

III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL/ *SPANISH PRACTICE OF INTERNATIONAL LAW*

Coordinación a cargo de
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
(Derecho Internacional Público)
Cristina GONZÁLEZ BEIFUSS
(Derecho Internacional Privado)

PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *STUDIES ON SPANISH PUBLIC INTERNATIONAL LAW PRACTICE*

ESPAÑA ANUNCIA SU DECISIÓN DE DENUNCIAR EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA *SPAIN ANNOUNCES ITS DECISION TO DENOUNCE THE ENERGY CHARTER TREATY*

Javier Díez-Hochleitner*

Palabras clave: Tratado sobre la Carta de la Energía, Arbitrajes de inversión intra-UE, “Sunset clause”.

Keywords: Energy Charter Treaty, Intra EU Investment Arbitrations, “Sunset clause”.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PROCESO DE “MODERNIZACIÓN” DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA. 3. MEDIDAS QUE CABE ADOPTAR PARA EVITAR LOS ARBITRAJES INTRA-UE BASADOS EN EL TCE. 4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

En una carta fechada el 27 de septiembre de 2022, el gobierno español comunicaba a la Comisión Europea su decisión de iniciar los trámites ne-

* Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Autónoma de Madrid (javier.diez-hochleitner@uam.es). Todas las páginas webs mencionadas en este trabajo han sido consultadas el 30 de diciembre de 2022.

cesarios para proceder a la denuncia por parte de España del Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, “TCE”), de 17 de diciembre de 1994, así como del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la Eficacia Energética y los Aspectos Medioambientales Relacionados, de igual fecha¹. El anuncio del gobierno español se suma al de los gobiernos de Alemania, Dinamarca, Francia, Eslovenia, Luxemburgo, Países Bajos y Polonia, así como a la efectiva denuncia del TCE por Italia en 2016².

De acuerdo con el contenido de la carta, la decisión del Gobierno se debe a los resultados del proceso de “modernización” del TCE, iniciado en 2018, resultados que resultarían insatisfactorios por dos motivos. Por una parte, porque no se habría logrado alinear los contenidos del TCE con los objetivos del Acuerdo de París sobre el cambio climático y del “Pacto Europeo por el Clima” (*European Green Deal*) “[...] in order to fulfil our solid commitment to become climate neutral by 2050”. Por otra parte, porque resultarían insuficientes para asegurar “[...] the defence of the integrity and primacy of the EU legal system and its application in all Member States”.

Además, el escrito lamenta la falta de respuesta del Consejo y de la Comisión ante sus “reiteradas” —se dice— solicitudes para llevar a cabo un estudio de las ventajas y desventajas de aprobar el texto resultante del proceso de revisión del TCE, así como sobre los efectos de una eventual denuncia conjunta de este por parte de la UE y sus Estados miembros, señalando la preferencia del Gobierno español por esta última solución. En este contexto, la carta concluye solicitando a la Comisión trabajar conjuntamente en la búsqueda de una solución satisfactoria para todas las partes y, en coherencia con ello, afirma que la denuncia del Tratado y del Protocolo por parte de España no será inmediata.

Como es sabido, el TCE encuentra su origen en la Carta Europea de la Energía de 1991, una declaración política firmada tras la caída del muro de Berlín, que fue suscrita por todas las repúblicas de la ex-Unión Soviética, los

¹ Carta dirigida por Teresa Ribera —Vicepresidenta del Gobierno y Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico—, José Manuel Albares —Ministro de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación— y Reyes Maroto —Ministra de Industria, Comercio y Turismo—, a Frans Timmermans —Vicepresidente ejecutivo de la Comisión Europea—, Valdis Dombrovskis —Vicepresidente ejecutivo de la Comisión Europea y Comisario de Comercio—, y Kadri Simson —Comisario de Energía—, disponible en <https://www.transnational-dispute-management.com/legal-and-regulatory-detail.asp?key=28116>.

España firmó el TCE y el Protocolo en la fecha de su adopción, procediendo a la aplicación provisional del primer texto desde esa fecha (*BOE*, núm. 117, de 17 de mayo de 1995). La aprobación del instrumento de ratificación por España del Tratado y del Protocolo se produjo el 11 de diciembre de 1997 (*BOE*, núm. 65, de 17 de marzo de 1998) y su depósito tuvo lugar el 16 de diciembre de ese mismo año.

² Aunque son numerosas las noticias en prensa que se hacen eco de la intención de estos gobiernos de proceder a la denuncia del TCE, basta para confirmarlo con acudir a la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía [2022/2934(RSP)], párr. 19. El anuncio de Dinamarca se produjo el pasado 13 de abril de 2023, mediante un comunicado del Ministerio danés de Clima, Energía y Servicios Públicos del que se ha hecho eco CIAR Global (véase en: <https://www.ciarglobal.com/Dinamarca>).

países de Europa central y del Este, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, los otros países europeos de la OCDE, Japón y Australia, para promover la cooperación en el ámbito energético, en particular: (i) articulando un marco de promoción y protección de las inversiones equiparable al que ofrecen los tratados bilaterales de promoción y protección de las inversiones, pero centrado en el sector de la energía; (ii) liberalizando los intercambios comerciales en aplicación de las reglas de la OMC, organización de la que no formaban parte en el momento de la firma del TCE las repúblicas de la ex-Unión Soviética; (iii) consagrando el principio de libertad de tránsito recogido en el art. V del GATT y estableciendo reglas para resolver los problemas específicos de conexión de los oleoductos fijos y de las redes eléctricas; y (iv) estableciendo asimismo ciertas reglas en materia de libre competencia, de transferencia de tecnología, de medio ambiente, de transparencia y de acceso al capital.

El TCE contiene numerosas disposiciones que han quedado obsoletas y que llaman a una revisión del texto en su conjunto, en particular a la vista del Acuerdo de París. Además, sus disposiciones en materia de protección de inversiones han suscitado el rechazo de amplios sectores de la opinión pública y de ciertos Gobiernos debido al número de arbitrajes entre inversores y Estados de inversión a que ha dado lugar (150 según la Secretaría de la Carta de la Energía³), a las reglas aplicables a dichos arbitrajes y al monto de las indemnizaciones reclamadas en ellos. España es el país que más demandas de arbitraje ha recibido con fundamento en el TCE (51 demandas) y que más veces ha sido condenado (al menos 20 laudos desfavorables que han impuesto más de 1.000 millones de euros en concepto de indemnización⁴), a resultas de los cambios regulatorios en el sector de las renovables a partir de 2010⁵.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la UE ha declarado incompatibles con los Tratados que rigen la Unión los arbitrajes intra-UE —esto es, entre uno o varios inversores de un Estado miembro y otro Estado miembro—, tanto si su base se encuentra en un tratado bilateral de protección de inversiones celebrado entre Estados miembros como si se fundamenta en el TCE. Así, en su sentencia de 2018 en el asunto *Achmea*, el Tribunal afirmó que los arts. 267 y 344 del TFUE se oponen a un arbitraje intra-UE basado en un tratado bilateral en la medida en que pone en peligro la autonomía y el carácter propio del Derecho de la UE⁶. Por su parte, en su sentencia de 2021 en el asunto *Komstroy*, el Tribunal ha extendido dicha afirmación a los

³ Véase en <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases>

⁴ *Ibidem*.

⁵ Para una descripción de los cambios regulatorios, véase, por ej., *The PV Investors c. España*, caso CPA núm. 2012-14, laudo de 20 de febrero de 2020.

⁶ Sentencia de marzo de 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, párrs. 56-60. La sentencia *Achmea* dio lugar a la celebración del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de protección de inversiones entre los Estados miembros de la UE, de 5 de mayo de 2020, *DOUE* núm. 169, de 29 de mayo de 2020.

arbitrajes intra-UE basados en el TCE⁷. Pues bien, una buena parte de los arbitrajes entablados contra Estados miembros de la UE con base en el TCE han sido iniciados por inversores de otros Estados miembros de la UE y, por lo tanto, están afectados por la sentencia *Komstroy*. Este es el caso no solo de la mayoría de los arbitrajes iniciados contra España como consecuencia de los cambios regulatorios en el sector de las renovables sino igualmente contra otros Estados miembros. Baste pensar en el arbitraje promovido por Vattenfall AB y otros contra Alemania por el cambio de su política en materia de energía nuclear⁸.

También debe recordarse que en los arbitrajes promovidos por inversores de Estados miembros de la UE contra otros Estados miembros, tanto estos como la Comisión Europea (interviniendo *amicus curiae*) han venido defendiendo ante los correspondientes tribunales arbitrales que el art. 26 del TCE —que regula el arbitraje de inversiones— no resulta de aplicación a los arbitrajes intra-UE, al contener el Tratado una suerte de “cláusula de desconexión implícita”⁹. Esta interpretación del precepto —que el TJUE hace suya en su sentencia de 2021 en el asunto *Komstroy*¹⁰— ha sido sistemáticamente rechazada por los tribunales arbitrales constituidos con fundamento en el TCE que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto, con la única salvedad del Tribunal arbitral en el asunto *Green Power Partners K/S y SCE Solar Don Benito APS c. España*, que en su laudo del pasado mes de junio de 2022 no sólo afirmó que “*Spain’s offer to arbitrate under the ECT is not applicable in intra-EU relations*” sino que también sostuvo que “[t]he primacy of EU law [...] precluded the unilateral offer to arbitrate in Article 26 ECT because inconsistent with the autonomy and primacy of EU law”¹¹.

En los dos epígrafes que siguen nos referiremos al proceso de “modernización” del TCE, cuyos resultados el gobierno español considera insatisfactorios, y a las medidas que cabe adoptar para evitar que el TCE sirva de base a arbitrajes de inversiones intra-UE.

2. EL PROCESO DE “MODERNIZACIÓN” DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA

A finales del año 2017, la Conferencia de la Carta de la Energía, prevista en el art. 34 del TCE, acordó iniciar en su seno un debate sobre la posibilidad

⁷ Sentencia de 2 de septiembre de 2021, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, párrs. 60-63.

⁸ Asunto resuelto por acuerdo entre las partes, caso CIADI nº ARB/12/12.

⁹ Véase, *per omnia*, BONO GOSALBO, Ricardo., “La crisis energética, el Derecho de la UE, el Derecho internacional y el arbitraje internacional: ¿un callejón sin salida?”, *RGDE*, núm. 58, 2022 (editorial), pp. 5 y ss.

¹⁰ Sentencia de 2 de septiembre de 2021, C-741/19, antes citada, párrs. 64-66.

¹¹ Caso SCC núm. V2016/135, Laudo de 16 de junio de 2022, párrs. 445 y 476, disponible en <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-green-power-k-s-and-sce-solar-don-benito-aps-v-kingdom-of-spain-award-thursday-16th-june-2022>

de revisar el texto convencional con vistas a su modernización, debate al que siguió la apertura en noviembre de 2018 de un proceso de negociaciones que desembocó el 24 de junio de 2022 en un “acuerdo de principio”¹².

La UE y sus Estados miembros han sido los principales impulsores de este proceso de revisión, en el que la Comisión Europea ha tenido un papel protagonista, que se ha traducido en la aportación de numerosas propuestas de enmienda del Tratado¹³. El liderazgo europeo de este proceso se debe a diversas razones. Por una parte, como ya se ha dicho, las disposiciones sobre protección de inversiones del TCE han servido de fundamento para numerosos arbitrajes intra-UE, que el Tribunal de Justicia de la UE considera contrarios al Derecho de la Unión. En segundo lugar, tras la atribución a la UE de una competencia exclusiva en materia de protección de inversiones en el marco de la política comercial común —con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa—, las instituciones de la UE han venido promoviendo la celebración de tratados de protección de inversiones con terceros países que se alejan en muchos aspectos del modelo tradicional en el que se inspiran las disposiciones sobre protección de inversiones del TCE, tanto por lo que se refiere a la propia regulación del arbitraje como al margen de apreciación que corresponde a los árbitros. Y en tercer lugar, la UE considera que la protección que el TCE otorga las inversiones en combustibles fósiles debe ser revisada a la luz de los objetivos derivados de su compromiso en la lucha contra el cambio climático, al tiempo que apuesta por que el Tratado sirva de instrumento para el fomento de las energías limpias.

El “acuerdo de principio” alcanzado en junio pasado aporta cambios significativos al TCE, de los que destacaremos dos grandes bloques. En primer lugar, los cambios dirigidos a adaptar el TCE a los objetivos del Acuerdo de

¹² Secretaría de la Carta de la Energía: “Agreement in Principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty”, documento CC 750 Rev, de 24 de junio de 2022, recogido como anejo en documento de trabajo del Consejo de la UE WK 9218/2022 INIT, de 27 de junio de 2022, disponible en https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf.

En su “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en la 33.ª reunión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía” [COM(2022) 521 final], de 5 de octubre de 2022, la Comisión Europea se refiere a 4 documentos que contendrían los proyectos definitivos de las decisiones a adoptar en dicha reunión, documentos que habrían sido “compartidos” con todas las partes en el TCE el 19 de agosto de 2022 con las referencias CC 760, CC 761, CC 762 y CC 763, a los que no hemos tenido acceso. Según se señala en la propuesta de la Comisión, el primer documento (CC 760) tendría por objeto las enmiendas propuestas al texto del TCE a adoptar por la Conferencia, el segundo (CC 761) las “modificaciones y cambios” propuestos a los anexos al TCE y el tercero (CC 762) los cambios propuestos a los acuerdos declaraciones y decisiones de la Conferencia; en cuanto al cuarto (CC 763), se trataría de un proyecto de decisión relativa a la entrada en vigor y la aplicación provisional de las enmiendas al TCE y de los cambios y modificaciones a sus Anexos.

¹³ Véanse los documentos “EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty”, enviado a la Secretaría de la Carta de la Energía el 19 de mayo de 2020 (según se señala en el documento citado a continuación), y “European Union’s (EU) additional submission to its text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty” (sin fecha), ambos disponibles en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf y https://energy.ec.europa.eu/system/files/2021-02/eu_submission_-_revised_definition_of_economic_activity_in_the_energy_sector_0.pdf

París y del “Pacto Europeo por el Clima”. En este primer bloque se incluyen enmiendas al texto que tienen por objeto, por ejemplo: la exclusión de su ámbito de protección de las inversiones en combustibles fósiles realizadas en la UE a partir de agosto de 2023, con un período transitorio para las centrales eléctricas e infraestructuras de gas preparadas para el hidrógeno o para gases con bajas emisiones de carbono; la exclusión de la protección de todas las inversiones en combustibles fósiles en la UE ya existentes tras diez años de la aplicación (provisional o definitiva) de las enmiendas al TCE o, a más tardar, el 31 de diciembre de 2040; o la ampliación del ámbito de protección del TCE a las energías renovables y de bajas emisiones de carbono, tales como el hidrógeno y los combustibles derivados, el amoníaco, el metanol, la biomasa, el biogás y los combustibles sintéticos.

En segundo lugar, se prevén diversas enmiendas a las disposiciones que articulan el mecanismo arbitral de arreglo de controversias entre una parte en el TCE y los inversores de otra parte, dirigidas, por ejemplo: a preservar el poder regulatorio de las partes para lograr la consecución de objetivos legítimos, tales como la protección del medio ambiente; a precisar el alcance de la obligación de otorgar a los inversores extranjeros un trato justo y equitativo, en particular, limitando la protección de las expectativas legítimas de los inversores a los supuestos en que se hubiera producido “*a clear and specific representation or commitment*” por la parte receptora de la inversión; a precisar asimismo el alcance de la protección otorgada en los supuestos de expropiaciones “indirectas”; o a excluir del ámbito de protección del TCE a los inversores que no tenga una actividad económica sustancial en el territorio de una de las partes (dejando así fuera a las llamadas “sociedades buzón”). En síntesis, este grupo de enmiendas adapta las disposiciones del TCE sobre arreglo de controversias al modelo que preside los acuerdos sobre protección de inversiones que viene celebrando la UE con terceros países, tales como el capítulo que sobre la materia se incluye en el CETA con Canadá, de 2016, o en los Acuerdos de protección de inversiones con Singapur o Vietnam, de 2018 y 2019, respectivamente.

La votación de las enmiendas al TCE resultantes del “acuerdo de principio” alcanzado en junio estaba prevista para el 22 de noviembre pasado, con ocasión de la 33.^a Conferencia de la Carta de la Energía. Sin embargo, la minoría de bloqueo formada en el COREPER de 18 de noviembre por Alemania, Francia, España y Países Bajos frente a la propuesta de aprobación de las enmiendas presentada por la Comisión Europea¹⁴ condujo a que esta solicitara posponer la votación de las enmiendas y que en la reunión de la Conferencia se acordara aplazar el debate para abril de 2023¹⁵.

¹⁴ Documento COM(2022) 521 final, de 5 de octubre de 2022, antes citado.

¹⁵ Véase la noticia publicada en <https://agenceurope.eu/en/bulletin/article/13067/8>. Véase asimismo el documento de la Secretaría de la Carta de la Energía CCDEC 2022, 32 NOT, de 22 de noviembre de 2022.

Dado que la adopción de las enmiendas al TCE requiere la unanimidad de las partes, de conformidad con su art. 36.1, y que son varios los Estados miembros de la UE que consideran insatisfactorios los resultados del “proceso de modernización”, es posible augurar un nuevo fracaso el próximo mes de abril¹⁶. Más aun teniendo en cuenta la resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 24 de noviembre de 2022 en la que, tras expresar una posición muy crítica con el “proceso de modernización” del TCE —y recordar que la UE no podría “ratificar” las enmiendas previstas sin el consentimiento del Parlamento—, llama a la Comisión Europea y a los Estados miembros a poner en marcha una salida coordinada del TCE, al tiempo que celebra el anuncio de retirada de Alemania, Francia, Eslovenia, España, Luxemburgo, Países Bajos y Polonia¹⁷.

Las críticas del Parlamento Europeo no se centran en la posibilidad de nuevos arbitrajes intra-UE —posibilidad frente a la que, como explicaremos en el siguiente epígrafe, la Comisión ha propuesto la celebración de un acuerdo entre los Estados miembros de la UE, que el Parlamento apoya— sino en la insuficiente adecuación de las enmiendas previstas con la política de la UE contra el cambio climático —en particular, al mantener, al menos temporalmente, la protección de las inversiones en combustibles fósiles— y al prever el mantenimiento del clásico mecanismo de “investor-state dispute settlement (ISDS)”, es decir, de arbitraje de inversiones. A este último respecto, el Parlamento se manifiesta en su resolución en favor del establecimiento de un Tribunal Multilateral de Inversiones (“MIC”), mostrando su apoyo a las propuestas en curso que en este sentido se debaten en el seno del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI¹⁸.

3. MEDIDAS QUE CABE ADOPTAR PARA EVITAR LOS ARBITRAJES INTRA-UE BASADOS EN EL TCE

El “acuerdo de principio” alcanzado en junio pasado en el seno de la Conferencia de la Carta de la Energía para la modernización del TCE, al que antes nos referimos, incluye una Decisión de la Conferencia con respecto a los arts. 24 y 25 del TCE, sobre “excepciones generales” y “acuerdos de integración económica” en el que se afirma “*for greater certainty*”, que determinados artículos del Tratado, entre los que figura el art. 26 sobre arbitraje de

¹⁶ Debe asimismo tenerse en cuenta que, en opinión al menos de un Estado miembro, el tratado de modernización del TCE podría resultar contrario al TUE o al TFUE. Así, el Gobierno de Bélgica formuló ante el Tribunal de Justicia de la UE una solicitud de dictamen basada en el art. 218.11 del TFUE en relación con el proyecto de modernización del TCE que el Tribunal declaró inadmisibile en su Dictamen 1/00, de 16 de junio de 2022 al carecer de elementos suficientes sobre el contenido del acuerdo previsto y, por lo tanto, dado el carácter prematuro de la solicitud.

¹⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, antes citada, párrs. 1 y ss.

¹⁸ Véase la evolución de los trabajos en el seno del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversores y Estados en https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state

inversiones, no resultan de aplicación entre partes que sean miembros de la misma organización regional de integración económica (excluyendo así los arbitrajes intra-UE)¹⁹.

La Comisión Europea también ha propuesto la adopción de un acuerdo posterior entre la UE, Euratom y los Estados miembros sobre la interpretación del TCE, confirmando que el TCE “no se aplica ni se ha aplicado nunca a las relaciones en el interior de la Unión” y que, por lo tanto, su artículo 26 “no puede servir ni ha podido servir nunca de base jurídica para los procedimientos de arbitraje relativos a las relaciones en el interior de la Unión” (art. 3)²⁰. En su propuesta, la Comisión configura este acuerdo como un tratado en el sentido del art. 41.1 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, es decir, como un tratado que modificaría el TCE en las relaciones entre la UE, Euratom y sus Estados miembros —señalando que las demás partes del TCE ya estarían informadas de la intención de celebrarlo, como exige el segundo apartado del art. 41 de la Convención—, al tiempo que invoca igualmente su art. 31.3.a) (acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones).

Ciertamente, la celebración del referido acuerdo permitiría evitar arbitrajes intra-UE en el futuro y, previsiblemente, cambiaría el rumbo de los arbitrajes en curso. Esto último al menos si se adoptara por la Conferencia de la Carta de la Energía la Decisión “for greater certainty”²¹.

¹⁹ Véase el documento CC 750 Rev, de 24 de junio de 2022, de la Secretaría de la Carta de la Energía, antes citado, p. 64.

²⁰ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, así como a los Estados miembros, sobre un acuerdo entre los Estados miembros, la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica sobre la interpretación del Tratado sobre la Carta de la Energía”, COM (2022) 523 final, de 5 de octubre de 2022 (el texto del borrador de acuerdo figura en Anexo).

²¹ Durante las negociaciones del TCE, la Comisión Europea intentó, sin éxito, introducir una declaración excluyendo la aplicación del art. 26 en controversias intra-UE (configurada como una auténtica “cláusula de desconexión” expresa). Finalmente, las Comunidades Europeas formularon una declaración interpretativa al art. 26 del TCE en el momento de su ratificación en 1997 en la que, en otras cosas, se afirmaba lo siguiente: “[...] las Comunidades Europeas y sus Estados miembros han celebrado el Tratado sobre la Carta de la Energía y son, por tanto, responsables internacionalmente del cumplimiento de las obligaciones en él contenidas, de acuerdo con sus respectivas competencias. [...] El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como institución judicial de las Comunidades, es competente para conocer de cualquier cuestión relativa a la aplicación e interpretación de los Tratados constitutivos y actos adoptados en virtud de éstos, entre ellos los Acuerdos internacionales celebrados por las Comunidades, que, en determinadas condiciones, podrán ser invocados ante el Tribunal de Justicia. [...] Puesto que el ordenamiento jurídico de las Comunidades establece los medios de entablar dicho recurso, las Comunidades Europeas no han dado su consentimiento incondicional al sometimiento de una controversia a arbitraje o conciliación internacional” (DOCE L 69, de 9 de marzo de 1998); la última frase transcrita fue reiterada en la nueva declaración formulada en 2019 por la UE (en su apartado 5), que venía a sustituir a la anterior (DOUE L 115, de 2 de mayo de 2019). Apartándose de los demás tribunales arbitrales ante los que se ha invocado esta declaración en arbitrajes intra-UE, el Tribunal en el asunto *Green Power Partners K/S y SCE Solar Don Benito APS c. España* consideró que constituye “a clear and unequivocal indication that the EU saw the EU legal system as the natural means of dispute settlement of investor claims, and therefore withheld its unconditional consent to arbitration” (laudo 16 de junio de 2022, antes citado, párr. 360).

Entiendo, sin embargo, que, a diferencia de dicha declaración interpretativa, el acuerdo propuesto por la Comisión Europea no debería suscitar dudas a los tribunales arbitrales que conozcan de arbitra-

Naturalmente, el acuerdo también resultaría de aplicación respecto de la “sunset clause” de 20 años contenida en el art. 47.3 del TCE en relación con las inversiones anteriores a la denuncia del Tratado²², permitiendo así evitar arbitrajes intra-UE basados en el art. 26 tanto respecto de Estados miembros de inversión que hubieran denunciado el Tratado con anterioridad a su conclusión (como es el caso de Italia) como que lo hagan en el futuro. En este sentido, la propuesta de acuerdo de la Comisión incluye una disposición conforme a la cual “[p]ara mayor seguridad, las Partes contratantes confirman [...] que [...] el artículo 47, apartado 3, del TCE no se aplica ni se ha aplicado nunca a las relaciones en el interior de la Unión”, añadiendo que “[e]n consecuencia, dicha disposición no puede haber producido efectos jurídicos en el interior de la Unión cuando un Estado miembro se haya retirado del TCE antes de la celebración del presente Acuerdo, ni producirá efectos jurídicos en el interior de la Unión si un Estado miembro se retira del TCE posteriormente”. Así pues, la celebración de dicho acuerdo entre los Estados miembros, la UE y Euratom resulta necesaria (o, al menos, muy conveniente) aun cuando todos ellos se retiren del Tratado, como propugna el Parlamento Europeo, si se quieren evitar nuevos arbitrajes intra-UE basados en el TCE.

El acuerdo en cuestión no serviría en cambio para evitar arbitrajes incoados con base en su art. 47.3 contra Estados miembros de la UE (o la propia UE) por inversores de terceros Estados parte en el TCE en caso de denuncia del Tratado por los primeros. Solo cabría evitar estos arbitrajes mediante la celebración por los Estados miembros (y la UE), en el marco de su retirada, de tratados con dichos terceros Estados que tuvieran por objeto desactivar o limitar los efectos de dicho precepto. En este sentido, en su resolución del pasado 24 de noviembre, el Parlamento Europeo “[s]ubraya la necesidad de actuar de manera coordinada al objeto de tener más fuerza en

jes intra-UE en cuanto a su falta de jurisdicción respecto de futuros arbitraje intra-UE, en aplicación del art. 41.1 de la Convención de Viena de 1969. En cuanto a los arbitrajes iniciados antes de la conclusión del acuerdo, también deberían a mi juicio descartar su jurisdicción en aplicación de la regla de interpretación contenida en el art. 31.1.a) de la misma Convención, al menos en la medida en que la Conferencia de la Carta de la Energía adoptara la Decisión “for greater certainty”.

En otro orden de consideraciones, el art. 5 de la propuesta de acuerdo contempla la obligación para los Estados miembros, la UE y Euratom, colaborando mutuamente, de informar a los tribunales arbitrales en los procedimientos pendientes de las consecuencias de las sentencias del TJUE en los asuntos *Achmea* y *Komstroy*, antes citadas, y, cuando esté en curso un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base del art. 26 del TCE, de solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente que lo revoque, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir. Por otra parte, el art. 4 de la propuesta de acuerdo deja a salvo los procedimientos de arbitraje que hayan finalizado con un acuerdo o con un laudo definitivo emitido y ejecutado antes del 6 de marzo de 2018 —fecha en que se pronunció la sentencia *Achmea*—, y no esté pendiente en esa fecha de ningún recurso.

²² Conforme al art. 47.3 del TCE, en caso de denuncia del Tratado por una parte, “[l]as disposiciones del presente Tratado continuarán siendo de aplicación para las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante durante un período de veinte años a partir de la fecha en que surta efecto la denuncia por dicha Parte del Tratado”; recuérdese que, con arreglo al apartado 2 del precepto, la denuncia surte efecto al año de la recepción de la notificación por el depositario o de cualquier otra fecha posterior que se indique en la notificación de la denuncia.

*las negociaciones de retirada, limitar los efectos negativos de la cláusula de extinción [...]*²³.

4. CONCLUSIÓN

El anuncio por el gobierno español de su intención de proceder a la denuncia del TCE no constituye un hecho aislado, ni responde únicamente a su legítimo deseo de evitar nuevas demandas arbitrales contra España basadas en el Tratado. Se inserta más bien en una corriente de la que participan cada vez más Estados miembros de la UE, que cuenta con el respaldo del Parlamento Europeo y que se explica por las dificultades de adaptar el contenido del TCE, en el marco del proceso iniciado para su modernización, a la política europea de lucha contra el cambio climático, así como por la necesidad de asegurar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal de la Unión en los asuntos *Achmea* y *Komstroy*, contrarias a los arbitrajes de inversión intra-UE.

Ahora bien, parece razonable esperar que la denuncia del TCE por España se realice en el marco de una acción concertada con el resto de los Estados miembros de la Unión, así como con la propia UE y Euratom. Son varias las razones en las que apoyo esta afirmación. En primer lugar, la denuncia del TCE por España sin que se produzca igualmente la de la UE y Euratom no evitaría eventuales reclamaciones arbitrales de inversores en territorio español contra la propia UE (y, en su caso, Euratom), reclamaciones que, de prosperar, podrían (aunque parece improbable) dar lugar a que España tuviera que hacer frente a las correspondientes indemnizaciones en aplicación del Reglamento (UE) 912/2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la UE sea parte²⁴.

En segundo lugar, no tendría sentido que España denunciara el TCE sin hacer lo posible por evitar la aplicabilidad de su art. 47.3 (durante 20 años) respecto de inversiones realizadas antes de la denuncia por inver-

²³ Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, antes citada, párr. 20.

²⁴ Reglamento (UE) 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, *DOUE* L 257, de 28 de agosto de 2014.

Entiendo que la posibilidad planteada resulta poco probable (que no imposible) puesto que, de acuerdo con el art. 3 del Reglamento, España sólo asumiría la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado al inversor extranjero por ella misma, quedando excluidos los supuestos en que ese trato fuera requerido por el Derecho de la Unión, siendo así que difícilmente cabría que un Tribunal arbitral imputara a la UE medidas contrarias al TCE adoptadas por España al margen de sus obligaciones comunitarias.

En relación con el Reglamento (UE) 912/2014, véase mi trabajo "The European Union Facing Investment Arbitration", en *The European Union's External Actions in Times of Crisis* (P. Eeckhout y M. López Escudero, eds.), ed. Hart Publishing, 2016, pp. 453-482, pp. 470 y ss.

sores de otros Estados miembros de la UE, lo que pasa, cuando menos, por la celebración del acuerdo entre los Estados miembros (además de la UE y Euratom) propuesto por la Comisión Europea, al que antes hicimos referencia.

En tercer lugar, la acción concertada de los Estados miembros, la UE y Euratom permitiría entablar con algún viso de éxito negociaciones con otros Estados parte en el TCE para desactivar o, al menos, limitar los efectos del art. 47.3 del TCE respecto de posibles demandas arbitrales formuladas por nacionales de estos terceros Estados.