, vol. 50, 2017, pp. 1-19.

¹⁹ Reglamento (UE) n° 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 L 341, de 20 de diciembre de 2012, p. 40. Al respecto, *vid.* PASTOR PALOMAR, A., "La aplicación práctica del Reglamento (UE) n° 1219/2012 sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013.

²⁰ El indicado Reglamento (UE) n° 1219/2012, *loc. cit.* en nota 19, prevé, en su considerando 15, que este "Reglamento no debe aplicarse a los acuerdos de inversión entre los Estados miembros", y su art. 1.2 precisa que, a los efectos de dicho Reglamento, por "acuerdo bilateral de inversión" se entenderá "cualquier acuerdo con un tercer país que contenga disposiciones sobre protección de las inversiones".

²¹ Según se precisa en las conclusiones del Abogado General M. Wathelet, 19 de septiembre de 2017, Achmea, C-284/16, EU:C:2017:699, apdo. 3.

que, significativamente, no previeron ningún mecanismo de arbitraje inversor-Estado²², que sólo se expandió efectivamente en los años noventa²³.

La subsistencia de tantos TBI entre Estados miembros que ya quedan sujetos a las normas de la UE sobre el mercado único ha cobrado relieve, especialmente, cuando, como en el caso Achmea, inversores de la UE han cuestionado medidas adoptadas por algún Estado miembro, alegando que violaban las previsiones del TBI (como sus habituales preceptos sobre trato justo y equitativo o sobre expropiaciones indirectas) y han presentado reclamaciones ante un tribunal arbitral contemplado por tales tratados. Ello ha ocurrido en bastantes ocasiones²⁴, de modo que el arbitraje al que se refiere el asunto Achmea no es un caso singular.

Ante tales arbitrajes, los Estados miembros receptores de la inversión y reclamados por un inversor de la UE han tratado de defenderse con diversos argumentos. Entre ellos, han impugnado la jurisdicción del tribunal arbitral, alegando que el TBI que lo sustentaría o el propio funcionamiento del tribunal serían incompatibles con el Derecho de la UE. Sin embargo, los tribunales arbitrales, defendiendo su propia existencia, han desestimado reiteradamente tales argumentos y han acabado dictando sus laudos sobre el fondo del asunto²⁵.

Ante esta práctica, la Comisión Europea no ha permanecido inerte. En un principio, la Comisión Europea vio con buenos ojos la celebración de tales TBI de Estados miembros con terceros países europeos, pues era una forma de tender puentes con los mismos y favorecer la transición de muchos de ellos de una economía planificada a una economía de mercado²⁶. Ahora bien, tras consumarse la adhesión de esos países europeos a la UE, la Comisión Europea se ha venido mostrando contraria a la subsistencia de tales TBI, considerando incompatible, por ejemplo, que inversores de la UE puedan quedar sujetos a regímenes jurídicos distintos dentro de un mismo Estado miembro de la UE en función

²² Vid. UNCTAD, "Investment Policy Hub - International Investment Agreements - IAAs", disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

²³ Al respecto, vid. FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "Arbitraje inversor-Estado: De 'bella durmiente' a 'león en la jungla'", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013, pp. 1-27.

²⁴ En las conclusiones del Abogado General M. Wathelet, 19 de septiembre de 2017, Achmea, C-284/16, EU:C:2017:699, apdo. 44, se precisa que, según datos de la UNCTAD, se habían concluido 62 arbitrajes intra-UE, de los que los inversores han acabado venciendo en 10 casos.

²⁵ *Ibid.*, apdo. 3.

²⁶ *Ibid.*, apdo. 41. Nótese que el Abogado General M. Wathelet hace, a lo largo de sus conclusiones, numerosas referencias a los argumentos defendidos por la Comisión Europea, basándose, principalmente, en las observaciones escritas que ésta presentó en el marco del propio asunto Achmea.

de que su Estado miembro de origen haya celebrado o no un TBI con el Estado miembro receptor²⁷.

La Comisión Europea ha venido 'repudiando' los TBI intra-UE tanto desde un punto de vista sustantivo como procedimental. Desde el primer punto de vista, la Comisión Europea ha venido entendiendo que el Derecho de la UE ya establece un régimen completo en materia de regulación de las inversiones intra-UE (cubiertas, particularmente, por la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales) y que este régimen debe aplicarse uniformemente a todos los inversores de los Estados miembros, sin que algunos Estados miembros puedan mantener unos regímenes diferenciados en función de la subsistencia de ciertos TBI celebrados antes de su adhesión²⁸. Desde el punto de vista procedimental, la Comisión Europea también ha cuestionado la compatibilidad de los arbitrajes inversor-Estado fundados en tales TBI intra-UE con las competencias del TJUE para garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la UE, entendiendo que tales tribunales arbitrales quedan al margen, aislados, del diálogo a establecer entre tribunales internos y el TJUE mediante cuestiones prejudiciales²⁹.

La 'batalla' de la Comisión Europea contra la subsistencia de los TBI intra-UE se ha venido librando en varios frentes. Por ejemplo, en los indicados arbitrajes que inversores de la UE han incoado contra Estados miembros, la Comisión Europea ha acostumbrado a actuar como *amicus curiae*³⁰, tratando de apoyar, infructuosamente, las tesis del Estado reclamado al tratar de impugnar la jurisdicción de tales tribunales.

En algún supuesto, en que un Estado miembro reclamado ante un tribunal arbitral en virtud de un TBI intra-UE ha sido condenado a pagar una compensación al inversor reclamante, como en el caso Micula y otros c. Rumanía planteado por inversores suecos ante el CIADI³¹, la Comisión Europea ha llegado a decidir que el pago de tal compensación constituye una ayuda de Estado prohibida por el Derecho para la defensa de la competencia de la UE³². Este conflicto entre lo dispuesto por un laudo arbitral y lo

²⁷ *Ibid.*, apdo. 60.

²⁸ *Ibid.*, apdo. 179.

²⁹ *Ibid.*, apdos. 44 y 45.

³⁰ *Ibid.*, apdo. 3.

³¹ Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL y SC Multipack SRL v. Romania, ICSID Case nº ARB/05/20, Final Award, 11 de diciembre de 2013, disponible en el sitio de Internet de Italaw: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>. Este arbitraje se sustentó en el acuerdo entre Suecia y Rumanía sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones, que entró en vigor el 1 de abril de 2003, cuando Suecia ya era miembro de la UE (desde 1995) y Rumanía todavía no (pues ingresó en 2007).

³² Decisión (UE) nº 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,

decidido por la Comisión Europea ha acabado siendo llevado ante el TJUE en el asunto Micula y otros/Comisión, en el que los inversores suecos que recibieron la indicada compensación por Rumanía, en virtud del laudo arbitral, han presentado un recurso de anulación contra la decisión de la Comisión Europea que consideró que el pago de tal compensación es incompatible con el Derecho de la UE³³.

Asimismo, la Comisión Europea también ha venido instando a los Estados miembros a que den por terminados sus TBI intra-UE, llegando a iniciar, en junio de 2015, los trámites del recurso de incumplimiento contra algunos Estados miembros (como Rumanía, Suecia...) por estar manteniendo y aplicando tales TBI, estimando que ello supone una violación de sus obligaciones en virtud del Derecho de la UE³⁴. Mientras tanto, la Comisión Europea ha tenido un papel muy activo en el asunto Achmea, en el que ya se centrará la atención seguidamente.

III. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

Una vez contextualizado el caso, interesa detenerse en el supuesto de hecho del asunto Achmea y precisar cómo una controversia, planteada inicialmente entre un inversor privado neerlandés y Eslovaquia ante un tribunal arbitral, ha acabado llegando al TJUE.

Los Países Bajos, miembro fundador de las Comunidades Europeas, y Checoslovaquia, presidida tras la llamada Revolución de Terciopelo de 1989 por Václav Havel, firmaron un TBI el 29 de abril de 1991, que entró en vigor el 1 de octubre de 1992, siguiendo el típico modelo de los numerosos TBI celebrados en esos años³⁵. Poco

de 11 de diciembre de 2013 [notificada con el número C(2015) 2112], DO L 232, de 4 de septiembre de 2015, p. 43.

³³ Recurso interpuesto el 30 de noviembre de 2015, Micula/Comisión, T-694/15, DO C 38, de 1 de febrero de 2016, pp. 69-79, que figura como un asunto pendiente ante el TJUE.

³⁴ Comunicado de prensa de la Comisión Europea de 18 de junio de 2015: "La Comisión pide a los Estados miembros que pongan fin a sus tratados bilaterales de inversión intra-UE", http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_es.htm. La Comisión Europea precisó que había iniciado "procedimientos de infracción contra cinco Estados miembros" (Austria, Países Bajos, Rumanía, Eslovaquia y Suecia), dado que sus respectivos TBI intra-UE "han sido invocados en procedimientos de arbitraje y han dado lugar a problemas de compatibilidad con el Derecho de la UE", advirtiendo que también se había dirigido por escrito "a todos los otros 21 Estados miembros que mantienen tratados bilaterales de inversión intra-UE", constatando que, hasta entonces, únicamente dos Estados miembros, Irlanda e Italia, habían puesto fin a sus respectivos TBI intra-UE. Al respecto, *vid.* DAHLQUIST, J., HANNES LENK, H.; RÖNNELID, L., "The infringement proceedings over intra-EU investment treaties - An analysis of the case against Sweden", *Swedish Institute for European Policy Studies - European Policy Analysis*, issue 2016:4, pp. 1-12, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2749153>.

³⁵ El texto en inglés de este TBI, titulado Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, figura en el Investment Policy Hub de la UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2080>

después, el 1 de enero de 1993, se produjo la disolución de Checoslovaquia, que se escindió en la República Checa y la República Eslovaca (en lo sucesivo, Eslovaquia). Estos dos nuevos países se declararon sucesores de la antigua Checoslovaquia en tratados internacionales celebrados por aquélla, como el indicado TBI³⁶. El 1 de mayo de 2004, Eslovaquia (junto a la República Checa y otros ocho países) se adhirió a la UE. El TBI vigente entre los Países Bajos y Eslovaquia pasó, desde ese momento, a ser un TBI intra-UE, sin que entonces se cuestionara formalmente su subsistencia.

En ese mismo año 2004, Eslovaquia procedió a una reforma de su sistema sanitario, abriendo el mercado eslovaco a operadores nacionales y extranjeros que ofreciesen servicios de seguros sanitarios privados³⁷. Aprovechando dicha apertura, la empresa privada Achmea BV, inicialmente llamada Eureka BV y perteneciente a un grupo de seguros neerlandés, se estableció en Eslovaquia, donde constituyó una sociedad controlada (la Union Healthcare) mediante la cual empezó a comercializar seguros³⁸.

En 2006, se produjo un cambio de gobierno en Eslovaquia y sus nuevas autoridades decidieron revertir parcialmente la liberalización del mercado de seguros sanitarios. Entre las medidas aprobadas, se prohibió la distribución de los beneficios obtenidos en el sector de los seguros de enfermedad³⁹.

La empresa Achmea se consideró perjudicada por tales medidas. En principio, podría haberse limitado a presentar una reclamación contra las autoridades eslovacas ante sus propios tribunales internos. Así, en el año 2011, el Tribunal Constitucional de Eslovaquia acabó concluyendo que la indicada prohibición de distribuir beneficios era inconstitucional⁴⁰, evidenciando que los recursos internos pueden llegar a ser fructíferos.

Sin embargo, Achmea ya optó, desde octubre de 2008, por plantear su controversia con las autoridades eslovacas a la luz del citado TBI y ante el procedimiento arbitral previsto por el mismo⁴¹. Achmea alegó que las medidas revirtiendo parcialmente la liberalización de los seguros sanitarios violaban diversos preceptos del TBI, como los relativos al trato justo y equitativo, la compensación por expropiaciones directas o indirectas y la liberalización de pagos y transferencias de capitales (incluyendo

³⁶ Tal como se recuerda en las conclusiones del Abogado General M. Wathelet, 19 de septiembre de 2017, Achmea, C-284/16, EU:C:2017:699, apdo. 7.

³⁷ Este y otros datos del supuesto de hecho se extraen, esencialmente, de la detallada descripción del litigio principal y sus antecedentes contenida en las conclusiones del Abogado General M. Wathelet, 19 de septiembre de 2017, Achmea, C-284/16, EU:C:2017:699, apdos. 17-30.

³⁸ *Ibid.*, apdos. 17 y 18.

³⁹ *Ibid.*, apdo. 19.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, apdo. 20.

beneficios, intereses, dividendos...). Achmea reclamó una indemnización por daños y perjuicios de 65 millones de euros⁴². El procedimiento arbitral fue incoado por Achmea en virtud de la cláusula arbitral prevista en el art. 8 del TBI, que establece un mecanismo de arbitraje inversor-Estado típico de los TBI de la época.

El art. 8 del TBI prevé un tribunal arbitral *ad hoc*, sin contemplar la remisión del asunto a un tribunal arbitral del CIADI, que suele ser la institución arbitral preferida por los inversores extranjeros. Hay que tener en cuenta que, aunque los Países Bajos son miembros del CIADI desde sus inicios en 1966⁴³, Eslovaquia se adhirió al Convenio del CIADI en 1994, con posterioridad a la celebración del citado TBI de 1991⁴⁴.

Según el art. 8 del TBI, el tribunal arbitral establecido (con un miembro designado por el inversor reclamante, otro por el Estado receptor reclamado y el tercero por mutuo acuerdo de los dos primeros) debe determinar su propio procedimiento aplicando el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI-UNCITRAL. Los árbitros convinieron que las funciones de secretaría fuesen desempeñadas por el Tribunal Permanente de Arbitraje (TPA) y el lugar del arbitraje se fijó en Fráncfort del Meno (RFA)⁴⁵.

A tenor del art. 8.6 del TBI, el tribunal arbitral debe decidir en base a Derecho, teniendo en cuenta particularmente, aunque no exclusivamente: el Derecho en vigor en la Parte Contratante concernida; las previsiones del TBI y de cualesquiera otros acuerdos relevantes entre las partes; las previsiones de acuerdos especiales relativas a la inversión; y los principios generales del Derecho internacional. Se constata, por tanto, que el Derecho aplicable por el tribunal arbitral, como suele ser habitual en semejantes tribunales arbitrales, es muy amplio y no se limita a las previsiones del TBI, pudiendo haber aplicado normas de la UE en calidad de “Derecho en vigor” en Eslovaquia y de “otros acuerdos relevantes”.

Desde el inicio del procedimiento arbitral, Eslovaquia impugnó la competencia del tribunal arbitral⁴⁶. Desde un punto de vista substantivo, alegó que el TBI celebrado con los Países Bajos en 1991 regula las mismas materias que el TFUE, como la relativa a la libre transferencia de pagos y capitales, y debería considerarse inaplicable o terminado según lo previsto en los arts. 30 y 59 de la Convención de Viena de 1969 sobre el

⁴² *Ibid.*

⁴³ Los Países Bajos firmaron el Convenio del CIADI el 25 de mayo de 1966 y depositaron el instrumento de ratificación el 14 de septiembre de 1966, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966. *Vid.* CIADI, “Base de datos de Estados miembros del CIADI”, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>

⁴⁴ Eslovaquia firmó el Convenio del CIADI el 27 de septiembre de 1993 y depositó el instrumento de ratificación el 27 de mayo de 1994, entrando en vigor el 26 de junio de 1994. *Ibid.*

⁴⁵ Conclusiones del Abogado General M. Wathelet, 19 de septiembre de 2017, Achmea, C-284/16, EU:C:2017:699, apdo. 21.

⁴⁶ *Ibid.*, apdo. 22.

Derecho de los Tratados. Desde un punto de vista procedimental, Eslovaquia alegó que el arbitraje inversor-Estado previsto en el art. 8 del TBI también debería ser considerado incompatible con las competencias interpretativas del TJUE según el TFUE.

Sin embargo, el tribunal arbitral desestimó tales alegaciones de Eslovaquia y se consideró competente para entrar en el fondo del asunto, dictando su laudo definitivo el 7 de diciembre de 2012⁴⁷. El tribunal arbitral concluyó que algunas de las medidas de Eslovaquia habían violado, efectivamente, ciertos preceptos del TBI y que dicho Estado debía indemnizar a la empresa Achmea con 22,1 millones de euros, más intereses y costas⁴⁸.

Eslovaquia expresó su disconformidad con este laudo y trató de recurrirlo. Si bien en los arbitrajes del CIADI se prevé un recurso de anulación ante el propio CIADI⁴⁹, en un arbitraje como éste Eslovaquia presentó su recurso de anulación ante los tribunales internos del lugar del arbitraje, en este caso del Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno. Éste desestimó el recurso⁵⁰. Sucesivamente, Eslovaquia recurrió en casación ante el Tribunal Supremo Civil y Penal de la RFA⁵¹ (en adelante, Tribunal Supremo alemán o tribunal remitente).

Eslovaquia planteó que el laudo definitivo del tribunal arbitral debía ser anulado por la jurisdicción alemana a la luz de las previsiones del Código de Procedimiento Civil alemán, que contempla causas tasadas para la posible anulación de laudos arbitrales ante un tribunal estatal⁵². Concretamente, Eslovaquia alegó que la cláusula arbitral contenida en el art. 8 del TBI era inválida, por su incompatibilidad con tres preceptos del TFUE⁵³.

En primer lugar, el art. 18 TFUE, que en su párrafo 1 prevé que, “en el ámbito de aplicación de los Tratados”, se prohíbe “toda discriminación por razón de nacionalidad”, al entender que la posibilidad de servirse del arbitraje inversor-Estado confiere un trato privilegiado a los inversores de un Estado miembro de la UE cubiertos por un TBI intra-UE, del que no pueden beneficiarse los inversores de otros Estados miembros de la UE sin tal cobertura.

⁴⁷ Achmea BV v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case N° 2008-13 (formerly Eureko BV v. The Slovak Republic), Final Award, 7 de diciembre de 2012, disponible en el sitio de Internet de Itlaw: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>

⁴⁸ *Ibid.*, apdo. 352.

⁴⁹ Según lo previsto en el art. 52 del Convenio del CIADI.

⁵⁰ Como se detalla en las conclusiones del Abogado General M. Wathelet, 19 de septiembre de 2017, Achmea, C-284/16, EU:C:2017:699, apdo. 25.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, apdos. 26-28.

⁵³ *Ibid.*, apdo. 28.

En segundo lugar, el art. 267 TFUE, que regula las cuestiones prejudiciales a plantear por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros ante el TJUE, considerando que el tribunal arbitral activado por un inversor de la UE en virtud del TBI no está habilitado para plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE, pese a que un tribunal arbitral puede estar decidiendo sobre materias reguladas, al menos parcialmente, por el Derecho de la UE y que podrían requerir una exégesis por parte del TJUE, en ejercicio de las competencias que lo convierten en garante último de la interpretación uniforme del Derecho de la UE.

En tercer lugar, el art. 344 TFUE, a cuyo tenor los “Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”, al considerar que una controversia entre un inversor de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro se vincula a la interpretación o aplicación de los Tratados y no debería ser sustraída por los Estados miembros, como ocurre mediante el arbitraje inversor-Estado previsto en un TBI intra-UE, de los procedimientos de solución contemplados en los propios Tratados constitutivos.

El Tribunal Supremo alemán expresó que no compartía, en principio, estas alegaciones formuladas por Eslovaquia, pero consideró que se trataba de cuestiones relevantes y sobre las que interesaba que se pronunciase el TJUE⁵⁴. Así, suspendió el procedimiento y, mediante resolución de 3 de marzo de 2016, le planteó una petición de decisión prejudicial, formulando tres cuestiones, que, sintéticamente, interrogan sobre si los citados arts. 344, 267 y 18 TFUE se oponen a una cláusula de arbitraje inversor-Estado contenida en un TBI intra-UE⁵⁵.

IV. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

Teniendo en cuenta las numerosas observaciones escritas y orales presentadas ante el TJUE, el Abogado General presentó unas elaboradas conclusiones que, como se ha avanzado, defendieron la plena compatibilidad de una cláusula de arbitraje inversor-Estado contenida en un TBI intra-UE, como la del art. 8 del TBI entre los Países Bajos y Checoslovaquia, con el Derecho de la UE.

Estas conclusiones fueron polémicas y tres Estados miembros (Hungría, Polonia y República Checa, muy críticos con los arbitrajes inversor-Estado intra-UE) expresaron su

⁵⁴ *Ibid.*, apdo. 29.

⁵⁵ *Ibid.*, apdo. 30. La indicada resolución del tribunal remitente, de 3 de marzo de 2016, fue recibida en el TJUE el 23 de mayo de 2016. *Vid.* la petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 23 de mayo de 2016, República de Eslovaquia / Achmea BV, asunto C-284-16, DO C 296, de 16 de agosto de 2016, p. 19.

desacuerdo con las mismas y llegaron a solicitar al TJUE una reapertura de la fase oral⁵⁶. El TJUE desestimó tales solicitudes y recordó que, en cualquier caso, el TJUE “no está vinculado ni por las conclusiones del Abogado General ni por la motivación que éste desarrolla para llegar a las mismas”⁵⁷. Además, salvo esta mención, la sentencia del TJUE no contiene ninguna otra referencia a las conclusiones del Abogado General y sus argumentos se sitúan en las ‘antípodas’ de las mismas. Sin perjuicio de ello, se considera oportuno aludir aquí a algunas de las principales conclusiones del Abogado General.

Aunque las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente fueron de carácter esencialmente procedimental, al interrogar por la compatibilidad de la cláusula arbitral, el Abogado General abordó también cuestiones substantivas que plantea la existencia de los TBI intra-UE en su conjunto.

Para el Abogado General, la Comisión Europea se estaría equivocando cuando ha venido sosteniendo que los TBI intra-UE son incompatibles con el TFUE. Según las conclusiones del Abogado General, los TBI intra-UE serían generalmente compatibles con el Derecho de la UE y, salvo en alguna cuestión puntual, no tendrían por qué entrar en conflicto⁵⁸. Según el Abogado General, el Derecho de la UE se ocupa, obviamente, de las inversiones intra-UE, pero no establecería, como pretende la Comisión Europea, una “protección completa” en materia de inversiones⁵⁹. Así, si bien hay normas de la UE sobre la libertad de establecimiento o la libre circulación de capitales, los TBI intra-UE deberían ser vistos como tratados que complementan dichas previsiones con otro tipo de garantías no contempladas en la regulación del mercado único.

Cuando el Abogado General se centra en cuestiones procedimentales, se comprueba que su aprecio al régimen de los TBI no sólo se refiere a sus previsiones substantivas, sino que también se extiende al mecanismo de arbitraje inversor-Estado, al que elogia, entre otros motivos, por su rapidez⁶⁰. Partiendo de tales premisas, no extraña que el Abogado General se afane en tratar de justificar la plena compatibilidad de tal mecanismo previsto en los TBI intra-UE con el Derecho de la UE. Respondiendo a las tres cuestiones prejudiciales planteadas, en un orden inverso al que fueron formuladas por el tribunal remitente, el Abogado General considera que los arts. 18, 267 y 344 TFUE

⁵⁶ Tal como indica el TJUE en su sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, apdos. 24 y 25.

⁵⁷ *Ibid.*, apdo. 27.

⁵⁸ Conclusiones del Abogado General M. Wathelet, 19 de septiembre de 2017, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2017:699, apdo. 47 y apdos. 181 y ss.

⁵⁹ *Ibid.*, apdos. 179 y 194.

⁶⁰ *Ibid.*, apdo. 206.

no se oponen a una cláusula arbitral como la prevista en el art. 8 del TBI entre los Países Bajos y Checoslovaquia.

En cuanto al art. 18 TFUE, el Abogado General rechaza que se esté ante una discriminación por razón de nacionalidad prohibida “en el ámbito de aplicación de los Tratados”⁶¹, planteando, entre otros argumentos, que el arbitraje inversor-Estado no es una cuestión regulada por el TUE y el TFUE, sino que es un mecanismo previsto por los TBI, que iría más allá del “ámbito de aplicación de los Tratados”⁶².

Con respecto al art. 267 TFUE, el Abogado General estima que el mecanismo de arbitraje inversor-Estado en los TBI intra-UE es perfectamente compatible con las competencias prejudiciales del TJUE con un argumento original y sugerente. Según el Abogado General, los tribunales arbitrales establecidos en virtud de dichos TBI intra-UE deberían ser considerados como órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y, por tanto, deberían entenderse habilitados para plantear posibles cuestiones prejudiciales al TJUE⁶³. Este planteamiento del Abogado General no fue bien recibido, sin embargo, por algunos autores partidarios del arbitraje inversor-Estado, que consideraron que sería una “trampa” y restaría mucho atractivo a dicho mecanismo arbitral⁶⁴.

En fin, con respecto al art. 344 TFUE, el Abogado General considera que el arbitraje inversor-Estado previsto en un TBI intra-UE es compatible con el compromiso de los Estados miembros “a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”, con una cascada de argumentos.

Entre éstos, el Abogado General plantea que el objeto de las controversias entre un inversor de la UE y el Estado miembro receptor sobre un TBI no deberían ser calificadas como controversias “relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados”

⁶¹ *Ibid.*, apdos. 65 y ss.

⁶² *Ibid.* apdos. 199 y 205.

⁶³ *Ibid.*, apdo. 89. Cabe precisar que la idea de reconocer a los tribunales de arbitrajes inversor-Estado como órganos habilitados para remitir cuestiones prejudiciales al TJUE ya había sido planteada por VON PAPP, K., “Clash of ‘Autonomous Legal Orders’: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ”, *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 1039-1082.

⁶⁴ En tal sentido, *vid.*: DIMITROV, I., “Digesting the AG Wathelet Opinion in Case C-284/16 Slowakische Republik v. Achmea BV. Is it a Trap?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 7 octubre 2017, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/author/ivaylo-dimitrov/>; y PINNA, A., *op. cit.* en nota 3, p. 10, quien considera que la mejor alternativa para asegurar la compatibilidad de los tribunales de arbitraje inversor-Estado con el art. 267 TFUE no debería pasar por considerarlos como “órganos jurisdiccionales de los Estados miembros” habilitados para remitir cuestiones prejudiciales al TJUE, sino por dar a tales tribunales la misma consideración y tratamiento que el TJUE ha venido dando a los más tradicionales tribunales de arbitraje comercial entre particulares.

constitutivos, pues los tribunales arbitrales se centran en determinar si una medida del Estado receptor ha violado o no las previsiones de un TBI, que, obviamente, no es Derecho de la UE. Según el Abogado General, que un tribunal arbitral también deba tener en cuenta tangencialmente el Derecho de la UE, en tanto que Derecho aplicable a la controversia, no debería implicar que esa controversia sea calificable como “relativa” a los Tratados constitutivos, pues la competencia de los árbitros se limita a pronunciarse sobre si se ha violado o no una previsión de un TBI⁶⁵.

El Abogado General también argumenta, en última instancia, que los arbitrajes inversor-Estado basados en los TBI intra-UE tampoco impedirían que, finalmente, el TJUE pueda acabarse pronunciando sobre la aplicación e interpretación del Derecho de la UE que, en su caso, haya realizado un laudo, subrayando que los tribunales internos de los Estados miembros pueden conocer de recursos para la anulación de los laudos o para su reconocimiento y ejecución, en cuyo marco cabe plantear cuestiones prejudiciales, como ejemplificaría el propio caso *Achmea*⁶⁶.

V. SENTENCIA DEL TJUE

La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* se aproxima a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente de manera muy distinta a las indicadas conclusiones del Abogado General. La sentencia es mucho más breve y rehúye, en todo momento, entrar en el debate sobre la compatibilidad entre las previsiones substantivas de los TBI intra-UE y el Derecho de la UE, ciñendo su análisis a las cuestiones, esencialmente procedimentales, planteadas por el tribunal remitente.

Así, en la sentencia no hay ningún pronunciamiento sobre la polémica cuestión de si los TBI intra-UE, en cuanto tales y con sus previsiones sobre trato justo y equitativo o expropiaciones indirectas, son compatibles o no con el Derecho de la UE. La sentencia únicamente se refiere, como requirió el tribunal remitente, a si la concreta cláusula arbitral inversor-Estado contenida en tales TBI intra-UE es compatible o no con el Derecho de la UE.

1. Incompatibilidad con los arts. 344 y 267 TFUE

Mientras que el Abogado General decidió analizar las cuestiones prejudiciales por el orden inverso al que fueron planteadas por el tribunal remitente, empezando por la tercera, relativa al principio sobre no discriminación del art. 18 TFUE, la sentencia sí se

⁶⁵ *Ibid.*, apdos. 160-228.

⁶⁶ *Ibid.*, apdos. 229-272.

atiene al orden seguido por el tribunal remitente, si bien entiende que procede examinar las dos primeras cuestiones, relativas a los arts. 344 y 267 TFUE, “conjuntamente”⁶⁷.

El TJUE empieza recordando que en el art. 344 TFUE se recoge, en particular, el principio de la “autonomía del sistema jurídico de la Unión, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia”, al prever que los Estados miembros “se comprometen a no someter” las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados constitutivos “a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”⁶⁸.

El TJUE subraya que, para preservar la autonomía y las características específicas del ordenamiento jurídico de la UE, “los Tratados han creado un sistema jurisdiccional” que “incumbe” a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y al TJUE⁶⁹.

Según la sentencia, “la piedra angular” de tal sistema jurisdiccional es “el procedimiento de remisión prejudicial” contemplado en el art. 267 TFUE, que al “establecer un diálogo” entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y el TJUE “tiene como finalidad garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión”⁷⁰.

Al sentar estas premisas, el TJUE recuerda las singulares características del ordenamiento jurídico de la UE y cita su propia jurisprudencia considerando diversos procedimientos de solución externos a los previstos en los Tratados constitutivos, como la contenida, particularmente, en su dictamen 2/13 sobre la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 18 de diciembre de 2014⁷¹. Como es notorio, en este dictamen el TJUE consideró que el Proyecto de Acuerdo de Adhesión (PAA) de la UE al CEDH presentaba diversas incompatibilidades con los Tratados constitutivos, particularmente por vulnerar ciertas competencias del TJUE, encendiendo una viva polémica. Algunos autores han criticado el excesivo celo con que el TJUE, en dicho dictamen, trató de preservar no ya la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, sino una suerte de “autarquía”⁷².

En cualquier caso, entiendo que, aunque en la sentencia *Achmea* se contengan numerosas citas del indicado dictamen 2/13, éstas se refieren esencialmente a premisas

⁶⁷ Sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, apdo. 31.

⁶⁸ *Ibid.*, apdo. 32.

⁶⁹ *Ibid.*, apdos. 35 y 36.

⁷⁰ *Ibid.*, apdo. 37.

⁷¹ Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454.

⁷² Vid. EECKHOUT, P., “Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 38, 2015, pp. 955-992; y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 825-869.

muy generales y los contextos y supuestos de ambos casos son muy distintos. De este modo, estimo que muchas de las críticas vertidas contra el dictamen 2/13 no deberían extenderse a la sentencia *Achmea*⁷³.

El razonamiento del TJUE en la sentencia *Achmea* se basa en tres fundamentales argumentos, que se analizarán seguidamente: los litigios entre un inversor de la UE y un Estado miembro ante un tribunal arbitral previsto en un TBI intra-UE son controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados constitutivos; los tribunales arbitrales establecidos por un TBI intra-UE no son órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y, por consiguiente, no pueden remitir cuestiones prejudiciales al TJUE; y los eventuales controles de los laudos de tales tribunales arbitrales inversor-Estado por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no son suficientes para preservar las competencias del TJUE y la interpretación uniforme del Derecho de la UE.

1.1. Los litigios entre un inversor de la UE y un Estado miembro ante un tribunal arbitral previsto en un TBI intra-UE son controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados

Con el primer argumento se viene a afirmar que el ámbito de aplicación del art. 344 TFUE sí cubre controversias como las del litigio principal, entre una empresa privada neerlandesa, como es *Achmea*, y Eslovaquia. El Abogado General lo había negado, argumentando, en primer lugar, que el art. 344 TFUE sólo se refiere a controversias entre Estados miembros o entre Estados miembros y la UE, pero no entre un inversor privado y un Estado miembro. El TJUE no se dedica a desmentir explícitamente esta tesis del Abogado General, pero da por descontado que lo relevante a tenor de dicho precepto no es quiénes se estén enfrentando finalmente en el litigio principal, sino que sean dos Estados miembros los que, a través de un TBI, “se comprometen” a someter ciertas controversias a un determinado procedimiento de solución, en este caso al mecanismo de arbitraje inversor-Estado. Así, en un pasaje muy significativo, el TJUE subraya que tal arbitraje “resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales” ciertos litigios⁷⁴. Por tanto, unos litigios que, en principio, deberían ser enjuiciados por tribunales internos de los Estados miembros, les son sustraídos y sometidos a un procedimiento distinto en virtud de la cláusula arbitral pactada por los Estados en el TBI. Ciertamente, es el

⁷³ Hay algún analista que sí plantea, sin embargo, que, con su sentencia *Achmea*, el TJUE habría vuelto a mostrar una actitud de “imperialismo” judicial. *Vid.* LEE, J., “The Empire Strickes Back: Case Note on the CJEU Decision in *Slovak Republic v. Achmea BV*, March 6, 2018”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 11, 2018, pp. 137 y ss.

⁷⁴ Sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, apdo. 55.

inversor privado quien, finalmente, puede optar por servirse de dicha cláusula arbitral, pero ello se basa en el previo compromiso interestatal plasmado en el TBI.

En segundo lugar, el TJUE afirma que los litigios entre un inversor de la UE y un Estado miembro planteados ante tales arbitrajes sí son “controversias relativas a la aplicación e interpretación de los Tratados”⁷⁵. Como se ha visto, el Abogado General rechazó esta idea, pues partió de un umbral alto a la hora de determinar cuándo se está ante controversias “relativas a la interpretación y aplicación de los Tratados”, entendiendo que un litigio ante tales tribunales arbitrales se centra en determinar si se ha cumplido o no con el TBI, que no forma parte del Derecho de la UE, y sólo eventualmente aplica otras normas para llegar a la conclusión de si el TBI ha sido violado o no. En cambio, el TJUE baja el umbral, estimando que la expresión controversias “relativas” equivale a controversias que “pueden tener relación con la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión”⁷⁶, bastando con que el tribunal arbitral deba “tener en cuenta”, en su razonamiento para determinar si se ha violado o no el TBI, ciertas previsiones de la UE⁷⁷.

Como se ha visto, en el concreto TBI del litigio principal, su art. 8.6 hace referencia, dentro del Derecho aplicable, al “Derecho vigente de la Parte contratante afectada” y a “cualquier tratado pertinente entre las partes contratantes”, evidenciando que, a tales títulos, el tribunal arbitral “podrá verse obligado, en su caso, a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión”⁷⁸. Tal descripción ‘abierta’ del Derecho aplicable es muy habitual en los TBI. Ahora bien, el razonamiento del TJUE también es extensible a aquellos TBI que, eventualmente, tengan un listado más acotado del Derecho aplicable, centrado esencialmente en las propias previsiones del TBI. Así, aunque el TJUE tienda a ceñir su redacción al concreto supuesto del litigio principal, cabe entender que, en ciertos pasajes, asume que el Derecho de la UE puede ser relevante en un litigio entre un inversor de la UE y el Estado miembro receptor con independencia de que el TBI aluda explícitamente a la aplicación de otras fuentes del Derecho, pues tales litigios entran “en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”⁷⁹, al referirse a inversiones intra-UE contempladas, particularmente, bajo “la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales”⁸⁰. Además, los TBI son tratados internacionales entre ciertos Estados miembros de la UE, que difícilmente podrían pretender configurarse como circuitos

⁷⁵ *Ibid.*, apdos. 39-42.

⁷⁶ *Ibid.*, apdo. 39.

⁷⁷ *Ibid.*, apdo. 40.

⁷⁸ *Ibid.*, apdo. 42.

⁷⁹ *Ibid.*, apdo. 55.

⁸⁰ *Ibid.*, apdo. 42.

jurídicos cerrados y que, como el Derecho interno de los Estados miembros, quedan sujetos a la primacía del Derecho de la UE.

Aunque el TJUE no lo diga explícitamente, cabe entender que su argumentación sobre qué es una “controversia relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados”, según el art. 344 TFUE, podría resumirse, sucintamente, en que es toda controversia que entre en ámbitos de aplicación cubiertos por el Derecho de la UE y en la que normas de la UE sean, por lo menos, potencialmente aplicables⁸¹.

1.2. Los tribunales arbitrales establecidos por un TBI intra-UE no son órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y no pueden remitir cuestiones prejudiciales al TJUE

Mientras que, como se ha apuntado, el Abogado General arguyó prolijamente que los tribunales arbitrales establecidos por un TBI intra-UE pueden considerarse “órganos jurisdiccionales de los Estados miembros” y plantear, por consiguiente, cuestiones prejudiciales al TJUE, la sentencia lo rechaza por completo, de manera breve y contundente⁸².

Según el TJUE, tales tribunales arbitrales no constituyen un elemento del sistema judicial establecido en los Estados miembros, sino que son jurisdicciones de “carácter excepcional”⁸³, desvinculadas de los órganos judiciales de los Estados miembros. La sentencia subraya que esa excepcionalidad constituye, precisamente, una de las “principales razones de ser” de las cláusulas arbitrales previstas en los TBIs⁸⁴, tendentes a sustraer los litigios entre inversores extranjeros y el Estado receptor de los tribunales estatales.

Se echa en falta que el TJUE no precise, con mayor detenimiento, por qué tales tribunales arbitrales no reúnen los elementos propios que caracterizan a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a tenor del art. 267 TFUE y de la abundante

⁸¹ Algunas de las críticas a la sentencia *Achmea* se refieren, precisamente, a que el TJUE baje tanto el umbral al determinar qué es una “controversia relativa a la interpretación y aplicación de los Tratados”. En tal sentido, *vid.* IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., *op. cit.* en nota 3, p. 4, donde se estima que “el mero hecho de ‘tener en cuenta’ el Derecho de la UE no debería bastar para calificar” una controversia como “relativa” a los “Tratados” y se plantea, subiendo ese umbral, que debería requerirse, por lo menos, que a los tribunales arbitrales se les estuviesen atribuyendo competencias para “pronunciarse sobre infracciones del Derecho de la UE” o que “existiera una identidad material entre las normas del APPRI y las normas del ordenamiento jurídico de la Unión”, que pudiera condicionar la interpretación futura de normas de la UE.

⁸² Sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, apdos. 43-49.

⁸³ *Ibid.*, apdo. 45.

⁸⁴ *Ibid.*

jurisprudencia sobre la cuestión, pasando por alto muchos de los elementos que fueron analizados por el Abogado General.

El TJUE sí precisa, en cualquier caso, que los tribunales de arbitraje inversor-Estado previstos por los TBI no pueden ser asimilados a otros específicos supuestos de arbitraje que, según la jurisprudencia del TJUE, sí pueden llegar a considerarse “órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”. Es el caso del arbitraje previsto en la legislación portuguesa en materia tributaria, pues se consideró que éste constituye un “elemento del sistema de resolución jurisdiccional de litigios en el ámbito tributario previsto por la propia Constitución portuguesa”⁸⁵.

Asimismo, la sentencia puntualiza que un tribunal arbitral inversor-Estado previsto en un TBI, como el del litigio principal, tampoco podría ser considerado como un “órgano jurisdiccional común a varios Estados miembros”, comparable al Tribunal de Justicia del Benelux⁸⁶. Este último interviene, incidentalmente, en los procesos pendientes ante órganos judiciales nacionales a fin de asegurar la interpretación uniforme de las normas jurídicas comunes a los tres Estados del Benelux, insertándose claramente en los sistemas jurisdiccionales de esos tres países miembros, mientras que semejante vinculación no se da en el caso de los arbitrajes inversor-Estado.

La sentencia concluye, pues, que un tribunal arbitral inversor-Estado como el establecido en el art. 8 del TBI entre los Países Bajos y Eslovaquia no puede calificarse como un “órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros” en el sentido del art. 267 TFUE y “no está facultado por tanto para solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia”⁸⁷.

Cabe entender que esta conclusión es extensible a cualquier tribunal inversor-Estado previsto en TBI intra-UE, como los establecidos, particularmente, en el seno del CIADI, cuya composición, funcionamiento y efectos de sus laudos acentúan su desvinculación o ‘aislamiento’ de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros.

Por tanto, mediante los TBI intra-UE, los Estados miembros están sustrayendo ciertas controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados de la competencia de sus propios tribunales internos y las someten a unos tribunales arbitrales ajenos al sistema jurisdiccional de la UE y que, llegado el caso, no podrán plantear cuestiones prejudiciales al TJUE.

⁸⁵ *Ibid.*, apdo. 44, donde se hace referencia a la sentencia del TJUE de 12 de junio de 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754, apdos. 25 y 26.

⁸⁶ Sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, apdos. 47-48.

⁸⁷ *Ibid.*, apdo. 49.

En este sentido, es significativo que, aunque el Abogado General desarrollase la original tesis de que tales tribunales arbitrales inversor-Estado sí podrían plantear cuestiones prejudiciales al TJUE, dichos tribunales, como se ha visto, se han venido negando reiteradamente en la práctica a tratar de plantear tales cuestiones, evidenciando que ni ellos mismos se han concebido como “órganos jurisdiccionales de uno de los Estados miembros” sujetos al procedimiento prejudicial ante el TJUE, prefiriendo ser considerados, en su caso, como los tribunales del tradicional arbitraje comercial entre particulares, que no están facultados para solicitar una decisión prejudicial al TJUE.

1.3. Los eventuales controles de los laudos de tribunales arbitrales inversor-Estado por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no son suficientes para preservar las competencias del TJUE y la interpretación uniforme del Derecho de la UE

La argumentación de la sentencia se cierra evaluando si los controles de los laudos de los tribunales arbitrales inversor-Estado que, en su caso, pueden ejercer los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (al pronunciarse sobre eventuales recursos de anulación o en el reconocimiento y ejecución de los mismos) pueden acabar garantizando que las cuestiones relativas al Derecho de la UE, que pudiera tener que tratar el tribunal arbitral, sean sometidas, *a posteriori*, al TJUE.

Como se ha visto, el Abogado General, también se planteó esta posible alternativa y consideró que, en muchos supuestos, tales controles por los tribunales estatales son suficientes para preservar las competencias del TJUE y la interpretación uniforme del Derecho de la UE, siendo la solución que se aplica al tradicional arbitraje comercial.

En cambio, el TJUE descarta dicha alternativa⁸⁸. Ciertamente, en el litigio principal, el control judicial del laudo arbitral por los tribunales alemanes, por ser el lugar escogido como sede del arbitraje, es el que ha posibilitado el planteamiento de la cuestión prejudicial, pero el TJUE constata que el alcance de los controles de los laudos arbitrales a ejercer por los tribunales internos de los Estados depende de lo que prevea la legislación interna de cada país, pudiendo ser más o menos amplios. En el caso alemán, como es usual en muchos países, son controles limitados, ceñidos a verificar la validez del convenio de arbitraje o si se respeta el orden público al reconocer o ejecutar el laudo arbitral. Por tanto, no son controles equivalentes a una suerte de ‘apelación’, donde cabría pronunciarse sobre todas las cuestiones de hecho y Derecho que han sido discutidas en el arbitraje.

⁸⁸ *Ibid.*, apdos. 50-55.

De este modo, puede haber algunas cuestiones sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE, suscitadas en el contexto de un arbitraje inversor-Estado, que ya no puedan ser abordadas en el marco de los controles judiciales a ejercer por los tribunales estatales, impidiendo que el TJUE se acabe pronunciando sobre las mismas mediante una cuestión prejudicial.

Según el TJUE, que sólo haya unos controles judiciales limitados con respecto al tradicional arbitraje comercial es admisible⁸⁹, pero no lo es para un arbitraje inversor-Estado como el del litigio principal, pues ambos tipos de arbitraje son muy distintos. El primero se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, mientras que el segundo se fundamenta en un tratado internacional, por el que los Estados miembros están sustrayendo el conocimiento de ciertas controversias a sus tribunales internos y al TJUE⁹⁰.

Interesa subrayar que, aunque el TJUE centre su análisis en un tribunal arbitral como el contemplado en el litigio principal, los posibles controles a ejercer por tribunales internos podrían ser menores en otros tribunales inversor-Estado, como los establecidos según el Convenio del CIADI, cuyas previsiones excluyen posibles recursos a nivel interno contra sus laudos. Además, no es descartable que se acabe acordando el lugar del arbitraje en aquel Estado miembro que, en su caso, menos controles permita a sus tribunales internos o incluso en un país tercero, como los Estados Unidos, completamente ajeno al sistema jurisdiccional de la UE.

Para algún autor, el TJUE podría haber sido más medurado y considerar compatibles aquellos arbitrajes inversor-Estado que, como el planteado en el litigio principal, posibilitan unos notables controles por los tribunales internos, abriéndoles la puerta a

⁸⁹ Según el TJUE, las exigencias de eficacia del arbitraje comercial justifican que el control de los laudos arbitrales por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueda tener un carácter limitado, "siempre que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control" y puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial. *Vid.*, en este sentido, las sentencias de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, apdos. 35, 36 y 40, y de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, apdos. 34 a 39.

⁹⁰ Sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, apdo. 55. Esta distinción entre el trato dado por el TJUE al arbitraje comercial y al arbitraje inversor-Estado es cuestionada por IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., *op. cit.* en nota 3, p. 6. Además, también habría que tener en cuenta que, en algunas ocasiones, el arbitraje inversor-Estado no tiene su fundamento en una cláusula arbitral contenida en un TBI, sino en un contrato celebrado directamente entre el inversor extranjero y el Estado receptor, que lo acercaría más a la figura del arbitraje comercial. En cualquier caso, cabe entender que, aunque la sentencia *Achmea* no se refiera al arbitraje inversor-Estado de base contractual, su línea argumental llevar a concluir que un Estado miembro tampoco puede sustraer sus litigios con un inversor de un Estado miembro de la UE del sistema jurisdiccional de la UE por vía contractual.

remitir cuestiones prejudiciales al TJUE, y ‘condenar’ únicamente aquellos otros arbitrajes inversor-Estado que excluyan o limiten mucho tales controles⁹¹.

Pero el TJUE no se conforma con controles limitados y es contundente al concluir que, mediante la celebración de un TBI entre dos Estados miembros, éstos “han establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro” que, siendo un mecanismo ajeno al sistema jurisdiccional de la UE, “puede impedir que dichos litigios sean dirimidos, a pesar de que pudieran referirse a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, de modo que se garantice la plena eficacia de ese Derecho”⁹². En otras palabras, la sentencia viene a concluir que, con estos mecanismos arbitrales, los Estados miembros están sustrayendo, casi se podría decir ‘desviando’, casos de la competencia de sus propios tribunales y el TJUE.

Llegados a este punto, el TJUE considera, dentro de su argumentación, que un arbitraje inversor-Estado previsto por un TBI intra-UE, como el planteado en el litigio principal, no sólo es incompatible con los arts. 344 y 267 TFUE, por los que le preguntó explícitamente el tribunal remitente, sino que también es contrario al art. 19.1 TUE (donde se prevé que el TJUE “garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados” y que los Estados miembros “establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”), al principio de “cooperación leal”, recogido en el art. 4.3 TUE⁹³, y “vulnera la autonomía del Derecho de la Unión”⁹⁴.

2. La sentencia no responde a la tercera cuestión prejudicial, sobre la posible incompatibilidad con el principio de no discriminación del art. 18 TFUE

Habida cuenta de las respuestas dadas a las dos primeras cuestiones prejudiciales, el TJUE no responde a la tercera cuestión, sobre la compatibilidad de la cláusula arbitral prevista en el TBI intra-UE con el principio de no discriminación del art. 18 TFUE, que el Abogado General había analizado en primer lugar y detenidamente⁹⁵.

Es comprensible que el principio de economía procesal justifique que, una vez declarada la incompatibilidad de la comentada cláusula arbitral con ciertos preceptos de

⁹¹ En tal sentido, *vid.* HESS, B., *op. cit.* en nota 3, pp. 11-12.

⁹² Sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, apdo. 56.

⁹³ Cuyo párrafo primero prevé que: “Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados”.

⁹⁴ Sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, apdos. 58 y 59.

⁹⁵ *Ibid.*, apdo. 61. El TJUE se limita a afirmar que, “habida cuenta de las respuestas dadas a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, no procede responder a la tercera cuestión”.

los Tratados constitutivos, no se requiera examinar, adicionalmente, su posible incompatibilidad con esta otra previsión.

Sin perjuicio de ello, cabe considerar que un pronunciamiento del TJUE sobre el principio de no discriminación del art. 18 TFUE hubiese sido de gran interés. De haber analizado si la inclusión de una cláusula arbitral en un TBI intra-UE, que pone a disposición de los inversores de un determinado Estado miembro un mecanismo que no está al alcance de los inversores de otros Estados miembros, es discriminatoria, el TJUE se habría pronunciado sobre una cuestión que seguiría siendo, en sí misma, procedimental, pero que estaría ligada, inescindiblemente, a cuestiones sustantivas, sobre la compatibilidad de las previsiones materiales de los TBI intra-UE con el Derecho de la UE.

Así, si el TJUE hubiese estimado, a diferencia de lo sostenido por el Abogado General e inclinándose por el criterio de la Comisión Europea y de las observaciones de algunos de los Estados miembros, que tales cláusulas arbitrales suponen, efectivamente, una discriminación contraria al TFUE, tal conclusión hubiese sido extrapolable a las diversas previsiones sustantivas contempladas en los TBI intra-UE, que confieren ciertas garantías a los inversores de un Estado miembro cubiertos por el TBI, como el trato justo o equitativo o la compensación por expropiaciones indirectas, con que no cuentan, en principio, inversores de Estados miembros de la UE no cubiertos por un TBI.

Como se ha visto, mientras que las conclusiones del Abogado General se adentraron en aspectos sustantivos, el TJUE parece haber procurado evitar cualquier pronunciamiento sobre cuestiones sustantivas, rehuendo en su argumentación cualquier aproximación, directa o indirecta, a las mismas.

VI. IMPLICACIONES

La sentencia del TJUE en el asunto Achmea ha supuesto, desde la específica perspectiva del litigio principal, una gran victoria para el Gobierno de Eslovaquia, tras años de pleitos en diversos foros. A la luz de esta decisión prejudicial, corresponde al tribunal alemán remitente estimar el recurso de anulación presentado por dicho Gobierno contra el laudo arbitral que le condenaba a pagar más de 22 millones de euros a la inversora neerlandesa, concluyendo que la cláusula arbitral del TBI que fundamentó dicho arbitraje es inválida⁹⁶.

En cualquier caso, las implicaciones de la sentencia Achmea son mucho mayores, pues la argumentación del TJUE no sólo es aplicable a la concreta cláusula arbitral

⁹⁶ Como es notorio, la interpretación dada por el TJUE en una decisión prejudicial es vinculante para el tribunal nacional a fin de resolver el litigio principal. *Vid.*, en tal sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apdo. 29 y la jurisprudencia allí citada.

contenida en el TBI celebrado, en su momento, por los Países Bajos y Checoslovaquia, sino que cubre, claramente, cualquier cláusula de arbitraje-inversor Estado contenida en los numerosos TBI intra-UE existentes, siendo también una importante victoria para la Comisión Europea y aquellos Estados miembros que se alinearon con ésta y Eslovaquia.

A continuación, se examinarán las consecuencias que la sentencia Achmea tiene para el conjunto de los arbitrajes basados en dichas cláusulas, así como para la (¿posible?) subsistencia de los TBI intra-UE, teniendo en cuenta, particularmente, la citada comunicación que ha emitido la Comisión Europea sobre “Protección de la inversión intra-UE” en julio de 2018.

Posteriormente, se evaluarán las implicaciones que la argumentación del TJUE en el asunto Achmea puede tener para los mecanismos de solución de disputas inversor-Estado previstos en otros tipos de tratados internacionales.

1. Para el arbitraje inversor-Estado previsto en los TBI intra-UE y la (¿posible?) subsistencia de estos tratados

A la luz de la sentencia Achmea, la Comisión Europea estima que “todas las cláusulas arbitrales” inversor-Estado en los TBI intra-UE “son inaplicables y que todo tribunal arbitral establecido sobre la base de estas cláusulas carece de jurisdicción, dada la ausencia de un acuerdo de arbitraje válido”⁹⁷. Por consiguiente, “los tribunales nacionales tienen la obligación de anular cualquier laudo arbitral dictado sobre esta base y deben rehusar aplicarlo”⁹⁸.

Las consecuencias de lo declarado por el TJUE en la sentencia Achmea alcanzan pues, según la Comisión Europea, a laudos ya dictados y a procedimientos pendientes o futuros. Es significativo, por ejemplo, que en un litigio que enfrenta a la empresa británica Gabriel Resources (Jersey) Ltd. contra Rumanía, basado en el TBI celebrado entre el Reino Unido y Rumanía en 1995⁹⁹ y conocido por un tribunal arbitral del CIADI, los abogados del Gobierno rumano hayan presentado, poco después de conocida la sentencia Achmea, una objeción preliminar adicional, argumentando que, tras esta

⁹⁷ Comunicación de la Comisión Europea sobre “Protección de la inversión intra-UE”, *loc. cit.* en nota 15, p. 4.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Acuerdo entre el Reino Unido y Rumanía para la promoción y la protección recíproca de inversiones, de 13 de julio de 1995, que entró en vigor el 10 de enero de 1996. *Vid.* UNCTAD, “Investment Policy Hub - International Investment Agreements”, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2218>

sentencia del TJUE, es indudable que dicho tribunal arbitral carece de jurisdicción para tal reclamación¹⁰⁰.

Cumple reconocer que el mecanismo de arbitraje inversor-Estado ha sido, hasta la sentencia *Achmea*, un elemento fundamental de los TBI intra-UE, que contribuía decisivamente a que fuesen tratados internacionales ‘con dientes’. Por tanto, la declarada incompatibilidad del mecanismo de arbitraje inversor-Estado previsto en dichos tratados implica, como mínimo, una precaria subsistencia de los mismos.

Ahora bien, como se ha visto, la sentencia *Achmea* deja en el aire si la existencia de tales TBI intra-UE en cuanto tal o, por lo menos, de buena parte de sus previsiones substantivas son compatibles con el Derecho de la UE.

De entrada, cabe plantear la hipótesis de que, sirviéndose de ese silencio de la sentencia *Achmea*, los TBI intra-UE podrían seguir existiendo y sus previsiones substantivas podrían seguir invocándose, en teoría, por un inversor ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro receptor, en la medida en que el TBI forme parte de su ordenamiento interno y se considere de aplicación directa¹⁰¹. En caso de que, ante dichos tribunales internos, se plantease alguna duda sobre la interpretación o aplicación del Derecho de la UE al hilo de la aplicación del TBI, tales órganos jurisdiccionales internos podrían o deberían, si se trata de tribunales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, plantear una cuestión prejudicial al TJUE.

En cualquier caso, la Comisión Europea, en su citada comunicación de julio de 2018, ha tratado de ‘suplir’ el silencio de la sentencia *Achmea* sobre los aspectos substantivos del tema y ha subrayado que, más allá de las cuestiones procedimentales, “siempre ha considerado que los TBI intra-UE son incompatibles con la legislación de la Unión”¹⁰². Mientras que el TJUE evitó pronunciarse sobre la posible violación del principio de no discriminación del art. 18 TFUE, al no responder a la cuestión sobre dicho precepto que le había planteado el tribunal alemán remitente, la Comisión Europea afirma, con rotundidad, que los TBI intra-UE solamente otorgan derechos a los inversores de los dos Estados miembros de que se trate, “lo que supone un conflicto con el principio de no

¹⁰⁰ *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) Ltd. v. Romania*, ICSID Case n° ARB/15/31, The Respondent’s Additional Preliminary Objection, 25 de mayo de 2018, disponible en el sitio de Internet de Itlaw: <https://www.itlaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9752.pdf>

¹⁰¹ Por ejemplo, recuérdese que, en España, según lo previsto en el art. 30.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE de 28 de noviembre de 2014) sobre “Ejecución”: “Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”.

¹⁰² Comunicación de la Comisión Europea sobre “Protección de la inversión intra-UE”, *loc. cit.* en nota 15, p. 2.

discriminación entre los inversores de la UE en el mercado único que consagra el Derecho de la UE”¹⁰³.

Así pues, según la Comisión Europea, no se está sólo ante la cuestión procedimental de que no se pueda recurrir a los tribunales arbitrales previstos por los TBI intra-UE, sino que tales tratados, en cuanto tales, “son incompatibles con el Derecho de la Unión y ya no son necesarios en el mercado único”, de modo que los inversores de la UE “no pueden invocar los TBI intra-UE” ante ninguna instancia¹⁰⁴. Por tanto, la hipótesis que antes se ha planteado, imaginando a un inversor de la UE que pudiera tratar de seguir invocando un TBI intra-UE ante los tribunales internos del Estado miembro receptor, es descartada totalmente por la Comisión Europea.

Según la Comisión Europea, los TBI intra-UE no sólo deben dejar de aplicarse, dada su “incompatibilidad incontestable con el Derecho de la UE”¹⁰⁵, sino que, por seguridad jurídica, los Estados miembros “están obligados a poner fin” a los mismos¹⁰⁶. Es más, a raíz de la sentencia *Achmea*, la Comisión Europea ha intensificado su campaña para que los Estados miembros den por terminados tales tratados, advirtiendo explícitamente que “controlará los avances” y que, en caso necesario, “podrá decidir iniciar procedimientos de infracción”¹⁰⁷.

Se evidencia, pues, el total contraste entre las elogiosas consideraciones del Abogado General Wathelet sobre los TBI intra-UE y el planteamiento de la Comisión Europea, que viene a concebirlos como vestigios de períodos pre-adhesión a borrar completamente del mapa.

Ahora bien, la desaparición de los TBI intra-UE puede inquietar a ciertos inversores de la UE, que hasta ahora habían confiando en sus previsiones y sus mecanismos de arbitraje cuando invertían en algunos Estados miembros. También pueden compartir esta inquietud aquellos Estados miembros que, como se puso de relieve con las observaciones que presentaron ante el TJUE en el asunto *Achmea*, se habían sentido cómodos con la subsistencia de los TBI intra-UE y suelen ser el país de origen de muchos inversores.

Para tratar de disipar tales inquietudes, la Comisión Europea dedica la mayor parte de su reciente comunicación sobre “Protección de la inversión intra-UE” a explicar que tales inversiones intra-UE ya gozan de amplias garantías substantivas y procedimentales en virtud del Derecho de la UE, y destaca, entre otras, las medidas impulsadas para apoyar

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 3.

la independencia, la calidad y la eficiencia de los sistemas judiciales nacionales, que deben actuar como “tribunales de la UE” y dialogar con el TJUE mediante las cuestiones prejudiciales¹⁰⁸.

Sin perjuicio de todo ello, cabe advertir que algunos inversores de la UE, que quieran aferrarse a las previsiones de los TBI intra-UE y sus mecanismos de arbitraje, podrían tratar de servirse de ciertas ‘estrategias’.

Como se avanzó, no es descartable que la sede de arbitrajes basados en un TBI intra-UE (mientras no se los dé por definitivamente terminados) se establezca en un tercer país, esperando que ni en el tribunal arbitral ni en los eventuales controles por tribunales internos se sientan concernidos por la sentencia Achmea o por el Derecho de la UE en general, entendiéndolos como elementos ajenos a su jurisdicción. Ciertamente, el hipotético laudo favorable que pueda obtener un inversor de la UE en tales foros no podría ser ejecutado en los Estados miembros de la UE, pero los inversores de la UE podrían tratar de embargar bienes del Estado receptor y ‘condenado’ situados en terceros países y susceptibles de ejecución.

Aunque es imprevisible lo que ciertos arbitrajes y tribunales de terceros países puedan llegar concluir en tales supuestos, cabe estimar que lo correcto sería que semejantes arbitrajes, pese a desarrollarse fuera de los Estados miembros de la UE, tengan debidamente en cuenta que el Derecho aplicable por los mismos no se limita a los preceptos del TBI.

Como se ha visto, es habitual que los propios TBI contemplen como Derecho aplicable por los tribunales arbitrales, además de sus propias previsiones, el Derecho del Estado receptor, otros tratados internacionales vigentes entre las partes y principios generales del Derecho internacional. El propio Convenio del CIADI contempla que, a falta de acuerdo, el tribunal arbitral “aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia [...] y aquellas normas de Derecho internacional que pudieran ser aplicables”¹⁰⁹.

Por tanto, un tribunal arbitral, aunque tenga su sede fuera de la UE, no debería abstraerse de lo previsto por el Derecho de la UE y zanjado por la sentencia Achmea, que rige, obviamente, en el Estado miembro receptor reclamado por un inversor de la UE. Un tribunal arbitral no debería actuar como un caballo con anteojeras que no puede ver a sus lados y aplicar las previsiones de un TBI intra-UE como si éste fuese un circuito jurídico cerrado, desconectándolo de otras fuentes jurídicas e incurriendo en una de esas

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 2, 25 y 27.

¹⁰⁹ Art. 42 del Convenio del CIADI.

'fragmentaciones' sobre las que ha venido alertando la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹¹⁰.

Otra posible estrategia de los inversores de la UE podría pasar por tratar de llevar a cabo sus inversiones en algunos Estados miembros de la UE sirviéndose de personas jurídicas originarias de un tercer Estado, en cuyo caso no se beneficiarán de los derechos específicos de los inversores de la UE, pero sí podrán invocar las previsiones de un TBI extra-UE, a los que no se refieren ni la sentencia *Achmea* ni la citada comunicación de la Comisión Europea. Así, por ejemplo, en la ya indicada reclamación contra Rumanía ante un tribunal arbitral del CIADI, figuran dos demandantes, uno es Gabriel Resources (Jersey) Ltd., que, como se vio, es británico e invocó el TBI intra-UE entre el Reino Unido y Rumanía de 1995, pero el otro es Gabriel Resources Ltd., de nacionalidad canadiense y que ha alegado el TBI extra-UE entre Canadá y Rumanía de 2009, en vigor desde 2011 y a reemplazar por el CETA. Como se ha señalado, Rumanía ha presentado una objeción preliminar negando, a la luz de la sentencia *Achmea*, la jurisdicción del tribunal arbitral con respecto a la reclamación del inversor británico, por ser intra-UE, pero no ha hecho lo mismo con respecto a la reclamación del inversor canadiense, al entender que no se ve afectado, en principio, por la sentencia *Achmea*¹¹¹.

2. Para el arbitraje inversor-Estado previsto en el Tratado sobre la Carta de la Energía

Una de las cuestiones que mayor interés ha despertado la sentencia *Achmea* es si su argumentación contra los arbitrajes inversor-Estado basados en los TBI intra-UE también es aplicable a los arbitrajes inversor-Estado previstos en el Tratado sobre la Carta de la Energía cuando se trata de reclamaciones intra-UE, esto es cuando inversores de un Estado miembro de la UE reclaman a otro Estado miembro.

El Tratado sobre la Carta de la Energía es, como se ha avanzado, un tratado multilateral que, cuando fue adoptado, en 1994, respondió, esencialmente, al interés de las instituciones y los Estados miembros de la UE en promover y proteger mejor las inversiones en el sector energético en países del centro y este de Europa y nuevas

¹¹⁰ Interesa recordar que, en 2006, el Grupo de Estudio de la CDI sobre la "fragmentación del Derecho internacional" presentó dos destacados resultados: un amplio estudio analítico elaborado por el Presidente del Grupo y un documento de síntesis que incluyó las principales conclusiones dimanantes de los estudios y los debates del Grupo, de los cuales tomó nota la CDI, señalándolos a la atención de la Asamblea General de la ONU. *Vid.*, respectivamente, los documentos A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006, y A/CN.4/L.682/Add.1, de 2 de mayo de 2006, y el *Informe de la CDI sobre su 61.º período de sesiones*, 2006, A/61/10, pp. 441-465.

¹¹¹ *Vid.* Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) Ltd. v. Romania, ICSID Case nº ARB/15/31, The Respondent's Additional Preliminary Objection, 25 de mayo de 2018, *loc. cit.* en nota 100, pp. 33 y ss.

repúblicas resultantes de la desmembración de la antigua Unión Soviética. En cualquier caso, países de muy diversas áreas, como Afganistán, Japón, Mongolia o Turquía, también forman parte actualmente de dicho Tratado. Sus contenidos incluyen previsiones muy parecidas a las de los típicos TBI celebrados a partir de los años noventa, con previsiones sobre trato justo y equitativo, expropiaciones indirectas y una cláusula de arbitraje inversor-Estado, en su art. 26, que prevé tres grandes alternativas, a elegir por el inversor extranjero: el CIADI, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o un arbitraje según el Reglamento de la CNUDMI-UNCITRAL.

En los últimos años, numerosos inversores extranjeros han presentado reclamaciones contra Estados parte del Tratado sobre la Carta de la Energía, alegando que ciertas medidas, como los ya señalados ‘recortes’ que España ha aplicado al sector de las energías renovables, violan sus previsiones y deben ser compensadas. Se calcula que las compensaciones pretendidas por inversores extranjeros contra España, donde antes de los recortes realizaron cuantiosas inversiones en plantas de energía solar y eólica, pueden sumar más de 8.200 millones de euros y ya se han dictado algunos laudos desfavorables para nuestro país, entendiéndose que España habría violado el trato justo y equitativo o realizado medidas equivalentes a una expropiación¹¹². Muchas de estas reclamaciones han sido presentadas por inversores de la UE, entre los que destacan sociedades de algunos Estados miembros, como Alemania, Luxemburgo y los Países Bajos, a través de las cuales han actuado, en algunos casos, multinacionales de origen español, como Abengoa. También hay algunas reclamaciones presentadas por inversores extra-UE, como, por ejemplo, japoneses.

Así las cosas, se comprende que España, junto con otros Estados miembros de la UE que han sido sometidos a arbitrajes en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía, hayan recibido la sentencia Achmea con gran satisfacción, considerando que es plenamente aplicable, cuanto menos, a aquellos arbitrajes que sean intra-UE y que, lo por tanto, deberían considerarse inválidos¹¹³.

Algún autor ha expresado, sin embargo, dudas sobre la posible extensión de la sentencia Achmea a los arbitrajes inversor-Estado intra-UE basados en el Tratado sobre la Carta de la Energía, alegando que la sentencia sólo se estaría refiriendo claramente a los TBI intra-UE y que el Tratado sobre la Carta de la Energía es multilateral y cuenta,

¹¹² Vid. las informaciones contenidas en CRUZ PEÑA, J.; ESCUDERO, J., “España eleva un 10% las reclamaciones por los recortes en renovables a más de 8.200 M”, *El Confidencial*, 28 de junio de 2018, disponible en: https://www.elconfidencial.com/economia/2018-06-26/reclamaciones-espana-recortes-renovables_1583838/

¹¹³ Al respecto, vid. CRESCENTE, D., “Sentencia Achmea: cuando un buen juicio en Europa vale más de 7.500 millones”, *La Información*, 9 de marzo de 2018, disponible en: <https://www.lainformacion.com/opinion/diego-crescente/sentencia-achmea-cuando-un-buen-juicio-en-europa-vale-mas-de-7-500-millones/6343752>

entre sus partes, con la propia UE, apuntando a que en ningún caso podría entenderse que se ha violado el principio de la confianza mutua¹¹⁴.

La Comisión Europea ha reaccionado contra estos últimos planteamientos en su ya indicada comunicación sobre “Protección de la inversión intra-UE”, avalando por completo posiciones como la del Gobierno español. La Comisión Europea entiende que el Tratado sobre la Carta de la Energía, adecuadamente interpretado, no debería aplicarse a las relaciones intra-UE, sino sólo a relaciones con y entre otros Estados partes. En cualquier caso, la Comisión Europea afirma que “la sentencia Achmea también es relevante para el mecanismo de arbitraje entre inversor y Estado establecido en el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía en lo referente a las relaciones intra-UE”, pues el “razonamiento” de dicha sentencia “afecta igualmente a la aplicación intra-UE” de esta cláusula arbitral, al operar del mismo modo que las cláusulas de los TBI intra-UE, brindando “la posibilidad de llevar estos litigios a un organismo que no forme parte del sistema judicial de la UE”¹¹⁵. Para la Comisión Europea, el hecho de que la UE también sea parte en el Tratado sobre la Carta de la Energía “no afecta a esta conclusión”¹¹⁶. La Comisión Europea insiste en que los inversores de la UE “no pueden recurrir”, en caso de “litigios dentro de la UE”, a los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía¹¹⁷.

En la práctica, España y otros Estados miembros de la UE reclamados por inversores de la UE ante tribunales arbitrales basados en el Tratado sobre la Carta de la Energía han invocado los argumentos de la sentencia Achmea (y el indicado aval de la Comisión Europea) para negarse a pagar los laudos ya dictados, tratar de anularlos o poner fin a los procedimientos de arbitraje todavía pendientes.

Ello ha ocurrido, por ejemplo, en el caso Novenergía II. Este litigio fue planteado por un inversor luxemburgués (con plantas fotovoltaicas en Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura y Murcia) contra España ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que dictó su laudo el 15 febrero de 2018, unas semanas antes de la sentencia Achmea, condenando a España a pagar 53 millones de euros¹¹⁸. El Gobierno español ha impugnado este laudo ante los tribunales estatales suecos,

¹¹⁴ Vid. PINNA, A., *op. cit.* en nota 3, pp. 20-22.

¹¹⁵ Comunicación de la Comisión Europea sobre “Protección de la inversión intra-UE”, *loc. cit.* en nota 15, p. 4.

¹¹⁶ *Ibid.*. La Comisión Europea precisa que “la participación de la UE en este Tratado solo ha creado derechos y obligaciones entre la UE y países terceros y no ha afectado a las relaciones entre los Estados miembros de la UE”.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 29 y 30.

¹¹⁸ Novenergía II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case N° 2015/063, Final Award, 15 de febrero de 2018, disponible en el sitio de Internet de Itlaw: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>

invocando que la sentencia Achmea también es aplicable a un arbitraje intra-UE basado en el Tratado sobre la Carta de la Energía. De momento, como medida cautelar, la Corte de Apelaciones sueca ha decidido, el 16 de mayo de 2018, que se suspenda cualquier tipo de ejecución del laudo¹¹⁹. Sería de esperar que, finalmente, los tribunales estatales suecos acaben anulando el laudo impugnado por España. En cualquier caso, nuestro Gobierno ha planteado que, en caso de duda, la jurisdicción sueca remita una cuestión prejudicial al TJUE, a fin de que éste aclare definitivamente la cuestión¹²⁰.

Ahora bien, también hay ejemplos de tribunales arbitrales que han seguido dictando laudos negando, explícitamente, que la sentencia Achmea sea relevante para litigios intra-UE relativos al Tratado sobre la Carta de la Energía. Así, en el litigio iniciado por la sociedad neerlandesa Masdar Solar & Wind (controlada por el emirato de Abu Dabi)¹²¹ contra España en 2014, el Gobierno español presentó, una vez dictada la sentencia Achmea, una objeción a la jurisdicción del tribunal arbitral del CIADI que estaba conociendo del asunto. El tribunal, en su laudo de 16 de mayo de 2018, rechazó tal objeción y confirmó su jurisdicción, considerando que la sentencia Achmea se refiere exclusivamente a los TBI intra-UE y que el Tratado sobre la Carta de la Energía es otro tipo de tratado sobre el que dicha sentencia guarda silencio, concluyendo que “the Achmea Judgment has no bearing upon the present case” y condenando, finalmente, a España a pagar una compensación de 64,5 millones de euros a la empresa reclamante¹²².

Asimismo, un tribunal arbitral del CIADI emitió, el 31 de agosto de 2018, su “Decision on the Achmea Issue”, en el marco de un litigio iniciado en 2012 por la empresa energética sueca Vattenfall AB (y otras empresas de la UE) contra Alemania basado en

¹¹⁹ Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case N° 2015/063, Decision of the Svea Court of Appeals Suspending the Enforcement of the Award until Further Notice, 16 de mayo de 2018, disponible en el sitio de Internet de Itlaw: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9746.pdf>

¹²⁰ DALHQUIST, J., “España impugna el laudo arbitral Novenergia ante los tribunales suecos sobre la base de la sentencia Achmea”, *Aquiescencia*, 23 de mayo de 2018, disponible en: <https://aquiescencia.net/2018/05/23/espana-impugna-el-laudo-arbitral-novenergia-ante-los-tribunales-suecos-sobre-la-base-de-la-sentencia-achmea/>

¹²¹ Según informa MÉNDEZ, R., “Abu Dabi gana un arbitraje a España y abre un frente diplomático por las renovables”, *El Confidencial*, 16 de mayo de 2018, disponible en: https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-05-16/abu-dabi-gana-un-arbitraje-a-espana-y-abre-el-frente-diplomatico-por-las-renovables_1564573/

¹²² Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v. Kingdom of Spain, ICSID Case N° ARB/14/1, Award, 16 de mayo de 2018, disponible en el sitio de Internet de Itlaw: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>

el Tratado sobre la Carta de la Energía¹²³. El origen del caso se refiere a la decisión tomada por las autoridades alemanas en 2011, poco después del accidente nuclear en Fukushima, de agilizar la eliminación progresiva de la generación de energía nuclear en su territorio, afectando negativamente a los intereses de tales inversores suecos, que reclamaron una cuantiosa compensación. El 4 de abril de 2018, poco después de la sentencia *Achmea*, Alemania presentó una objeción a la jurisdicción del tribunal del CIADI, alegando que todas las reclamaciones pendientes ante dicho tribunal arbitral debían ser desestimadas porque dicho tribunal “has no jurisdiction in the light of ECJ’s *Achmea Judgment*”¹²⁴. El tribunal del CIADI ha rechazado la objeción alemana y los argumentos presentados, como *amicus curiae*, por la Comisión Europea, reafirmando su jurisdicción¹²⁵.

Por otro lado, consta, por ejemplo, que inversores luxemburgueses y neerlandeses ya han presentado ante una corte de distrito de los Estados Unidos (distrito de Columbia) peticiones para la ejecución forzosa de laudos de tribunales arbitrales del CIADI que condenaron a España en base al Tratado sobre la Carta de la Energía¹²⁶. La prensa también se ha echo eco, en septiembre de 2018, de que tales inversores ya han localizado bienes del Estado español en los Estados Unidos por valor de unos 3.000 millones de euros en activos financieros (acciones, bonos, divisas...) que serían, a su juicio, susceptibles de ser embargados para “garantizarse el cobro reconocido por los tribunales arbitrales”¹²⁷.

Está escalando, pues, un conflicto a múltiples bandas, entre diversas jurisdicciones (de la UE y sus Estados miembros, arbitrales, estadounidenses...) y actores (multinacionales, gubernamentales, Comisión Europea...). Es un claro ejemplo de las

¹²³ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case N° ARB/12/12, Decision on the *Achmea Issue*, 31 de agosto de 2018, disponible en el sitio de Internet de Itlaw: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>

¹²⁴ *Ibid.*, apdo. 1.

¹²⁵ *Ibid.*, apdo. 232. *Vid.* HEPBURN, J., “*Vattenfall tribunal issues decision rejecting Germany’s post-Achmea jurisdictional objection*”, *Investment Arbitration Reporter*, 3 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.iareporter.com/articles/vattenfall-tribunal-issues-decision-rejecting-germanys-post-achmea-jurisdictional-objection/>

¹²⁶ *Asuntos Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/13/36, *Petition to Enforce Arbitral Award*, 19 de julio de 2018, disponible en el sitio de Internet de Itlaw: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9848.pdf>; y *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energía Termosolar BV v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N° ARB/13/31, *Petition to Enforce Arbitral Award*, 27 de julio de 2018, disponible en el sitio de Internet de Itlaw: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9877.pdf>

¹²⁷ CRUZ PEÑA, J., “*Fondos extranjeros descubren 3.000 M de España en EEUU para cobrar sus pleitos*”, *El Confidencial*, 10 de septiembre de 2018, disponible en: https://www.elconfidencial.com/economia/2018-09-10/fondos-verdes-localizan-3-000-m-de-espana-en-eeuu-para-cobrar-sus-indennizaciones_1612906/

incoherencias que, en ocasiones, puede generar el llamado *forum shopping*. En cualquier caso, va quedando claro que los inversores (con sus abogados) y los tribunales arbitrales (como los del CIADI) no claudicarán fácilmente a la aplicación de los argumentos de la sentencia Achmea a los arbitrajes intra-UE basados en el Tratado sobre la Carta de la Energía, pues, más allá de los razonamientos estrictamente jurídicos y de las advertencias de la Comisión Europea, hay muchos intereses en juego. En este contexto, el actual Gobierno español de Pedro Sánchez se ha planteado tratar de pactar una solución extrajudicial para las múltiples reclamaciones pendientes contra España en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía¹²⁸.

3. Para el arbitraje inversor-Estado previsto en los TBI vigentes entre Estados miembros de la UE y terceros países

Diversos analistas se han planteado si los argumentos de la sentencia Achmea también podrían ser extrapolables al arbitraje inversor-Estado previsto en los TBI vigentes entre Estados miembros de la UE y terceros países. De entrada, la sentencia Achmea se refiere a los TBI intra-UE y, como se ha visto, la Comisión Europea sostiene que también es aplicable a controversias intra-UE relativas al Tratado sobre la Carta de la Energía, sin aludir a casos en que un inversor extra-UE presente una reclamación contra un Estado miembro de la UE en virtud de una cláusula arbitral contenida en un TBI celebrado entre dicho Estado miembro de la UE y el tercer país, originario del inversor.

Como ejemplo reciente de esta hipótesis, cabe referirse a inversores mexicanos que han presentado reclamaciones contra España por la gestión que nuestras autoridades han hecho de la crisis del Banco Popular (que en junio de 2017 acabó siendo vendido al Banco Santander por un euro) invocando la cláusula arbitral contenida en el TBI celebrado entre España y México en 2006 y en vigor desde el 3 de abril de 2008¹²⁹. Estos inversores mexicanos, que han solicitado un arbitraje en el CIADI¹³⁰ y otro según el

¹²⁸ MÉNDEZ, R., “Gobierno y fondos de renovables se plantean un pacto que retire arbitrajes contra España”, *El Confidencial*, 8 de julio de 2018, disponible en: https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-07-08/fondos-inversion-acuerdo-gobierno-arbitrajes-ciadi-renovables_1589113/

¹²⁹ Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, hecho en México el 10 de octubre de 2006, BOE de 3 de abril de 2008.

¹³⁰ GBM Global et al. v. Kingdom of Spain (ICSID), Request for arbitration, 23 de agosto de 2018, disponible en el sitio de Internet de Itlaw: <https://www.itlaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9932.pdf>

Reglamento de la CNUDMI-UNCITRAL¹³¹, eran accionistas u obligacionistas del Banco Popular y alegan que la gestión realizada por las autoridades españolas ha supuesto la violación de diversos preceptos del TBI hispano-mexicano, como el relativo al trato justo y equitativo, reclamando, en conjunto, una compensación de más de 470 millones de euros.

Obviamente, si la argumentación de la sentencia Achmea fuese aplicable a un supuesto como éste, sus implicaciones para el mecanismo de arbitraje inversor-Estado serían amplísimas, pues se estaría afirmando la incompatibilidad con el Derecho de la UE de las cláusulas de arbitraje inversor-Estado contenidas en la larguísima lista de TBI que Estados miembros de la UE concluyeron, antes de la indicada entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con terceros países de las más diversas regiones del mundo¹³².

Es muy probable que un tribunal arbitral (como el que, en su caso, se acabe pronunciado en la comentada reclamación de inversores mexicanos contra España por el asunto del Banco Popular) se resistirá a declinar su jurisdicción atendiendo a los argumentos de la sentencia Achmea, pues cabe suponer que mantendrá una línea similar a la de los tribunales del CIADI que, como se ha visto, ya se han negado extrapolar la sentencia Achmea a litigios intra-UE basados en el Tratado sobre la Carta de la Energía.

Ahora bien, si se suscita el tema ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE, ante el que se pueda llegar a plantear un recurso para la anulación de un laudo o que se encargue del reonomiento o ejecución de un laudo, ¿cómo respondería? Es probable que, ante la duda, remitiese una cuestión prejudicial al TJUE. Y éste ¿qué declararía?

Algunos analistas ya han apuntado que la jurisprudencia Achmea podría ser extendida a las cláusulas de arbitraje inversor-Estado contenidas en los comentados TBI

¹³¹ Antonio del Valle Ruiz et al v. Kingdom of Spain (UNCITRAL), Notice of arbitration, 23 de agosto de 2018, disponible en en sitio de Internet de Itlaw: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9933.pdf>

¹³² Vid. la "Lista de los acuerdos bilaterales de inversión contemplados en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento (UE) nº 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 C 147 de 11 de mayo de 2017, pp. 1-105. Baste ejemplificar que España, según datos de la Secretaría de Estado de Comercio, tiene TBI en vigor con países de África (como Argelia, Egipto, Senegal...), América Latina (Argentina, Colombia, México...), Oriente Medio (Arabia Saudí, Baréin, Kuwait...), Asia-Pacífico (China, Filipinas, Malasia...) o Europa (al margen de los TBI intra-UE, España tiene TBI con otros países europeos, como Albania, Belarús, Serbia...). Secretaría de Estado de Comercio: "Lista de los APPRI en vigor", actualizada a 20 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appri/Paginas/lista-appri-vigor.aspx>

extra-UE¹³³. A favor de dicha tesis se puede argumentar resiguiendo el hilo del TJUE en el asunto Achmea.

Así, en primer lugar, un litigio entre un inversor extra-UE y un Estado miembro de la UE sobre la violación de un TBI puede ser una “controversia relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados” constitutivos, en la medida en que, aunque la demanda se centre en la violación por el Estado miembro del TBI que ha celebrado con un tercer país y que no es Derecho de la UE, puede acabar entrando, al menos parcialmente, en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE y alguna de sus normas podría ser relevante para el examen del litigio, que es el umbral con el que, como se ha visto, se conforma la sentencia Achmea.

Ciertamente, un inversor extra-UE no queda cubierto por la libertad de establecimiento como el inversor neerlandés en el caso Achmea, pero pueden darse supuestos en que ciertas normas de la UE sean relevantes al examinar su litigio. Por ejemplo, los TBI suelen incluir previsiones sobre la liberalización de las remesas de utilidades o repatriación de beneficios que pueden entrar en conflicto con las normas de la UE sobre libre circulación de capitales, que el TFUE regula refiriéndose no sólo a la libre circulación de capitales “entre Estados miembros”, sino también “entre Estados miembros y terceros países”¹³⁴.

Otro ejemplo de la posible relevancia del Derecho de la UE se puede comprobar en el comentado caso de los inversores mexicanos que han reclamado contra España por la gestión de la crisis del Banco Popular. Repasando sus requerimientos para el

¹³³ Vid., en tal sentido: ANKERSMIT, L.; HUGHES, L., “Implications of Achmea - How the Achmea Judgment Impacts Investment Agreements with non-EU Countries”, Center for International Environmental Law (CIEL) - Client Earth, abril de 2018, pp. 3-6, disponible en: <https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2018-04-19-implications-of-achmea-judgment-coll-en.pdf>; e IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., *op. cit.* en nota 3, p. 8, donde se afirma que “no resulta descabellado pensar que la decisión del TJUE [Achmea] puede poner en tela de juicio, igualmente, el arbitraje de inversiones previsto en los APPRI extra-UE de los Estados miembros”.

¹³⁴ Vid. arts. 63 a 66 TFUE, donde se prevé que, con carácter general, “quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países”, si bien se contemplan específicas previsiones para restringir, excepcionalmente, los movimientos de capitales “con destino a terceros países o procedentes de ellos”. Las previsiones de un TBI extra-UE en materia de liberalización de transferencias de capitales podrían entrar en conflicto con el TFUE si, por ejemplo, el Estado miembro de la UE ha asumido con el Estado no miembro una drástica liberalización, sin tener en cuenta las posibles restricciones contempladas por el TFUE con terceros países. El TJUE ya ha declarado incompatibilidades de varios TBI celebrados, por ejemplo, por Austria con países terceros (como la República de Corea, China, Malasia o Rusia) al contener previsiones sobre transferencias de capitales que podrían obstaculizar la aplicación de las restricciones a los movimientos de capital y a los pagos que el Consejo de la UE está facultado para adoptar según el TFUE. Vid. sentencia de 3 de marzo de 2009, Comisión/Austria, C-205/06, EU:C:2009:118. Al respecto, vid. DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea”, *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 8, 2010, pp. 19-52.

establecimiento de un tribunal arbitral, se comprueba que los inversores mexicanos se refieren explícitamente a reglamentos y directivas de la UE sobre reestructuración y resolución de entidades de crédito, que podrían ser relevantes a la hora de evaluar la actuación de las autoridades españolas¹³⁵.

Además, hay que tener en cuenta especialmente que, como se ha visto, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la regulación de la “inversión extranjera directa” entra dentro de la Política Comercial Común de la UE, en la que la UE puede celebrar tratados con terceros países o también adoptar, autónomamente, normas de Derecho derivado, que regulen el acceso y el trato a inversores originarios de terceros países y que podrían solaparse y entrar en conflicto con las previsiones del TBI celebrado, en su momento, por un Estado miembro con un tercer país. Así, por ejemplo, actualmente se está tramitando una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo dirigido a establecer “un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea”¹³⁶. Cabe entender que, en la hipótesis de un futuro conflicto entre alguna previsión de un TBI celebrado en su momento por un Estado miembro de la UE con un tercer país y este Reglamento, regirá, desde la perspectiva de la UE, el principio de primacía del Derecho de la UE.

En segundo lugar, se podría entender que el Estado miembro, al incluir la cláusula de arbitraje inversor-Estado en el TBI celebrado con un tercer país, ha sustraído los litigios que inversores del tercer país puedan plantear contra dicho Estado miembro receptor (que pueden entrar, al menos parcialmente, dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE) del sistema jurisdiccional de la UE, desviándolos hacia unos tribunales arbitrales que, al no ser órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, no pueden remitir cuestiones prejudiciales al TJUE.

¹³⁵ *Vid.*, por ejemplo, las diversas referencias contenidas en Antonio del Valle Ruiz et al v. Kingdom of Spain (UNCITRAL), Notice of arbitration, 23 de agosto de 2018, *loc. cit.* en nota 131, p. 12 (nota 20), p. 13 (nota 23), p. 14 (nota 27), p. 21 (nota 38), al Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010, DO L 225, de 30 de julio de 2014, y a la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L 173, de 12 de junio de 2014.

¹³⁶ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea, doc. COM(2017) 487 final - 2017/0224(COD), Bruselas, 13 de septiembre de 2017. *Vid.* también el informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta, doc. de sesión A8-0198/2018, de 4 de junio de 2018.

En tercer y último lugar, el hecho de que los laudos arbitrales puedan quedar sujetos a ciertos controles por los órganos jurisdiccionales de Estados miembros no sería suficiente, pues tales controles son limitados, varían de un país a otro y no bastan para asegurar que cualquier duda sobre la interpretación o aplicación del Derecho de la UE que se suscite durante el arbitraje pueda acabar siendo remitida al TJUE.

Ahora bien, habría que tener en cuenta las específicas repercusiones de esa extrapolación de la sentencia *Achmea* a las cláusulas de arbitraje inversor-Estado previstas en los TBI entre Estados miembros y terceros países, pues las situaciones de los TBI intra-UE y de los TBI extra-UE son bien diferentes.

Nótese que, como se ha visto, la Comisión Europea ha considerado a los primeros incontestablemente incompatibles con el Derecho de la UE, mientras que se entiende que los segundos pueden subsistir bajo el régimen transitorio previsto por el ya citado Reglamento (UE) n° 1219/2012, en tanto no sean reemplazados por un nuevo acuerdo impulsado por la UE, y sus previsiones son aplicables, salvo si se detecta alguna concreta incompatibilidad con el Derecho de la UE. En el considerando 16 de dicho Reglamento se explicitó que: “Es necesario adoptar disposiciones para garantizar que los acuerdos bilaterales de inversión que conserven su vigencia con arreglo al presente Reglamento sigan siendo operativos, también en lo relativo a la solución de diferencias, respetando al mismo tiempo la competencia exclusiva de la Unión”.

La compatibilidad de las cláusulas de arbitraje inversor-Estado contenidas en los TBI extra-UE con los Tratados constitutivos de la UE no parece cuestionable en litigios *ad extra*, cuando un inversor de un Estado miembro presenta una reclamación contra un tercer país (por ejemplo, cuando la petrolera española Repsol presentó una demanda contra Argentina ante el CIADI, en virtud del TBI hispano-argentino de 1991 y a raíz de la expropiación, en 2012, de la mayoría de sus acciones en la compañía YPF)¹³⁷. En tales litigios *ad extra*, es el tercer país quien, con el TBI, está sustrayendo el conocimiento de la disputa que el inversor de un Estado miembro de la UE debería haber sustanciado ante sus tribunales internos (en el ejemplo indicado, ante los tribunales de lo contencioso-administrativo argentinos, que son quienes, en principio, deberían juzgar un acto *iure imperii* de la República Argentina, a la luz del Derecho interno argentino, del TBI hispano-argentino y de otras posibles normas de Derecho internacional público recibidas en el ordenamiento jurídico argentino) y no, obviamente, ante los órganos

¹³⁷ Sobre dicho asunto, en el que finalmente se alcanzó una solución de mutuo acuerdo entre Argentina y Repsol en 2013, *vid.* JIMÉNEZ PIERNAS, C., “La expropiación de YPF: análisis desde el Derecho internacional”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, 31/2012, 24 de abril de 2012, disponible en: www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/ari31-2012

jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE ni el TJUE, de modo que esa situación es irrelevante a la luz de los arts. 344 y 267 TFUE.

Es sólo con respecto a los litigios *ad intra*, cuando un inversor de un tercer país reclama a un Estado miembro de la UE por haber violado el TBI (como en el ya comentado ejemplo de los inversores mexicanos que han demandado a España por su gestión de la crisis del Banco Popular), donde cabría plantearse la compatibilidad de la cláusula de arbitraje inversor-Estado con los Tratados constitutivos y, particularmente, con los arts. 344 y 267 TFUE. En la hipótesis de que, como en el caso Achmea, el TJUE afirmase su incompatibilidad, se produciría un desequilibrio o falta de reciprocidad entre las partes en el TBI extra-UE, pues: los inversores del Estado miembro de la UE podrían seguir sirviéndose, en principio, de la cláusula arbitral contra las medidas adoptadas por el tercer país, mientras que los inversores del tercer país no podrían servirse de la cláusula arbitral frente al Estado miembro de la UE. Es probable que, ante tal desequilibrio, el tercer país acabase, por su parte, denunciado el TBI o resistiéndose al arbitraje o a cumplir el laudo, a fin de restablecer la reciprocidad, que es uno de los elementos característicos de los TBI, no en vano también denominados habitualmente acuerdos para la promoción y la protección recíproca de inversiones (APPRI).

Así, una hipotética extrapolación de la sentencia Achmea a los indicados arbitrajes inversor-Estado basados en un TBI extra-UE y en litigios *ad intra* podría acabar dejando a los inversores de los Estados miembros de la UE desprovistos también del arbitraje en litigios *ad extra*, contra el tercer país receptor, donde, a diferencia de lo que ocurre con las inversiones intra-UE, no rigen las garantías substantivas y procedimentales propias del Derecho de la UE¹³⁸.

4. Para el sistema de solución de diferencias inversor-Estado previsto en el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG-CETA) con Canadá y otros acuerdos impulsados por la UE

Los más recientes acuerdos comerciales impulsados por la UE con terceros países, como el AECG-CETA (en lo sucesivo, CETA) firmado con Canadá el 30 de octubre de

¹³⁸ En este sentido, PINNA, A., *op. cit.* en nota 3, p. 24, señala que una ausencia de reciprocidad en la aplicación de los TBI extra-UE “would have resulted in uncertain protection of EU investors abroad and would probably amount to a violation of public international law”. Atendiendo a este riesgo para los inversores de la UE en terceros países, este autor defiende que lo más adecuado sería que el TJUE tratase el arbitraje inversor-Estado con los mismos parámetros que el arbitraje comercial, conformándose con los controles (limitados) sobre los laudos a ejercer por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y, en su caso, por el TJUE. *Ibid.*, p. 12.

2016¹³⁹ o los acuerdos celebrados con Singapur o Vietnam¹⁴⁰, incluyen capítulos sobre inversión y mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado inspirados, en buena parte, en los típicos TBI. Ahora bien, estos nuevos acuerdos tratan de introducir mejoras en las previsiones substantivas y en tales mecanismos de solución de diferencias, como se puede apreciar en la propuesta de un nuevo sistema de tribunal de inversiones que viene promoviendo la UE¹⁴¹.

La sentencia Achmea ha avivado el ya previamente encendido debate sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos de la UE del sistema de solución de diferencias inversor-Estado introducido en el CETA y que sirve de modelo para otros acuerdos sobre comercio e inversión impulsados desde la UE¹⁴².

Con respecto al CETA (buena parte de cuyas previsiones, entre las que no se incluyen las relativas a la inversión, se aplican provisionalmente desde el 21 de septiembre de 2017, pero que todavía está pendiente de ratificación por Estados

¹³⁹ El extenso texto del CETA figura en DO L 11 de 14 de enero de 2017, pp. 23-1079 y se puede consultar en el sitio de Internet de la Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>

¹⁴⁰ Comisión Europea, "Overview of FTA and other trade negotiations", Updated July 2018, disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf.

¹⁴¹ En nuestro país ya se ha escrito abundantemente sobre el tema, destacando las contribuciones contenidas en el libro colectivo FACH GÓMEZ, K. (Ed.), *La política de la Unión Europea en materia de Derecho de las inversiones internacionales*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2017 y otras publicaciones, como: FACH GÓMEZ, K., "Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69-1, 2017, pp. 295-302; IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., "La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá: un primer y decisivo paso hacia el establecimiento de un renovado marco legal para las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global", *La Ley Unión Europea*, núm. 42, 2016, pp. 1-13; PASCUAL VIVES, F. J., "Unión Europea e inversiones: mecanismos de solución de controversias - La Unión Europea y el arbitraje de inversión en el CETA y el TTIP", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69-1, 2017, pp. 287-294; y PASCUAL VIVES, F. J., "El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 33, 2017, pp. 1-35.

¹⁴² Sobre el indicado debate previo a la sentencia Achmea, *vid.*: ANKERSMIT, L., "The Compatibility of Investment Arbitration in EU Trade Agreements with the EU Judicial System", *Journal for European Environmental and Planning Law*, vol. 13-1, pp. 43-63; FERNÁNDEZ PONS, X.; POLANCO, R.; TORRENT, R., "CETA on investment: The definitive surrender of EU Law to GATS and NAFTA/BITs", *Common Market Law Review*, vol. 54-5, 2017, pp. 1319-1358, especialmente pp. 1354-1357; LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M., "El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo", *Cuadernos Europeos de Deusto*, vol. 57, 2017, pp. 29-68; SCHILL, S. W., "Editorial: Opinion 2/13. The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 16, 2015, pp. 379-388. *Vid.* un análisis detenido sobre el tema, ya posterior a la sentencia Achmea, en IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., "Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación imposible?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 59, 2018, pp. 219-260.

miembros de la UE) se ha presentado una solicitud de dictamen al TJUE, en virtud del art. 218.11 TFUE¹⁴³.

Esta solicitud de dictamen 1/17 ha sido presentada por Bélgica (país en el que, como es notorio, la región de Valonia se ha mostrado muy crítica con el CETA)¹⁴⁴ en octubre de 2017, varios meses antes de la sentencia *Achmea*, y plantea la siguiente cuestión: “¿Es compatible con los Tratados, incluidos los derechos fundamentales, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, [...] en lo que atañe a la sección F (“Solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados”) de su capítulo ocho (“Inversiones”)?”¹⁴⁵.

Se espera que el TJUE emita este dictamen a lo largo del año 2019. En la audiencia celebrada ante el TJUE el 26 de junio de 2018, se evidenció que tanto la Comisión Europea, como el Consejo y casi todos Gobiernos de los Estados miembros que intervinieron (salvo Eslovenia) defienden la compatibilidad del sistema de tribunales de inversión contemplado en el CETA con el ordenamiento jurídico de la UE¹⁴⁶. Así, mientras que la sentencia *Achmea* pudo ser celebrada por la Comisión Europea, un futuro dictamen del TJUE que declarase la incompatibilidad de dicho sistema asestaría un duro golpe a sus esfuerzos para liderar el diseño de un nuevo sistema de solución de diferencias inversor-Estado, que trata de corregir deficiencias del tradicional arbitraje inversor-Estado y que, como apunta el art. 8.29 CETA, se presenta como el germen de un futuro Tribunal Multilateral sobre Inversiones¹⁴⁷. A tal fin, la Comisión Europea y otros participantes en la audiencia insistieron en que la sentencia *Achmea*, relativa a un arbitraje inversor-Estado previsto en un TBI intra-UE, no es extrapolable al enjuiciar el

¹⁴³ A tenor del cual: “Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados.”

¹⁴⁴ Sobre el episodio de Valonia impidiendo la firma del CETA por Bélgica y el compromiso del Gobierno Federal belga a solicitar el indicado dictamen al TJUE, *vid.* PÉREZ, C., “Bélgica desbloquea el acuerdo comercial de la UE con Canadá”, *El País*, 28 de octubre de 2016.

¹⁴⁵ DO C 369, de 30 de octubre de 2017, p. 2.

¹⁴⁶ *Vid.* información sobre la citada audiencia en KÜBEK, G., “CETA’s Investment Court System and the Autonomy of EU Law: Insights from the Hearing in Opinion 1/17”, *VerfBlog*, 4 de julio de 2018, <https://verfassungsblog.de/cetas-investment-court-system-and-the-autonomy-of-eu-law-insights-from-the-hearing-in-opinion-1-17/>

¹⁴⁷ Al respecto, *vid.* FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “Los mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado en una encrucijada: del arbitraje a la creación de un tribunal multilateral, ¿pasando por un sistema de Tribunales Internacionales de Inversiones?”, en FACH GÓMEZ, K. (Ed.), *op. cit.* en nota 141, pp. 155-174.

sistema de tribunales de inversión del CETA, pues hay notables diferencias entre uno y otro supuestos¹⁴⁸.

La sentencia Achmea contiene un relevante pasaje a estos efectos, cuando subraya que su supuesto de hecho se refiere a “un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros”¹⁴⁹. El CETA ha sido adoptado entre Canadá, por una parte, y la UE y sus Estados miembros, por otra. Asimismo, el CETA tampoco está previsto para litigios intra-UE, como los que se han venido dando en el marco del Tratado sobre la Carta de la Energía, donde cada una de las partes (UE, Estados miembros de la UE y terceros países) figura de forma individualizada, sin la clara división en dos ‘bloques’ que precisa el CETA.

Así, la compatibilidad del sistema de tribunales de inversión del CETA con el Derecho de la UE no debería ser enjuiciado como los tratados concluidos entre sí por dos Estados miembros vulnerando el compromiso de exclusividad del art. 344 TFUE, sino a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre acuerdos internacionales celebrados por la propia UE (y, en su caso, también por sus Estados miembros, como acuerdo mixto) con terceros países, previendo la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones sean vinculantes. En la sentencia Achmea se recuerda que un acuerdo de ese tipo “no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión [...], siempre que se respete la autonomía de la Unión y de su ordenamiento jurídico”¹⁵⁰.

Ciertamente, la UE, como sujeto internacional, debe poder participar en las relaciones internacionales suscribiendo tratados internacionales con terceros países que incluyan mecanismos para la solución de diferencias.

Ahora bien, la práctica demuestra que conjugar que la UE y, en su caso, sus Estados miembros se sometan, mediante un acuerdo internacional con terceros países, a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud del acuerdo y que, simultáneamente, se respete la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE puede ser muy complicado¹⁵¹.

¹⁴⁸ Vid. tales informaciones en KÜBEK, G., *op. cit.* en nota 146.

¹⁴⁹ Sentencia de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, apdo. 58.

¹⁵⁰ *Ibid.*, apdo. 57 y otra jurisprudencia del TJUE, como: el dictamen 1/91 (Acuerdo EEE - I), de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apdos. 40 y 70; el dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123, apdos. 74 y 76, y el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apdos. 182 y 183.

¹⁵¹ Como observa, por ejemplo, ROSAS, A., “The EU and international dispute settlement”, *Europe and the World*, 1 de junio de 2017, disponible en: <https://www.scienceopen.com/document?vid=3594974f-2cfc-4885-9b5d-ee85947a6b50>

Como es notorio, el TJUE se ha venido mostrando muy refractario a posibles interferencias de jurisdicciones externas en la interpretación y aplicación del Derecho de la UE, como ejemplifican el dictamen 1/09, relativo al Acuerdo sobre la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes¹⁵², y el ya indicado caso del dictamen 2/13, sobre la adhesión de la UE al CEDH¹⁵³.

Por tanto, el test al que el TJUE va a someter al sistema de tribunales de inversión previsto por el CETA es duro¹⁵⁴, pues, entre otras condiciones, “no se pueden sustraer las disputas de los tribunales internos de los Estados miembros, si ello supone poner en riesgo la unidad y la aplicación e interpretación uniformes del Derecho de la Unión”¹⁵⁵.

Interesa destacar que el CETA prevé que, ante su sistema de tribunales de inversión, pueden presentar demandas inversores canadienses (en su propio nombre o en nombre de una empresa establecida en la UE que sea de su propiedad o que controlen directa o indirectamente)¹⁵⁶ contra la UE o uno de sus Estados miembros¹⁵⁷. Tales inversores canadienses podrían alegar que una determinada medida de la UE (como un reglamento, una decisión...) o de un Estado miembro es incompatible con el CETA, invocando, por ejemplo, que viola el trato justo y equitativo, tal como ahora se contempla en el art. 8.10 CETA¹⁵⁸. Un inversor canadiense puede optar, según las previsiones del art. 8.22 CETA, por presentar su demanda ante un tribunal interno o ante el sistema de tribunales de inversión, evidenciando que cuestiones sobre las cuales, en principio, deberían pronunciarse órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y, en su caso, el TJUE, podrían ser llevadas ante esta nueva jurisdicción. Ciertamente, los redactores del CETA han incluido diversas cautelas para tratar de evitar que los laudos que se dicten en su sistema de tribunales de inversión puedan poner en riesgo la unidad y la

¹⁵² Dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes) de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123. Al respecto, *vid.* GONZÁLEZ ALONSO, L. N., “¿Fundamentalismo constitucional en Luxemburgo? El Tribunal de Justicia y los límites de la autonomía del sistema jurídico de la Unión Europea a la luz del Dictamen 1/09”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 43, 2012, pp. 251-274.

¹⁵³ Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454.

¹⁵⁴ Tal como analiza IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I., *op. cit.* en nota 142, pp. 248-256.

¹⁵⁵ *Ibid.*, donde se hace referencia al citado dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes) de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123, apdos. 83-87

¹⁵⁶ Art. 8.23 CETA.

¹⁵⁷ Tal como se prevé en el art. 8.21 CETA, sobre “Determinación del demandado en las diferencias con la Unión Europea y sus Estados miembros”.

¹⁵⁸ Art. 8.10 CETA.

aplicación e interpretación uniformes del Derecho de la UE, como las contenidas en el apdo. 2 del art. 8.31 CETA, sobre “Derecho aplicable e interpretación”¹⁵⁹.

Pero hay quien subraya que, dado el “tono” empleado por el TJUE en dictámenes de los últimos años y en su sentencia Achmea, “no es posible predecir con seguridad si” tales cautelas “serán suficientes” para que el sistema de tribunales de inversión del CETA supere el indicado test del respeto a la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE¹⁶⁰.

Eventualmente, el TJUE podría tratar de suavizar su futuro dictamen 1/17, declarando la incompatibilidad con el Derecho de la UE del sistema de tribunales de inversión previsto por el CETA, pero apuntando, a su vez, aquellos concretos ajustes que podrían hacerlo compatible¹⁶¹. Por el contrario, si el futuro dictamen 1/17 del TJUE declarase la incompatibilidad sin paliativos sería un mazazo para la Comisión Europea, que, como se ha avanzado, ha tomado dicho sistema como modelo para otros acuerdos sobre inversión de nueva generación que últimamente viene impulsando, tratando de liderar el rediseño del Derecho internacional de las inversiones a escala mundial.

Una posible alternativa, que muy probablemente no sería del agrado de los inversores habituados al arbitraje inversor-Estado, podría pasar por acabar estableciendo, en materia de inversiones, un mecanismo para el arreglo de controversias inspirado en el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de carácter ‘interestatal’ y cuasi jurisdiccional, en el que la UE ha participado muy activamente, como reclamante y como demandada¹⁶². Esta participación incluye, por ejemplo, supuestos en que reglamentos de la UE han sido impugnados ante los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC, que han llegado a considerarlos incompatibles con el Derecho de la OMC, y la UE ha acabado reformando tales

¹⁵⁹ En dicho precepto se prevé que el “Derecho interno de una Parte” (como sería, desde esta perspectiva, el Derecho de la UE o el ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro) será considerado como “un elemento de hecho”, al determinar si una medida es compatible o no con el CETA. A tal fin, el “Derecho interno de una Parte” deberá ser interpretado siguiendo “la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte” (lo que incluye, obviamente, la jurisprudencia del TJUE). Asimismo, se precisa que “cualquier sentido que el tribunal [del CETA] haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte”.

¹⁶⁰ IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., *op. cit.* en nota 142, p. 256.

¹⁶¹ Tal como sugiere, al final de su contribución, KÜBEK, G., *op. cit.* en nota 146.

¹⁶² Según la OMC, desde 1995, la UE (anteriormente CE) ha sido reclamante en 99 casos y demandada en 85 casos. OMC: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm. Sobre la participación de la UE en el sistema de solución de diferencias de la OMC, *vid.* BLÁZQUEZ NAVARRO, I., *Integración europea y diferencias comerciales en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

reglamentos, sin que se haya puesto en cuestión la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE¹⁶³.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

A partir de la década de los noventa se impulsó fuertemente, a escala mundial, la construcción de un Derecho internacional para la promoción y la protección de las inversiones extranjeras. Este amplio 'edificio' jurídico se ha fundamentado, particularmente, en la celebración de casi tres millares de TBI y en la expansión del arbitraje inversor-Estado como método predilecto para la solución de diferencias. Quedaron arrinconadas las tradicionales vías de los recursos a presentar por el inversor extranjero ante los órganos administrativos y jurisdiccionales internos del Estado receptor y el posible ulterior ejercicio de la protección diplomática por el Estado de origen.

Con su sentencia *Achmea*, el TJUE ha venido a 'derribar' una parte, en principio bastante acotada, de dicho 'edificio'. La sentencia *Achmea* sólo 'derriba', de entrada, las cláusulas de arbitraje inversor-Estado previstas en los TBI intra-UE, que son casi doscientos. Lo ha hecho contrariando a algunos Estados miembros, pero con el apoyo de otros y de la Comisión Europea, que ha estado años insistiendo en que la subsistencia de tales TBI intra-UE, mayoritariamente celebrados con países del centro y este de Europa antes de su adhesión a la UE, es una reliquia del pasado incompatible con el mercado único de la UE y su principio de no discriminación.

El Abogado General en el asunto *Achmea*, que en sus conclusiones mostró un gran aprecio por el 'edificio' de los TBI y los arbitrajes inversor-Estado, trató de defender la plena compatibilidad substantiva y procedimental de los TBI intra-UE con el ordenamiento jurídico de la UE, pero la sentencia del TJUE no ha atendido a ninguno de sus múltiples argumentos.

El TJUE, en su sentencia *Achmea*, ha evitado pronunciarse sobre cualquier cuestión substantiva relativa a la compatibilidad de los TBI intra-UE con el Derecho de la UE y se ha focalizado en dos de las cuestiones, eminentemente procedimentales, planteadas por el tribunal remitente. El TJUE ha concluido que una cláusula arbitral contenida en un tratado de inversión celebrado entre dos Estados miembros de la UE es incompatible con los arts. 344 y 267 TFUE, pues ha estimado que esos Estados miembros están

¹⁶³ Ello ha ocurrido, verbigracia, en las reclamaciones presentadas por Canadá y Noruega ante la OMC contra la UE por sus reglamentos prohibiendo la importación y comercialización de productos derivados de las focas (asuntos WT/DS400 y WT/DS401). Al respecto, *vid.* FERNÁNDEZ PONS, X., "Bienestar animal y moral pública en la OMC, la diferencia sobre las medidas de la UE que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas", en JUSTE RUIZ, J. ; BOU FRANCH, V. (Dir.), *El desarrollo sostenible tras la Cumbre de Río + 20: desafíos globales y regionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 183-238.

sustrayendo, por su cuenta, controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados constitutivos del sistema jurisdiccional de la UE (integrado por los órganos jurisdiccionales nacionales y su diálogo con el TJUE mediante cuestiones prejudiciales) y desviándolas hacia unos tribunales arbitrales ajenos a dicho sistema y que, si tienen dudas sobre la interpretación o aplicación de alguna norma de la UE, no pueden remitir cuestiones prejudiciales al TJUE. Los controles sobre los laudos, que *a posteriori* pueden llegar a ejercer los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, son limitados y, según el TJUE, pueden bastar para el tradicional arbitraje comercial, pero no para el arbitraje inversor-Estado.

A la luz de la sentencia Achmea, la Comisión Europea estima, en su comunicación de julio de 2018 sobre “Protección de la inversión intra-UE”, que todas las cláusulas arbitrales inversor-Estado en los TBI intra-UE son inaplicables y que los tribunales nacionales tienen la obligación de anular cualquier laudo arbitral dictado sobre tales bases. Además, aunque la sentencia Achmea no entre en cuestiones sustantivas, la Comisión Europea subraya que la existencia misma de los TBI intra-UE es incontestablemente incompatible con el Derecho de la UE y no deben ser invocados por inversores de la UE ante ninguna instancia. Asimismo, la Comisión Europea insiste, por seguridad jurídica, en que los Estados miembros están obligados a poner fin a dichos TBI intra-UE.

Aunque la sentencia Achmea no se haya referido explícitamente a los arbitrajes inversor-Estado previstos en el Tratado sobre la Carta de la Energía, cabe entender que sus conclusiones son claramente aplicables a los múltiples arbitrajes intra-UE basados en dicho Tratado. La Comisión Europea, con su citada comunicación de julio de 2018, ha avalado esta tesis, extendiendo el ‘derribo’ a satisfacción, en particular, de España y los Estados miembros más afectados por tales arbitrajes.

Sin embargo, algunos inversores de la UE están reaccionando con diversas estrategias y, recurriendo al *forum shopping*, tratan de seguir adelante con los arbitrajes intra-UE en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía, llevándolos a tribunales arbitrales con sede en terceros países, como los Estados Unidos. Algunos de esos tribunales arbitrales ya han considerado irrelevante la sentencia Achmea para sus litigios. Ciertos inversores de la UE también están pidiendo la ejecución forzosa de sus laudos fuera de la UE, tratando de localizar bienes de los Estados miembros ‘condenados’ en el extranjero y susceptibles de ser embargados. Se evidencia, pues, que la extensión del ‘derribo’ no va ser tan fácil como, de entrada, se podía augurar desde la Comisión Europea y algunos Estados miembros.

La sentencia Achmea no se refiere a los arbitrajes inversor-Estado previstos en los cuantiosos TBI celebrados por los Estados miembros de la UE con terceros países y

que, transitoriamente, siguen vigentes, mientras no sean reemplazados por uno de los nuevos acuerdos sobre inversión que la UE puede impulsar desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. La Comisión Europea, que tolera la subsistencia de tales TBI extra-UE, no se ha pronunciado sobre si los argumentos de la sentencia Achmea pueden ser extrapolables a sus cláusulas arbitrales. Algunos autores consideran que esa extrapolación es posible para las reclamaciones de un inversor de un tercer país contra un Estado miembro de la UE, atendiendo, en particular, al bajo umbral con que la sentencia Achmea se conforma para que una controversia sea relativa a la interpretación o aplicación del Derecho de la UE, bastando con que en un litigio se puedan llegar a tener en cuenta ciertas normas de la UE. Ahora bien, esta hipotética extrapolación o extensión del 'derribo' acabaría perjudicando a los inversores de Estados miembros de la UE en terceros países, pues los Gobiernos de estos últimos difícilmente aceptarían como recíproca una situación en que, por un lado, sus inversores tengan que recurrir ante el sistema jurisdiccional de la UE y, por otro lado, los inversores de Estados miembros de la UE en tales terceros países pudieran seguir beneficiándose del arbitraje previsto en el TBI.

La sentencia Achmea tampoco se refiere al nuevo sistema de solución de diferencias inversor-Estado previsto en el CETA celebrado con Canadá, por una parte, y por la UE y sus Estados miembros, por otra, que es tomado como modelo para otros acuerdos sobre comercio e inversiones impulsados por la UE. La compatibilidad con el Derecho de la UE del sistema de tribunales de inversión del CETA será próximamente evaluada por el TJUE, en virtud de la solicitud de dictamen 1/17 presentada por Bélgica. El supuesto del CETA presenta destacadas diferencias con los TBI intra-UE y tanto la Comisión Europea como casi todos los Estados miembros apoyan este nuevo sistema de solución de diferencias. Sin embargo, el celo con que el TJUE ha venido defendiendo la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE y sus propias competencias, como garante último de la interpretación y aplicación uniformes del Derecho de la UE y frente a posibles interferencias de jurisdicciones externas, siembra incertidumbres.

Queda pues en manos del TJUE, con su futuro dictamen 1/17, 'derribar' o no este nuevo diseño del 'edificio' para la regulación de los sistemas de solución de diferencias inversor-Estado, en el que tanto empeño ha puesto, particularmente, la Comisión Europea. En cualquier caso, no está de más recordar que, durante mucho tiempo, los países más avanzados no acostumbraron a celebrar TBI entre sí y no parece que ello fuese visto como un gran obstáculo para sus inversiones mutuas, amparadas, principalmente, por el normal funcionamiento de sus tribunales domésticos y, eventualmente, por mecanismos de solución de diferencias Estado-Estado.