

La objeción intra-uniión europea en el arbitraje internacional: una visión general

Enrique José Urdaneta Cordido-Freytes*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024, pp. 83-108

Resumen: El artículo examina el alegato de falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales en controversias sobre inversiones dentro de la Unión Europea. Ofrece una visión global de la normativa comunitaria y el régimen de protección de inversiones en los países de la UE. Analiza la sentencia Achmea, su impacto en la terminación de los TBIs intra-UE y el desarrollo posterior de esta doctrina. Explica los principales argumentos de la objeción intra-UE, incluyendo la invalidez de las cláusulas arbitrales, la primacía del derecho comunitario y la falta de diversidad territorial según el TCE. Finalmente, examina cómo la jurisprudencia arbitral ha tratado la objeción, tanto en las decisiones que la han desestimado como en los laudos recientes que la han declarado con lugar.

Palabras clave: Arbitraje de inversión, Unión Europea, jurisdicción.

Intra-eu objection in international arbitration: a general overview

Abstract: *The article examines the intra-EU objection to jurisdiction in investment arbitrations. It provides a comprehensive overview of the European legislation and the investment protection framework in EU countries. The analysis focuses on the Achmea judgment, its impact on the termination of intra-EU BITs, and the subsequent evolution of this legal doctrine. It also examines the main arguments supporting the intra-EU objection, including the invalidity of arbitration clauses, the principle of primacy of EU law, and the lack of geographic diversity under the ECT. Finally, the article analyzes arbitral jurisprudence on the objection, highlighting rulings that have rejected it and recent awards that have upheld it.*

Keywords: *Investment arbitration, European Union, jurisdiction.*

Autor invitado

* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello (2013) con la mención *summa cum laude*. Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York (2014). Miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) Miembro del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje. Asociado senior en el departamento de arbitraje internacional de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, con sede en Nueva York. El contenido de este artículo refleja exclusivamente la opinión personal del autor y no representa necesariamente la posición de la firma o la de sus clientes.

La objeción intra-uniión europea en el arbitraje internacional: una visión general

Enrique José Urdaneta Cordido-Freytes*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 83-108

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Marco normativo. 1.1. El sistema jurídico de la UE. 1.2. Régimen de protección de inversiones. 2. Sentencia Achmea. 3. Impacto de la sentencia Achmea. 3.1. Reacción de los Estados. 3.2. Jurisprudencia ulterior. 3.2.1. Komstroy. 3.2.2. PL Holdings. 3.2.3. Micula. 4. Fundamentos de la objeción intra-UE. 4.1. Invalidez de las cláusulas arbitrales. 4.2. Incompatibilidad bajo el marco de la Convención de Viena. 4.3. Alegatos complementarios bajo el TCE. 4.3.1. Falta de diversidad territorial. 4.3.2. Exclusión tácita. 4.3.3. Interpretación sistemática. 5. Jurisprudencia arbitral. 5.1. Decisiones desfavorables. 5.1.1. Validez del acuerdo arbitral. 5.1.2. Compatibilidad bajo el marco de la Convención de Viena. 5.1.3. TCE. 5.1.3.1. Diversidad territorial. 5.1.3.2. Ausencia de cláusula de desconexión. 5.1.3.3. Interpretación sistemática. 5.2. Decisiones favorables. 5.2.1. Green Power Partners. 5.2.2. Decisiones recientes. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversión en la Unión Europea experimenta una transformación sin precedentes debido al choque entre el ordenamiento jurídico comunitario y el régimen internacional de protección de inversiones.

En el centro de esta tensión se encuentran los arbitrajes de inversión intracomunitarios o intra-UE donde inversionistas de los Estados miembros de la Unión Europea (“UE”) demandan a otros Estados miembros. Los demandados, por su parte, alegan la falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales por tratarse de controversias cuyo conocimiento está reservado exclusivamente al sistema jurisdiccional europeo (“objeción intra-UE”).¹

* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello (2013) con la mención *summa cum laude*. Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York (2014). Miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) Miembro del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje. Asociado senior en el departamento de arbitraje internacional de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, con sede en Nueva York. El contenido de este artículo refleja exclusivamente la opinión personal del autor y no representa necesariamente la posición de la firma o la de sus clientes.

¹ Véase, por ejemplo, *SunReserve Luxco Holdings SÀRL et al. v. Italia*, Cámara de Comercio de Estocolmo (“SCC” por sus siglas en inglés) (Caso No. 2016/32), Laudo Final del 25 de marzo de 2020, 404-405, <https://bit.ly/3VwSdwr>. La Comisión Europea también ha intervenido como *amicus curiae* en numerosos arbitrajes intracomunitarios para respaldar esta posición. Al respecto, véase: Francesco Montanaro, *The European Union and International Investment Law: The Two Dimensions of an Uneasy Relationship* (Bloomsbury, 2023), 51-53, 62-71. Uno de los primeros *amici curiae* de la Comisión puede consultarse en: *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. República Checa*, SCC (Caso No. 088/2004), Laudo Parcial del 27 de marzo de 2007, 119, <https://bit.ly/3CJCeEB>.

La objeción intra-UE ha dado lugar a discrepancias entre la jurisprudencia arbitral y la jurisprudencia europea. Aunque la mayoría de los tribunales arbitrales suelen rechazar esta objeción,² el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido de manera reiterada que las cláusulas arbitrales contenidas en Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados miembros de la UE (“TBI intra-UE”) son incompatibles con la normativa comunitaria.³

Además, los Estados de la UE han adoptado una serie de medidas para hacer valer las sentencias de su máximo tribunal como, por ejemplo, la terminación de todos aquellos TBIs intra-UE.⁴ Dada la trascendencia de esta objeción en el arbitraje internacional, consideramos pertinente examinar sus principales hitos normativos y jurisprudenciales, los fundamentos que la respaldan y su tratamiento por la jurisdicción arbitral, incluyendo recientes decisiones arbitrales que la han acogido.

1. Marco normativo

Para contextualizar el conflicto entre el ordenamiento jurídico comunitario y el arbitraje de inversión intra-UE, resulta indispensable examinar -al menos a grandes rasgos- su marco normativo. En este sentido, revisaremos brevemente los fundamentos del derecho comunitario y el régimen de protección de inversiones en la UE.

1.1. El sistema jurídico de la UE

La UE es una asociación económica y política formada por 27 países europeos que delegaron parte de su soberanía a un conjunto de instituciones para la toma de decisiones sobre asuntos de interés común.⁵

El Tratado de la Unión Europea (“TUE”) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) constituyen los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico de la UE. El TUE establece los valores, principios y la estructura institucional de la UE, mientras que el TFUE desarrolla las competencias, límites y políticas sectoriales que guían las acciones de la UE.⁶

² Al respecto, véase: sección 5.1, *infra*.

³ República de Eslovaquia v. Achmea B.V., Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto No. C-284/16), sentencia del 6 de marzo de 2018, 31-60, <https://bit.ly/4fKl1cC>.

⁴ Véase: Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, 5 de mayo de 2020, Diario Oficial de la Unión Europea del 29 de mayo de 2020, <https://bit.ly/40G1170>; sección 3.1, *infra*.

⁵ Para un estudio de la historia y evolución de la UE, puede consultarse: Christiaan Timmermans, “The Genesis and Development of the European Communities and the European Union,” en *The Law of the European Union and the European Communities*, eds. Paul Kaptey et al., 5ta ed. (Wolters Kluwer, 2018).

⁶ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento producto de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, Diario Oficial de la Unión Europea del 30 de marzo de 2010, <https://bit.ly/4eV1xRC>.

El derecho comunitario se caracteriza por su autonomía, primacía y efecto directo. La autonomía implica que la normativa europea opera con independencia de los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros.⁷ La primacía supone que el ordenamiento comunitario prevalece sobre el derecho interno de los Estados miembros, incluso sobre normas constitucionales.⁸ El efecto directo, por su parte, faculta a los ciudadanos de la UE a invocar la normativa europea ante cualquier tribunal nacional aún cuando esta no haya sido desarrollada internamente.⁹

Los Estados miembros de la UE deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la efectiva aplicación del derecho comunitario.¹⁰ Cada miembro confía en que los demás cumplirán y acatarán la normativa europea.¹¹ Esta confianza mutua entre los Estados permite el funcionamiento eficaz del mercado único y la cooperación judicial entre los miembros de la UE.

A nivel institucional, la UE cuenta con siete organismos encargados de defender los intereses comunitarios y asegurar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones.¹² Estas instituciones son: (i) el Consejo Europeo (responsable de la dirección de la política general);¹³ (ii) la Comisión Europea (órgano ejecutivo);¹⁴ (iii) el Parlamento Europeo (responsable de la aprobación de las leyes y los presupuestos de la UE);¹⁵ (iv) el Consejo de la Unión Europea (colegislador junto con el Parlamento);¹⁶ (v) el Tribunal de Justicia (máxima autoridad judicial);¹⁷ (vi) el Tribunal de Cuentas (responsable del control financiero);¹⁸ y (vii) el Banco Central Europeo (gestiona la política monetaria).¹⁹

El Tribunal de Justicia de la UE ("TJUE"), como veremos poco más adelante, ha desempeñado un papel protagónico en la obediencia intra-UE, al ser el encargado de garantizar la interpretación uniforme y la correcta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario.²⁰ Para asegurar dicha coherencia, el artículo 267 del TFUE establece el

⁷ Klaus-Dieter Borchardt, *El ABC del Derecho de la Unión Europea* (Comisión Europea, 2017), 143-144, <https://bit.ly/4i5hPde>. En este artículo, al igual que lo hace la doctrina, utilizamos indistintamente las expresiones "derecho comunitario", "derecho de la UE", "normativa europea" y "ordenamiento jurídico comunitario".

⁸ La preeminencia del ordenamiento jurídico comunitario fue establecida por el Tribunal de Justicia de la UE en la sentencia *Flaminio Costa v. ENEL* del 15 de julio 1964. Esta decisión puede consultarse en: <https://bit.ly/4gn7oAj>.

⁹ El Tribunal de Justicia de la UE reconoció el efecto directo del derecho comunitario en la sentencia *Van Gend & Loos v. Administración Tributaria neerlandesa* del 5 de febrero de 1963. La sentencia está disponible en: <https://bit.ly/4fYpKI5>.

¹⁰ TUE, artículos 2 y 3.

¹¹ República de Eslovaquia v. *Achmea B.V.*, Tribunal de Justicia de la UE, sentencia del 6 de marzo de 2018, 34; TUE, artículo 4(3).

¹² TUE, artículo 13.

¹³ TUE, artículo 15; TFUE, artículos 235-236.

¹⁴ TUE, artículo 17; TFUE, artículos 244-250.

¹⁵ TUE, artículo 14; TFUE, artículos 223-234.

¹⁶ TUE, artículo 16; TFUE, artículos 237-243.

¹⁷ TUE, artículo 19; TFUE, artículos 251-281.

¹⁸ TUE, artículo 13; TFUE, artículos 285-287.

¹⁹ TUE, artículo 13; TFUE, artículos 128, 282-284.

²⁰ TUE, artículo 19.

procedimiento de remisi3n prejudicial en virtud del cual los tribunales nacionales de los Estados miembros pueden -y, en el caso de los que resuelven en 3ltima instancia, deben- consultar al TJUE sobre la interpretaci3n o validez de la normativa comunitaria.²¹ Las decisiones del TJUE son definitivas, vinculantes y de obligatorio cumplimiento.

Por 3ltimo, conviene se1alar que bajo el art3culo 344 del TFUE los Estados de la UE est3n obligados a resolver las controversias sobre la aplicaci3n o interpretaci3n del derecho comunitario exclusivamente mediante los mecanismos previstos en los Tratados de la UE.²² Esta disposici3n busca reforzar la autonom3a del ordenamiento jur3dico europeo y garantizar su interpretaci3n uniforme.

1.2. R3gimen de protecci3n de inversiones

Durante las d3cadas de 1980 y 1990, los pa3ses de Europa Central y del Este que, para entonces no eran miembros de la UE, firmaron un conjunto de TBIs con los principales Estados de la UE para atraer inversi3n extranjera a sus territorios.²³ Los tratados previeron garant3as para los inversionistas (trato justo y equitativo, trato nacional, naci3n m3s favorecida, indemnizaci3n por expropiaci3n, entre otras) e incluyeron cl3ulas de arbitraje de inversi3n.

La posterior adhesi3n de estos pa3ses a la UE transform3 los TBIs en acuerdos intra-UE. Ello, a su vez, origin3 la coexistencia de dos sistemas jur3dicos diferentes. Por un lado, el ordenamiento jur3dico comunitario que reserva la facultad de interpretar el derecho de la UE exclusivamente al sistema jurisdiccional europeo y, por el otro, el sistema internacional de protecci3n de inversiones que contempla el arbitraje como un mecanismo alternativo de resoluci3n de controversias entre Estados e inversionistas.²⁴

La tensi3n entre ambos sistemas se profundiz3 con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009. Este tratado reform3 los textos fundacionales de la UE (TUE y TFUE) y expandi3 sus competencias exclusivas, particularmente en la pol3tica comercial com3n. Dentro de esta pol3tica se incluy3 la inversi3n extranjera directa, el comercio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual.²⁵

Por su parte, en 1994 la Uni3n Europea y sus Estados miembros adoptaron el Tratado sobre la Carta de la Energ3a ("TCE"). El TCE estableci3 el marco jur3dico para fortalecer la cooperaci3n energ3tica entre Europa Occidental y los Estados post-sovi3ticos.

²¹ TFUE, art3culo 267.

²² TFUE, art3culo 344.

²³ Carrie Anderer, "Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty," *Brooklyn Journal of International Law* 35, No. 3 (2010), 852-853, <https://bit.ly/4fKIRpM>.

²⁴ *Id.*, 853; Cecilia Olivet, *A Test for European solidarity: The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties* (Transnational Institute, 2013), 3, <https://bit.ly/30nvwH9>.

²⁵ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Uni3n Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007, Diario Oficial de la Uni3n Europea del 17 de diciembre de 2007, 157-158, bit.ly/3VaTWHn.

A tal fin, incorporó garantías sustantivas para la protección de inversiones en el sector energético, mecanismos para facilitar el comercio de estos recursos y una cláusula de resolución de controversias inversionista-Estado.²⁶

La coexistencia de estos regímenes de protección de inversiones y del ordenamiento jurídico comunitario ha generado conflictos normativos. En este sentido, los Estados de la UE reclaman la jurisdicción exclusiva del sistema judicial europeo sobre las disputas que versan sobre la aplicación del derecho comunitario, mientras que los inversionistas abogan por la jurisdicción arbitral en virtud de las cláusulas de resolución de disputas de los TBIs y el TCE.²⁷ Este choque ha dado origen a decisiones judiciales y arbitrales contradictorias.

2. Sentencia Achmea

El 6 de marzo de 2018, el Tribunal de Justicia de la UE dictó la sentencia en el caso República de Eslovaquia v. Achmea B.V. Esta decisión, conocida como la sentencia Achmea, marcó un hito fundamental en materia de la objeción intra-UE.²⁸

Los hechos del caso guardan relación con una demanda arbitral incoada por una aseguradora holandesa contra Eslovaquia bajo el TBI entre ambos países. La demandante solicitó compensación por los daños causados por medidas gubernamentales que prohibieron la distribución de beneficios a empresas privadas en el sector sanitario eslovaco. El tribunal arbitral consideró que las acciones gubernamentales violaron los derechos del inversionista y condenó a la demandada al pago de 22,1 millones de euros.²⁹

Eslovaquia interpuso un recurso de nulidad contra el laudo ante los tribunales en Frankfurt por ser esta la sede del tribunal arbitral. El asunto llegó en casación al Tribunal Supremo alemán quien planteó una cuestión prejudicial al TJUE para determinar la compatibilidad de las cláusulas arbitrales del TBI intra-UE con el derecho comunitario.³⁰

El TJUE, antes de examinar el *thema decidendum*, destacó el carácter autónomo del derecho de la UE y su primacía sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados

²⁶ Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado el 17 de diciembre de 1994, artículos 2-15, 26-28. <https://bit.ly/4g3580q>. El TCE fue suscrito por 53 países y entró en vigor en abril de 1998. El 27 de junio de 2024, la UE notificó formalmente su retirada del TCE al depositario del tratado, la cual será efectiva un año después de recibida la notificación. Consejo de la Unión Europea, "Tratado sobre la Carta de la Energía: la UE notifica su retirada," comunicado de prensa, 27 de junio de 2024, <https://bit.ly/3Z625xV>.

²⁷ Al respecto, véase Comisión Europea, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Protección de la inversión intra-UE", 19 de julio de 2018, 2. <https://bit.ly/3Or2NB2>.

²⁸ República de Eslovaquia v. Achmea B.V., TJUE, sentencia del 6 de marzo de 2018, 34. Para un resumen de la sentencia, véase: Kim Talus y Katarina Särkänne, "Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investments in the EU," en *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU*, eds. Ana Stanič y Crina Baltag (Kluwer Law International, 2020), 9-11.

²⁹ República de Eslovaquia v. Achmea B.V., TJUE, sentencia del 6 de marzo de 2018, 2, 3, 6-12.

³⁰ *Id.*, 12-26. Para un examen suscito del procedimiento de remisión prejudicial y su aplicación al caso Achmea, véase: Laurens Ankersmit, "Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?," *Investment Treaty News*, 24 de abril de 2018, <https://bit.ly/4f0LDcz>.

miembros.³¹ Tras reafirmar que ningún tratado internacional puede comprometer estos principios de la normativa europea, procedió a analizar la compatibilidad de la cláusula arbitral. Para ello, consideró tres elementos fundamentales.

En primer lugar, examinó si los árbitros podían verse en la necesidad de aplicar e interpretar el derecho de la UE. En el caso en cuestión, los árbitros debían -bajo el TBI- considerar las leyes de la parte afectada. El TJUE reafirmó que el ordenamiento jurídico comunitario forma parte de la legislación de los países de la UE y, por tanto, concluyó que los árbitros debían interpretar el derecho de la UE.³²

En segundo lugar, evaluó si los tribunales arbitrales del TBI podían considerarse como “órganos jurisdiccionales” bajo el TFUE y, por tanto, formular consultas prejudiciales. En criterio del TJUE, la jurisdicción arbitral tiene una naturaleza excepcional y no forma parte del sistema judicial de los Estados. En consecuencia, los tribunales arbitrales no pueden calificarse como órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, ni acceder al mecanismo de remisión prejudicial.³³

En tercer lugar, analizó la medida en que los tribunales nacionales europeos podían revisar el laudo para asegurar su compatibilidad con el derecho comunitario. El TJUE destacó que la revisión judicial se ve mermada por el carácter definitivo del laudo y por el hecho de que los tribunales arbitrales eligen su sede y, por consiguiente, el derecho aplicable al control judicial. Estos factores, en criterio del TJUE, impiden que los tribunales europeos puedan asegurar la compatibilidad del laudo con la normativa comunitaria tanto más cuanto que los arbitrajes de inversión intra-UE surgen de acuerdos en virtud de los cuales los Estados sustraen de sus tribunales nacionales las controversias sobre el derecho de la UE.³⁴

Por todo lo anterior, el TJUE concluyó que las cláusulas arbitrales en TBIs intra-UE violan la autonomía del derecho comunitario y el principio de confianza mutua entre los Estados ya que posibilitan la resolución de controversias sobre la aplicación e interpretación del derecho comunitario mediante mecanismos ajenos al control jurisdiccional de la UE.³⁵

³¹ República de Eslovaquia v. Achmea B.V., TJUE, sentencia del 6 de marzo de 2018, 33-37.

³² *Id.*, 39-42.

³³ *Id.*, 43-49.

³⁴ *Id.*, 50-55. Al explicar este punto, el Tribunal distinguió entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión. El primero, en criterio del TJUE, surge de la autonomía de la voluntad, mientras que el segundo deriva de tratados mediante los cuales los Estados socavan la jurisdicción de sus tribunales nacionales.

³⁵ *Id.*, 56-58.

3. Impacto de la sentencia Achmea

La sentencia Achmea marcó un punto de inflexión en el arbitraje de inversión intra-UE. Este nuevo escenario impulsó una respuesta coordinada de los Estados miembros y las instituciones europeas, materializada en declaraciones políticas, la terminación de los TBIs intra-UE y una serie de decisiones judiciales sobre la materia.

3.1. Reacción de los Estados

En enero de 2019, los Estados miembros de la UE emitieron comunicados sobre las consecuencias jurídicas y políticas de la sentencia Achmea en el régimen de protección de inversiones y, en particular, en el arbitraje intra-UE.³⁶ Si bien hubo consenso sobre la necesidad de terminar los TBIs intracomunitarios, surgieron posturas divergentes respecto a la aplicabilidad de la sentencia a los arbitrajes bajo el TCE.

La mayoría de los Estados consideró que los principios de Achmea eran aplicables a las disputas de inversión intra-UE bajo el TCE,³⁷ sin embargo, un grupo minoritario se abstuvo, alegando que la sentencia no se pronunció de manera explícita sobre la validez del arbitraje en el marco del TCE.³⁸

En mayo de 2020, veintitrés Estados firmaron el “Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales entre los Estados miembros de la Unión Europea” (“Acuerdo de Terminación”). El Acuerdo dispuso la terminación de aproximadamente 130 TBIs intra-UE y reafirmó la incompatibilidad de sus cláusulas arbitrales con el ordenamiento comunitario.³⁹ No obstante, excluyó expresamente de su ámbito de aplicación las controversias intracomunitarias bajo el artículo 26 del TCE.⁴⁰

³⁶ “Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea...”, declaración de 22 países, 15 de enero de 2019, (“Declaración de la mayoría de los Estados miembros de la UE”), <https://bit.ly/3Z50No3>; “Declaration of the Representatives of the Governments of Finland, Luxembourg, Malta, Slovenia and Sweden on the Legal Consequences...”, declaración de Finlandia, Luxemburgo, Eslovenia, Malta y Suecia, 16 de enero de 2019 (“Declaración de 5 Estados de la UE”), <https://bit.ly/48S0XCM>; “Declaration of the Representative of the Government of Hungary on the Legal Consequences...”, declaración de Hungría, 16 de enero de 2019 (“Declaración de Hungría”), <https://bit.ly/3Z5eIKZ>.

³⁷ Declaración de la mayoría de los Estados miembros de la UE, 3-4. Al respecto, véase: Epaminontas Triantafylou y David Pusztai, “Achmea, Investment Treaty Arbitration, Public International Law and EU Law: The Way Forward,” en *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU*, eds. Ana Stanić y Crina Baltag (Kluwer Law International 2020), 47-48.

³⁸ Declaración de 5 Estados de la UE, 3; Declaración de Hungría, 3.

³⁹ Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, 5 de mayo de 2020, Diario Oficial de la Unión Europea del 29 de mayo de 2020, artículo 2 y anexo A, <https://bit.ly/40G1170>. El acuerdo entró en vigor el 29 de agosto de 2020 y no fue firmado por Austria, Finlandia, Suecia e Irlanda. Al respecto, véase: August Reinisch y Johannes Tropper, “Investment Arbitration, The Termination Agreement of intra-EU BITs,” *Austrian Yearbook on International Arbitration*, eds. Christian Klausegger et al. (Kluwer Law, 2022), 301-308.

⁴⁰ Acuerdo para la Terminación, sección Considerandos.

Asimismo, el Acuerdo estableci6 la extinci6n de las cl6usulas de remanencia de los TBIs intra-UE. Estas cl6usulas suelen extender temporalmente las protecciones del inversionista consagradas en los Tratados tras la terminaci6n de los mismos.⁴¹ La controversia actual radica en determinar si dichas cl6usulas subsisten 6nicamente en casos de terminaci6n unilateral o si persisten incluso cuando las partes han acordado mutuamente su extinci6n.⁴²

Finalmente, el Acuerdo reafirm6 la falta de jurisdicci6n de los tribunales arbitrales para resolver disputas iniciadas despu6s de la sentencia *Achmea* e impuso a los Estados la obligaci6n de comunicar a los tribunales arbitrales los efectos de dicha sentencia.⁴³

3.2. Jurisprudencia ulterior

La decisi6n *Achmea* estableci6 la incompatibilidad de los BITs intra-UE con el ordenamiento jur6dico comunitario, sin embargo, surgieron interrogantes sobre su aplicabilidad a acuerdos multilaterales como el TCE y la validez de los acuerdos de arbitraje *ad hoc* entre Estados miembros e inversionistas. El TJUE abord6 estos temas en sentencias posteriores que pasamos a examinar a continuaci6n.

3.2.1. *Komstroy*

Los hechos del caso *Rep6blica de Moldavia v. Komstroy LLC* guardan relaci6n con una disputa arbitral por incumplimientos de contratos de compraventa de electricidad entre la empresa ucraniana *Komstroy* (subrogada en los derechos de *Energoalians*) y la Rep6blica de Moldavia. El tribunal arbitral, con sede en Par6s, determin6 que *Moldavia* hab6 violado el art6culo 26 del TCE y la conden6 al pago de da6os y perjuicios.⁴⁴

La demandada interpuso un recurso de anulaci6n ante los tribunales franceses. En el marco de este procedimiento, la *Cour d'appel* de Par6s solicit6 una cuesti6n prejudicial al TJUE. Si bien la consulta se centraba en la definici6n de inversi6n bajo el TCE y la procedencia del mecanismo de resoluci6n de disputas,⁴⁵ el TJUE analiz6 -en forma de *obiter dictum*- la compatibilidad del arbitraje intra-UE bajo el TCE con el ordenamiento jur6dico comunitario.

⁴¹ Acuerdo para la Terminaci6n, art6culo 2(2).

⁴² La mayor6a de la doctrina se inclina por considerar extintas las cl6usulas de remanencia cuando la terminaci6n del tratado ha sido mutua y se ha pactado expresamente su extinci6n. V6ase: Reinisch y Tropper, "Investment Arbitration, The Termination Agreement of intra-EU BITs," 315-326.

⁴³ Acuerdo para la Terminaci6n, art6culos 4(1), 7.

⁴⁴ *Rep6blica de Moldavia v. Komstroy LLC*, TJUE (Asunto No. C-741/19), sentencia del 2 de septiembre de 2021, 8-13, <https://bit.ly/3CqmFSd>. Para una s6ntesis de la decisi6n, v6ase: Stefan Dobrijevi6, "Investment Arbitration, The European Court of Justice on Investment Arbitrations after *Achmea*: Last Nails in the Coffin of Intra-EU Investment Arbitrations?," *Austrian Yearbook on International Arbitration*, eds. Christian Klausegger et al. (Kluwer Law, 2023), 328-331.

⁴⁵ *Rep6blica de Moldavia v. Komstroy LLC*, TJUE, sentencia del 2 de septiembre de 2021, 14-20.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia examinó su competencia ya que ninguna de las partes pertenecía a la UE. Para ello, destacó su facultad general para interpretar los actos adoptados por las instituciones de la UE y la elección del derecho francés como *lex fori*. Por un lado, el TCE es una norma del ordenamiento jurídico comunitario ya que la UE es Parte Contratante de ese tratado.⁴⁶ Por otro lado, la elección de París como sede arbitral implica la aplicación tanto del derecho francés como del derecho comunitario.⁴⁷ En consecuencia, el TJUE se declaró competente para resolver la cuestión prejudicial.

Una vez establecida su competencia, el TJUE reiteró las características esenciales del ordenamiento jurídico comunitario y aplicó los tres criterios desarrollados en *Achmea*. Primero, concluyó que los tribunales arbitrales bajo el TCE necesariamente deben interpretar el derecho de la UE ya que el TCE forma parte del ordenamiento jurídico comunitario.⁴⁸ Segundo, reafirmó que estos tribunales no forman parte del sistema jurisdiccional de la UE ni pueden solicitar decisiones prejudiciales.⁴⁹ Por último, resaltó que el control judicial sobre los eventuales laudos es muy limitado, lo que impide garantizar su compatibilidad con el derecho de la UE.⁵⁰

Por estas razones, el TJUE concluyó que la cláusula arbitral del TCE, pese a su naturaleza multilateral, regula relaciones esencialmente bilaterales y resulta incompatible con el derecho comunitario en controversias intra-UE.⁵¹ No obstante, precisó que dicha incompatibilidad no afecta a las reclamaciones arbitrales presentadas por inversionistas de Estados no miembros de la UE contra Estados miembros bajo el TCE.⁵²

3.2.2. PL Holdings

En la sentencia dictada en el caso *República de Polonia v. PL Holdings Sarl*, el TJUE examinó la validez de los convenios arbitrales *ad hoc* celebrados entre un Estado de la UE y un inversionista de otro Estado miembro.⁵³

La controversia se originó cuando PL Holdings, sociedad luxemburguesa, inició un procedimiento arbitral contra Polonia bajo el TBI entre Bélgica, Luxemburgo y Polonia. La demandante reclamó daños tras la decisión de un órgano gubernamental polaco de suspender los derechos de voto de sus acciones y ordenar su venta forzosa.

⁴⁶ *Id.*, 22-31.

⁴⁷ *Id.*, 32-37.

⁴⁸ *Id.*, 49-50.

⁴⁹ *Id.*, 51-53.

⁵⁰ *Id.*, 54-60.

⁵¹ *Id.*, 64-66.

⁵² *Id.*, 66.

⁵³ *República de Polonia v. PL Holdings Sàrl*, TJUE (Asunto No. C-109/20), sentencia del 26 de octubre de 2021, <https://bit.ly/4etdLQT>.

El tribunal arbitral acogió los alegatos de PL Holding y dict6 un laudo contra la demandada en Estocolmo.⁵⁴

Polonia solicit6 la anulaci6n del laudo ante los tribunales suecos alegando violaciones al orden p6blico y la nulidad de la cl6usula arbitral del TBI. Por su parte, PL Holdings afirm6 que su solicitud de arbitraje constituía una nueva oferta para celebrar un convenio arbitral *ad hoc* en t6rminos id6nticos a los del TBI. Esta oferta fue aceptada de manera t6cita por Polonia al no objetar oportunamente la jurisdicci6n del tribunal. El Tribunal Supremo sueco elev6 una cuesti6n prejudicial al TJUE para determinar la validez de este nuevo acuerdo que reemplaz6 la cl6usula arbitral del TBI.⁵⁵

El TJUE ratific6 la invalidez de la oferta arbitral contenida en los TBIs intra-UE que sustraen de la jurisdicci6n europea las controversias sobre la aplicaci6n del derecho de la UE.⁵⁶ En el caso concreto, el Tribunal consider6 que celebrar un acuerdo arbitral *ad hoc* en t6rminos id6nticos a los de una cl6usula intra-UE declarada inv6lida, constituía un intento de eludir la aplicaci6n del derecho comunitario y, por tanto, dicha cl6usula era igualmente nula.⁵⁷

Por otro lado, el TJUE señal6 que, aunque existían elementos en el expediente que sugerían que Polonia había objetado la jurisdicci6n arbitral, la determinaci6n de los elementos de hecho de esta aseveraci6n correspondía al tribunal sueco. No obstante, enfatiz6 que la validez de la jurisdicci6n arbitral no podía depender del comportamiento procesal de las partes, especialmente cuando el propio Estado miembro incumple el derecho comunitario.⁵⁸

Finalmente, el Tribunal concluy6 que cualquier intento de convalidar las cl6usulas arbitrales de los TBIs intra-UE es incompatible con el ordenamiento jurídico comunitario, dado que dichas controversias deben resolverse dentro del sistema judicial de la UE.⁵⁹

3.2.3. Micula

En el caso Comisi6n Europea v. Micula, el TJUE examin6 la validez de un laudo que orden6 indemnizaciones contrarias a las normas de ayudas estatales de la UE. La historia procesal del procedimiento es compleja, sin embargo, nos centraremos en su secuencia temporal ya que el arbitraje comenz6 antes de la adhesi6n de Rumanía a la UE, pero el laudo se dict6 luego de su incorporaci6n.⁶⁰

⁵⁴ *Id.*, 12-21.

⁵⁵ *Id.*, 22-33.

⁵⁶ *Id.*, 44-46.

⁵⁷ *Id.*, 47-48.

⁵⁸ *Id.*, 41-42, 51.

⁵⁹ *Id.*, 54.

⁶⁰ Comisi6n Europea v. Ion Micula et al., TJUE (Asunto No. C-638/19P), sentencia del 25 de enero de 2022, <https://bit.ly/3CBL4E8>. Para un resumen de la sentencia, véase: Erica Stein y Quentin Muron, "Komstroy, PL Holdings, Micula: closing the door to intra-EU investment arbitration – again?," *Belgian Review of Arbitration*, eds. Caroline Verbruggen et al. (Wolters Kluwer, 2022), 30-34.

En 2005, dos años antes del ingreso de Rumanía a la UE, inversionistas suecos iniciaron un arbitraje CIADI bajo el TBI Rumanía-Suecia reclamando daños derivados de la revocación anticipada de determinados incentivos fiscales. En 2013, el tribunal arbitral condenó a Rumanía al pago de una indemnización por vulnerar las expectativas legítimas de los inversionistas y el estándar de trato justo y equitativo.⁶¹

En 2015, la Comisión Europea ordenó a Rumanía abstenerse de pagar la condena del laudo ya que el mismo violaba la prohibición de ayudas estatales en la UE. En 2019, el Tribunal General de la UE⁶² anuló la decisión de la Comisión al considerar que las normas de ayudas estatales no podían aplicarse a hechos ocurridos antes de la adhesión de Rumanía a la UE. Esta sentencia fue casada por el TJUE.⁶³

En su decisión, el TJUE subrayó que, para determinar la aplicabilidad del derecho comunitario, era necesario precisar el momento en que surgió el derecho a la indemnización por la eliminación de las ayudas estatales. A tal efecto, señaló que el daño se originó con la revocación de los incentivos fiscales ocurrida antes de la adhesión de Rumanía a la UE, sin embargo, el derecho a la indemnización surgió con el laudo arbitral pues fue este el que declaró su existencia y fijó su cuantía. Dado que el laudo se dictó después de la adhesión de Rumanía a la UE, el TJUE concluyó que el ordenamiento jurídico comunitario era aplicable y que la ejecución del laudo supondría el restablecimiento de ayudas estatales incompatibles con el derecho de la UE.⁶⁴

En criterio del TJUE, el hecho de que Rumanía hubiera otorgado su consentimiento al arbitraje antes de su adhesión a la UE no alteraba sus conclusiones, puesto que el sistema jurisdiccional europeo sustituyó al arbitral desde la incorporación de Rumanía a la UE. Por consiguiente, el consentimiento previamente otorgado para el arbitraje carecía de objeto y, por tanto, quedó sin efecto.⁶⁵

En paralelo al desarrollo de los procedimientos ante las instituciones de la UE, los inversionistas emprendieron acciones para ejecutar el laudo. En 2020, la Corte Suprema del Reino Unido autorizó su ejecución, al considerar que bajo el artículo 351 del TFUE⁶⁶ las obligaciones del Convenio CIADI eran anteriores a la adhesión del Reino Unido a la UE y, por tanto, tenían primacía sobre el derecho europeo.⁶⁷

⁶¹ Comisión Europea v. Ion Mícula et al., TJUE, sentencia del 25 de enero de 2022, 14-27.

⁶² El Tribunal General es el órgano competente para resolver los recursos de nulidad contra los actos de las instituciones de la UE. Sus sentencias pueden ser revisadas por el TJUE en caso de que exista un riesgo para la unidad o coherencia del ordenamiento jurídico comunitario. Véase: TFUE, artículo 256.

⁶³ Comisión Europea v. Ion Mícula et al., TJUE, sentencia del 25 de enero de 2022, 28-40, 156.

⁶⁴ *Id.*, 124-140.

⁶⁵ *Id.*, 145.

⁶⁶ El artículo 351 del TFUE salvaguarda las obligaciones internacionales preexistentes de los Estados miembros, al establecer que las disposiciones de los Tratados de la UE no afectarán a los derechos y obligaciones derivados de convenios celebrados con terceros Estados antes de su adhesión a la UE. Véase: TFUE, artículo 351.

⁶⁷ *Micula et al. v. Rumanía*, Corte Suprema del Reino Unido (Caso No. 2018/0177), sentencia del 19 de febrero de 2020. 58-118, <https://bit.ly/30axudq>; *Comisión Europea v. Reino Unido*, TJUE (Asunto No. C-516/22), sentencia del 14 de marzo de 2024, 32-35, <https://bit.ly/4eAYe1r>.

La Comisi6n Europea solicit6 al Tribunal de Justicia declarar que el Reino Unido haba incumplido sus obligaciones de cooperaci6n leal bajo el TFUE y el Acuerdo de Retirada de la UE, al no suspender la ejecuci6n del laudo. El TJUE acogi6 la solicitud al considerar que la decisi6n de autorizar la ejecuci6n del laudo era incompatible con el ordenamiento comunitario. Seg6n el Tribunal, la Corte Suprema brit6nica debi6 plantear una cuesti6n prejudicial, ya que el caso implicaba la interpretaci6n de la normativa europea y era objeto de un procedimiento judicial ante los tribunales europeos.⁶⁸

El TJUE rechaz6 la interpretaci6n de la Corte Suprema brit6nica sobre el art6culo 351 del TFUE. En criterio del Tribunal, este art6culo 6nicamente protege las obligaciones derivadas de tratados celebrados con terceros Estados antes de que los Estados miembros se adhirieran a la UE, pero no los convenios entre actuales Estados miembros. En el caso concreto, el Tribunal concluy6 que la controversia se limitaba a la obligaci6n del Reino Unido respecto a Suecia y sus nacionales. Por lo tanto, el asunto quedaba fuera del 6mbito de aplicaci6n del art6culo 351 del TFUE, pues se trataba exclusivamente de obligaciones entre Estados miembros.⁶⁹

4. Fundamentos de la objeci6n intra-UE

Una vez examinada la jurisprudencia del TJUE, corresponde analizar la objeci6n jurisdiccional alegada por los Estados miembros de la UE con el respaldo de la Comisi6n Europea en los arbitrajes intracomunitarios. Esta posici6n se basa en que los tribunales arbitrales pueden verse obligados a interpretar y aplicar el derecho comunitario, lo que interferir6a con la jurisdicci6n exclusiva del TJUE y pondr6a en riesgo la autonom6a del ordenamiento de la UE.

La objeci6n intra-UE no sigue un patr6n 6nico, sino que se articula de distintas formas seg6n c6mo se fundamente el alegato de la incompatibilidad del arbitraje de inversi6n con la normativa europea. A continuaci6n, pasaremos revista a los principales alegatos, incluidos aquellos espec6ficos bajo el TCE.⁷⁰

⁶⁸ Comisi6n Europea v. Reino Unido, TJUE (Asunto No. C-516/22), sentencia del 14 de marzo de 2024, 52-57 (solicitud de la Comisi6n) 97-98, 152-154 (decisi6n del TJUE).

⁶⁹ *Id.*, 73-88.

⁷⁰ La objeci6n intra-UE tambi6n ha jugado un papel importante en procedimientos judiciales para hacer frente al reconocimiento y ejecuci6n de laudos arbitrales intracomunitarios. V6ase, por ejemplo, los alegatos de Polonia sobre la invalidez del acuerdo arbitral en: Polonia v. PL Holding, Corte de Apelaciones de Estocolmo (Caso No. T 8538-17), sentencia del 22 de febrero de 2019, 207 y 209, <https://bit.ly/3CN5utY>. Si bien este tema excede el alcance del presente art6culo, conviene se6alar que en la UE hay consenso sobre el deber de los tribunales nacionales de denegar el reconocimiento y ejecuci6n de laudos intra-UE. En cambio, el tratamiento de estos laudos ha variado en jurisdicciones extracomunitarias pues sus tribunales no est6n sujetos a las disposiciones del derecho de la UE.

4.1. Invalidez de las cláusulas arbitrales

Los Estados sostienen que las cláusulas arbitrales intracomunitarias de los tratados bilaterales y multilaterales de inversión son incompatibles con el derecho de la UE ya que comprometen la autonomía, uniformidad y primacía del ordenamiento jurídico comunitario. En consecuencia, consideran que estas cláusulas carecen de validez.

En primer lugar, sostienen que las cláusulas contravienen los artículos 267 y 344 del TFUE, pues sustraen del sistema judicial europeo controversias que podrían requerir la interpretación del derecho comunitario. Además, sostienen que, en materias reguladas por la normativa europea (como la inversión extranjera directa), el derecho de la UE prevalece sobre otros tratados internacionales celebrados entre Estados miembros.⁷¹

En segundo lugar, alegan que las cláusulas arbitrales en los TBIs intra-UE violan la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad consagrada en el artículo 18 del TFUE. Por ejemplo, en virtud del TBI entre los Países Bajos y la República Checa, sólo los inversionistas holandeses pueden iniciar un arbitraje contra la República Checa, mientras que los inversionistas de otros Estados miembros de la UE no disponen de esta posibilidad al no contar con un TBI con dicho país.⁷² Ello constituye un trato discriminatorio prohibido por la normativa europea.

Finalmente, sostienen que las cláusulas arbitrales intra-UE vulneran el principio de confianza mutua que obliga a los Estados miembros a reconocer y garantizar la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario. Este principio requiere respetar la competencia exclusiva de los tribunales de la UE y abstenerse de someter controversias relacionadas con la aplicación del derecho comunitario a instancias externas al sistema jurisdiccional europeo.⁷³

4.2. Incompatibilidad bajo el marco de la Convención de Viena

Un fundamento adicional de la objeción jurisdiccional radica en el régimen de incompatibilidad bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena"). Los arbitrajes intracomunitarios implican la interacción de distintos instrumentos internacionales como los Tratados de Inversión y los Tratados constitutivos de la Unión Europea (TFUE y TUE), cuya interpretación y aplicación debe regirse por la Convención de Viena.

⁷¹ Al respecto, véase: *Strabag SE et al. v. República de Polonia*, CIADI (Caso No. ADHOC/15/1), Laudo Parcial de Jurisdicción del 4 de marzo de 2020, 8.5, 8.17, (alegatos de Polonia), 8.56-8.59 (alegatos de la Comisión), <https://bit.ly/3OpKtbn>; *Sevilla Beheer B.V. et al. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/16/27), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios sobre la Cuantificación de Daños del 11 de febrero de 2022, 634, <https://bit.ly/419nglz>; Jed Odermatt, *International Law and the European Union* (Cambridge University Press, 2021), 191-194.

⁷² *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. República Checa*, SCC (Caso No. 088/2004), Laudo Parcial del 27 de marzo de 2007, 106-108, <https://bit.ly/3CJCeEB>.

⁷³ *Belenergija S.A. v. Italia*, CIADI (Caso No. ARB/15/40), Laudo del 28 de agosto de 2019, 188-190, <https://bit.ly/4eSEUwN>; *AES Solar et al. (PV Investors) v. Reino de España*, CNUDMI (Caso CPA No. 2012-14), Laudo Preliminar sobre Jurisdicción del 13 de octubre de 2014, 143, <https://bit.ly/3ZnQWtS>.

En este sentido, los Estados invocan la terminaci3n de los TBI intra-UE bajo el art3culo 59 de la Convenci3n de Viena. Seg3n esta disposici3n, un tratado se considerar3 terminado cuando las partes hayan celebrado uno posterior sobre la misma materia, siempre que: (i) exista tal incompatibilidad entre las disposiciones de ambos tratados que resulte imposible aplicarlos simult3neamente, o (ii) del nuevo tratado o de otras circunstancias se desprenda la intenci3n de las partes de regular la materia por este instrumento.⁷⁴

De acuerdo con el alegato de los Estados, los TBI y los Tratados de la UE (posteriores en el tiempo) regulan la misma materia, esto es la protecci3n de inversiones transfronterizas en el mercado europeo. Adem3s, se cumplen las dos condiciones alternativas del art3culo 59 de la Convenci3n de Viena. En primer lugar, ambos reg3menes jur3dicos, tal como lo ha se1alado el TJUE, son totalmente incompatibles y, por tanto, no pueden aplicarse simult3neamente. En segundo lugar, la intenci3n de regular las inversiones intra-UE 3nicamente por los Tratados de la UE se desprende de diversas acciones estatales como, por ejemplo, la firma del Acuerdo de Terminaci3n.⁷⁵ Cualquiera de estos fundamentos es suficiente para considerar por terminados los TBIs intra-UE.

Alternativamente, los Estados sostienen que existe una incompatibilidad parcial entre los TBI intra-UE y el ordenamiento jur3dico comunitario. A diferencia del art3culo 59 que regula la terminaci3n de los tratados, el art3culo 30(3) de la Convenci3n de Viena dispone que, cuando los Estados sean parte de tratados sucesivos sobre la misma materia y el anterior siga vigente, sus disposiciones solo ser3n aplicables en la medida en que sean compatibles con el tratado posterior.⁷⁶

Los Estados afirman que, de mantenerse vigentes los TBIs, sus cl3usulas arbitrales no deben aplicarse por ser incompatibles con el ordenamiento comunitario bajo el art3culo 30 de la Convenci3n de Viena. Seg3n la interpretaci3n vinculante del TJUE, estas cl3usulas contravienen los Tratados de la UE ya que permiten que 3rganos externos al sistema judicial europeo interpreten el derecho comunitario. Por tanto, los 3rbitros deben abstenerse de aplicarlas.⁷⁷

⁷⁴ Convenci3n de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, art3culo 59(1), <https://bit.ly/4eKLCp9>.

⁷⁵ V3ase: *Adria Group B.V. y Adria Group Holding B.V. v. Rep3blica de Croacia*, CIADI (Caso No. ARB/20/6), Decisi3n sobre la Objeci3n Jurisdiccional Intra-UE del 31 de octubre de 2023, 66 (alegato de Croacia), 156 (alegato de la Comisi3n), <https://bit.ly/3AY0laM>; *A11Y LTD. v. Rep3blica Checa*, CIADI (Caso No. UNCT/15/1), Decisi3n sobre la Jurisdicci3n del 9 de febrero de 2017, 152-156, <https://bit.ly/3AWIMAm>.

⁷⁶ Convenci3n de Viena, art3culo 30(3).

⁷⁷ *United Utilities (Tallinn) B.V. et al. v. Rep3blica de Estonia*, CIADI (Caso No. ARB/14/24), Laudo del 21 de junio de 2019, 505-506 (alegato de la Comisi3n), 507-511 (alegatos de Estonia), <https://bit.ly/499BhBm>; *Strabag SE et al. v. Polonia*, CIADI (Caso No. ADHOC/15/1), Laudo Parcial de Jurisdicci3n del 4 de marzo de 2020, 8.16-8.19 (alegatos de Polonia), y 8.71-8.72 (alegatos de la Comisi3n), <https://bit.ly/3OpKtbn>.

4.3. Alegatos complementarios bajo el TCE

En los arbitrajes intracomunitarios bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”), además de los alegatos sobre la incompatibilidad con el derecho comunitario, los Estados invocan la falta de diversidad territorial requerida por el TCE, la existencia de una cláusula de desconexión implícita y la prevalencia del ordenamiento jurídico comunitario bajo una interpretación sistemática del TCE.

4.3.1. Falta de diversidad territorial

Los Estados sostienen que los arbitrajes intra-UE bajo el TCE no cumplen con el requisito de diversidad territorial previsto en el artículo 26 del TCE y, por tanto, los tribunales arbitrales carecen de jurisdicción.⁷⁸

El artículo 26 del TCE establece los mecanismos para la resolución de controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de otra, respecto a las inversiones realizadas por este último en el territorio de la primera. De acuerdo con el precitado artículo, el inversionista, en caso de no lograr una solución amistosa a su controversia, podrá presentar su reclamación ante los tribunales u órganos administrativos de la otra Parte Contratante, seguir el procedimiento previamente acordado, o acudir al arbitraje o conciliación internacional.⁷⁹

El alegato de la falta de diversidad territorial se fundamenta en el hecho de que tanto la UE como sus Estados miembros son Partes Contratantes del TCE. Así, en criterio de los Estados, los demandantes en arbitrajes intra-UE no pueden considerarse inversionistas de “otra” Parte Contratante pues sus inversiones se realizan dentro del territorio único europeo. Todo inversionista de un Estado miembro, al ser ciudadano de la UE, debe considerarse como inversionista de la UE, y cualquier inversión entre Estados miembros se entiende efectuada dentro del territorio único comunitario. Por tanto, afirman que no se cumple con el requisito de diversidad territorial exigido por el TCE.⁸⁰

⁷⁸ Para un examen de esta defensa, consúltese: Rafael Tamayo-Álvarez, “El derecho de los tratados en los arbitrajes inversor-Estado intra-Unión Europea,” en *Aportes iberoamericanos al derecho internacional*, eds. Ricardo Abelló et al. (Universidad del Rosario, 2022), § 35.

⁷⁹ Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado el 17 de diciembre de 1994, artículo 26, <https://bit.ly/4g358Oq>.

⁸⁰ Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. v. Reino de España, SCC (Caso No. V 062/2012), Laudo Final del 21 de enero de 2016, 427, <https://bit.ly/3V3tfUP>; STEAG GmbH v. Reino de España, CIADI (Caso No. ARB/15/4), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños del 08 de octubre de 2020, 170-176, <https://bit.ly/3Zrbvpm>.

4.3.2. Exclusi6n t6cita

Las cl6usulas de desconexi6n son disposiciones mediante las cuales los Estados miembros de la UE modifican o excluyen los efectos de un tratado multilateral en sus relaciones jur6dicas intra-UE. Estas cl6usulas operan como mecanismos de salvaguarda que “desconectan” la aplicaci6n del tratado entre Estados de la UE, mientras mantienen su aplicabilidad en las relaciones con terceros.⁸¹

En este sentido, los Estados alegan que su consentimiento arbitral debe interpretarse a la luz del contexto hist6rico de la negociaci6n del TCE. Este tratado fue concebido como un instrumento para atraer inversiones al sector energ6tico de los Estados que no formaban parte de la UE y, en ning6n momento, pretendi6 derogar la normativa europea. Por ello, afirman que el consentimiento arbitral se limit6 a disputas extracomunitarias y excluy6 t6citamente el arbitraje entre Estados miembros de la UE tanto m6s cuanto que el mismo es contrario al ordenamiento jur6dico comunitario.⁸²

4.3.3. Interpretaci6n sistem6tica

La prevalencia del ordenamiento jur6dico comunitario sobre el r6gimen internacional de protecci6n de inversiones no solo deriva de la naturaleza espec6fica de la normativa europea o de la incompatibilidad bajo la Convenci6n de Viena, sino que tambi6n se fundamenta en una interpretaci6n sistem6tica del texto del TCE. Para esto, en criterio de los Estados, es necesario examinar el art6culo 26 del TCE junto con las disposiciones sobre las Organizaciones Regionales de Integraci6n Econ6mica (ORIE).⁸³

El art6culo 1(3) del TCE define las ORIE como:

una organizaci6n constituida por Estados a la que 6stos han transferido competencias relativas a determinadas materias, algunas de las cuales est6n regulados por el presente Tratado, incluida la facultad de tomar decisiones vinculantes para dichos Estados con respecto a dichas materias.⁸⁴

La Uni6n Europea es una ORIE a la que sus Estados miembros le han transferido competencias en materia de protecci6n de inversiones. Sus decisiones son vinculantes para sus miembros. Por lo tanto, la oferta de arbitraje prevista en el art6culo 26 del TCE debe interpretarse de acuerdo con el ordenamiento jur6dico comunitario. De esta interpretaci6n se desprende que la oferta arbitral del art6culo 26 del TCE no puede aplicarse a controversias intra-UE, ya que dicho arbitraje es incompatible con el ordenamiento jur6dico de la UE.⁸⁵

⁸¹ Al respecto, v6ase: Tamayo-6lvarez, “El derecho de los tratados...”, § 35.

⁸² Eiser Infrastructure Limited y Energ6a Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de Espa6a, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Laudo Final del 4 de mayo de 2017, 167-169, <https://bit.ly/4i6WZdt>; Watkins Holdings S.à r.l. et al. v. Reino de Espa6a, CIADI (Caso No. ARB/15/44), Laudo del 21 de enero de 2020, 157-158, <https://bit.ly/4i85AfQ>.

⁸³ Watkins Holdings S.à r.l. et al. v. Reino de Espa6a, Laudo, 148-149.

⁸⁴ TCE, art6culo 1(3).

⁸⁵ Eskosol S.p.A. v. Italia, CIADI (Caso No. ARB/15/50), Decisi6n sobre la Solicitud de Terminaci6n y la Objeci6n Intra-UE del 7 de mayo de 2019, 86, <https://bit.ly/49b8Xim>.

5. Jurisprudencia arbitral

La jurisprudencia arbitral predominante se opone a la objeción intracomunitaria. No obstante, esta tendencia podría estar cambiando, ya que, según reportes recientes, dos tribunales arbitrales acogieron la objeción en octubre de 2024.⁸⁶ A continuación, examinaremos los fundamentos principales que han llevado a los tribunales a desestimar o a admitir esta objeción.

5.1. Decisiones desfavorables

La mayoría de los tribunales arbitrales rechazan la objeción intra-UE. En sus decisiones, los árbitros enfatizan la autonomía del derecho de inversiones frente al ordenamiento jurídico europeo y la compatibilidad entre los TBIs y los Tratados de la UE. Además, afirman que la membresía en la UE no priva a los inversionistas europeos de su nacionalidad ni excluye tácitamente las disposiciones del TCE. A continuación, explicaremos brevemente estos razonamientos, siguiendo la estructura del capítulo anterior.

5.1.1. Validez del acuerdo arbitral.

En criterio de diversos tribunales arbitrales el derecho internacional y el derecho de la UE operan como ordenamientos jurídicos independientes. Los TBIs se rigen por el derecho internacional público, mientras que el derecho de la UE actúa como un subsistema regional con características similares al ordenamiento jurídico nacional. Por consiguiente, la normativa europea no puede prevalecer sobre las obligaciones internacionales de sus Estados miembros, ni puede utilizarse para evadir las obligaciones internacionales.⁸⁷

Los árbitros, según este enfoque, deben decidir si el tribunal arbitral tiene jurisdicción exclusivamente bajo las disposiciones de los TBIs y los principios de derecho internacional. A tal efecto, su examen debe limitarse a determinar si el inversionista cumplió con los requisitos del TBI para aceptar la oferta arbitral contenida en dicho instrumento. De ser este el caso, existirá un acuerdo arbitral válido bajo el derecho internacional. En consecuencia, la jurisprudencia del TJUE no es relevante para el examen de la jurisdicción arbitral ya que su alcance se limita al ordenamiento jurídico comunitario y no al derecho internacional.⁸⁸

⁸⁶ Véase, sección 5.2.2, *infra*.

⁸⁷ Eskosol S.p.A. v. Italia, Decisión sobre la Solicitud de Terminación y la Objeción Intra-UE del 7 de mayo de 2019, 180-183; Mathias Kruck et al. v. Reino de España, CIADI (Caso No. ARB/15/23), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios sobre Cuantificación de Daños del 14 de septiembre de 2022, 80-82, <https://bit.ly/4eLErfR>.

⁸⁸ Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italia, SCC (Caso No. 2015/095), Laudo Final del 23 de diciembre de 2018, 397, <https://bit.ly/3ZoBuxB>; Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L. et al. v. Reino de España, SCC (Caso No. 2015/150), Laudo Final del 14 de noviembre de 2018, 218-219, <https://bit.ly/4g0LZBI>.

Por otra parte, en procedimientos arbitrales bajo el Convenio CIADI los tribunales han se~alado que su jurisdicci6n emana directamente del TBI y del citado Convenio. Al respecto, afirman que el principio de irrevocabilidad del consentimiento consagrado en el Articulo 25(1) del Convenio CIADI impide a los Estados Contratantes revocar unilateralmente su consentimiento una vez que el inversionista ha iniciado el procedimiento arbitral bajo el TBI.⁸⁹

5.1.2. Compatibilidad bajo el marco de la Convenci6n de Viena

Los tribunales arbitrales suelen concluir que los TBIs y el derecho comunitario, regulan materias distintas y, por tanto, sus disposiciones coexisten en virtud de la Convenci6n de Viena. Por ejemplo, en *Adria v. Croacia*, el tribunal diferenci6 el TBI del TFUE, destacando que el primero proporciona protecciones especifcas a los inversionistas, mientras que el segundo regula la integraci6n econ6mica europea en su conjunto. En consecuencia, el tribunal concluy6 que no existia incompatibilidad entre ambos regimenes conforme a la Convenci6n de Viena.⁹⁰

La jurisprudencia arbitral tambi6n ha rechazado el argumento de terminaci6n autom6tica de los TBIs tras la adhesi6n de Estados a la UE. Segun los 6rbitros, la terminaci6n solo ocurri6 con el Acuerdo de Terminaci6n de 2021, ya que "no se puede terminar algo que ya estaba terminado."⁹¹

5.1.3. TCE

Al igual que como ocurre con el alegato de incompatibilidad, los tribunales arbitrales suelen desestimar las defensas de falta de diversidad territorial, la existencia de una cl6usula de desconexi6n impl6cita y la prevalencia del ordenamiento jur6dico comunitario bajo una interpretaci6n sistem6tica del TCE.

5.1.3.1. Diversidad territorial

La naturaleza intracomunitaria de una controversia, en criterio de los tribunales arbitrales, no elimina por s6 misma la diversidad territorial exigida por el TCE. El hecho de que la demarcaci6n de la UE comprenda los territorios de sus Estados miembros no implica que cada uno de estos Estados carezca de su propio territorio en el sentido

⁸⁹ Por ejemplo, v6ase: *Marfin Investment Group et al. v. La Republi6ca de Chile*, CIADI (Caso ARB/13/27), Laudo del 26 de julio de 2018, 592-593, <https://bit.ly/4g7vm2l>. Al respecto, v6ase: Szil6rd G6sp6r-Szil6gyi y Maxim Usynin, "The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment," *European Investment Law and Arbitration Review* 4, No. 1 (2019), 40-42.

⁹⁰ *Adria Group B.V. et al. v. Croacia*, Decisi6n sobre la Objeci6n Jurisdiccional Intra-UE, 170-177.

⁹¹ *Id.*, 161.

del TCE. Así, el requisito de diversidad territorial del artículo 26(1) del TCE se satisface cuando existe una distinción entre el Estado demandado y el Estado de origen del inversionista, independientemente de que ambos países pertenezcan a la UE.⁹²

Los tribunales reconocen que el término “territorio” bajo el TCE tiene dos acepciones: (i) una relacionada con los Estados que son Partes Contratantes, referida al “territorio sobre el cual ejercen su soberanía”, y (ii) otra vinculada a Organizaciones Regionales de Integración Económica como la UE según la cual el territorio “abarca los territorios de los Estados miembros de dicha organización”.⁹³ No obstante, concluyen que estos conceptos no son mutuamente excluyentes, puesto que el sentido ordinario del término “territorio” no elimina el elemento de extranjería cuando se está en presencia de arbitrajes intracomunitarios.⁹⁴

En consecuencia, reafirman que la pertenencia a la UE no priva al inversionista de un Estado miembro de su nacionalidad para efectos de determinar su origen territorial y el elemento de extranjería frente al Estado receptor. Aunque la UE sea parte contratante del TCE, los Estados miembros conservan su condición de partes contratantes independientes y mantienen plena capacidad procesal para ser sujetos pasivos en controversias bajo dicho tratado.⁹⁵

5.1.3.2. Ausencia de cláusula de desconexión

Los tribunales rechazan el alegato de la cláusula de desconexión implícita sobre la base del principio *pacta sunt servanda* según el cual los tratados deben cumplirse de buena fe por las partes que los han suscrito. En su criterio, si las partes hubieran querido excluir del artículo 26 del TCE los arbitrajes intracomunitarios, lo habrían pactado de manera expresa o habrían formulado una reserva específica sobre tal punto. Además, consideran que nada del texto del TCE permite concluir que las partes desearon excluir su aplicación en el ámbito intracomunitario.⁹⁶

Si bien es cierto que las circunstancias de negociación de un tratado pueden tomarse en cuenta como un medio complementario de interpretación, los tribunales estiman que el sentido del artículo 26 del TCE es claro y no conduce a un resultado absurdo que amerite recurrir a tales medios.⁹⁷ Asimismo, advierten que los trabajos prepara-

⁹² Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. v. Reino de España, SCC, Laudo Final del 21 de enero de 2016, 428-432.

⁹³ TCE, artículo 1(10)(a) y 1(10) aparte único; InfraRed Environmental et al. v. Reino de España, CIADI (Caso No. ARB/14/12), Laudo del 2 de agosto de 2019, 263, <https://bit.ly/3ZnLXJw>.

⁹⁴ InfraRed Environmental et al. v. Reino de España, Laudo del 2 de agosto de 2019, 263. Véase también: Tamayo-Álvarez, “El derecho de los tratados...”, § 35.

⁹⁵ STEAG GmbH v. Reino de España, CIADI, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños del 08 de octubre de 2020, 244-246; Isolux Netherlands, BV v. Reino de España, SCC (Caso No. V2013/153), Laudo Final del 12 de julio de 2016, 633-636, <https://bit.ly/3Z6mvaf>.

⁹⁶ RREEF Infrastructure et al. v. Reino de España, CIADI (Caso No. ARB/13/30), Decisión sobre Jurisdicción del 6 de junio de 2016, 85, <https://bit.ly/3Z5beH5>; STEAG GmbH v. Reino de España, CIADI, Decisión sobre Jurisdicción..., 250-253.

⁹⁷ Eskosol S.p.A. v. Italia, Decisión sobre la Solicitud de Terminación y la Objeción Intra-UE del 7 de mayo de 2019, 103.

torios del TCE revelan que la UE negoci6 la inclusi6n de una cl6usula de desconexi6n para excluir las relaciones intracomunitarias del 6mbito de aplicaci6n del tratado, pero finalmente desisti6 de tal iniciativa.⁹⁸

5.1.3.3. Interpretaci6n sistem6tica

La jurisprudencia arbitral reconoce que la definici6n de ORIE en el TCE contempla la posibilidad de que los Estados transfieran competencias y que la organizaci6n adopte decisiones vinculantes para sus miembros. Sin embargo, estima que la definici6n es abstracta y no define su alcance especifiko. En consecuencia, considera que esta disposici6n debe interpretarse en conjunto con las dem6s disposiciones del TCE.⁹⁹

Al efectuar tal interpretaci6n, la mayoria de los tribunales arbitrales afirman que no existen elementos para concluir la existencia de un entendimiento com6n entre las Partes Contratantes sobre la exclusi6n de las obligaciones sustantivas y adjetivas del Tratado en las relaciones intra-UE. En este sentido, subrayan que si las Partes Contratantes hubiesen querido prever una exclusi6n de tal envergadura, lo hubiesen establecido expresamente en el texto del tratado.¹⁰⁰

Adem6s, consideran relevante que ni los Estados miembros ni la UE, en su condici6n de Partes Contratantes independientes del TCE, formularon reservas sobre el arbitraje intracomunitario ni incluyeron cl6usulas de desconexi6n para sus relaciones internas. Todos estos elementos, en su criterio, conducen a la conclusi6n de que las obligaciones del TCE mantienen su plena validez y aplicabilidad en el 6mbito intra-UE.¹⁰¹

5.2. Decisiones favorables

El tribunal arbitral en el caso *Green Power Partners v. Espa1a* acept6 la objeci6n jurisdiccional intra-UE en 2022, siendo, hasta octubre de 2024, el 6nico precedente conocido en esta direcci6n.¹⁰² No obstante, seg6n una nota de prensa emitida por el gobierno espa1ol, dos tribunales CIADI dictaron decisiones similares recientemente.¹⁰³ A continuaci6n, analizaremos el razonamiento del caso *Green Power* y la informaci6n disponible sobre estas nuevas decisiones.

⁹⁸ *Vattenfall AB et al. v. Rep6blica Federal Alemana*, CIADI (Caso No. ARB/12/12), Decisi6n sobre la Cuesti6n de Achmea del 31 de agosto de 2018, 204-206, <https://bit.ly/3V6UaPC>.

⁹⁹ *Eskosol S.p.A. v. Italia*, Decisi6n sobre la Solicitud de Terminaci6n y la Objeci6n Intra-UE del 7 de mayo de 2019, 87-88.

¹⁰⁰ *Id.*, 87; *Vattenfall AB et al. v. Rep6blica Federal Alemana*, CIADI, Decisi6n sobre la Cuesti6n de Achmea del 31 de agosto de 2018, 180.

¹⁰¹ *Blusun, S.A. et al. v. Italia*, CIADI (Caso No. ARB/14/3), Laudo del 27 de diciembre de 2016, 282-283, <https://bit.ly/4fMrT9F>.

¹⁰² *Green Power Partners K/S et al. v. Reino de Espa1a*, SCC (Caso No. V 2016/135), Laudo del 16 de junio de 2022, <https://bit.ly/3V4xEao>.

¹⁰³ Vicepresidencia Tercera del Gobierno de Espa1a, "Espa1a gana dos laudos de energias renovables por falta de jurisdicci6n de los tribunales arbitrales," comunicado de prensa, 14 de octubre de 2024, <https://bit.ly/410d2nr>.

5.2.1. Green Power Partners

El caso *Green Power Partners v. España* se originó cuando un grupo de inversionistas daneses incoó un procedimiento arbitral ante la Cámara de Comercio de Estocolmo contra España, reclamando daños derivados de los cambios en el régimen español de energías renovables.¹⁰⁴ La demandada alegó, entre otras defensas, la ausencia de diversidad territorial y la inaplicabilidad del artículo 26 del TCE a disputas intracomunitarias en virtud de la primacía del derecho comunitario.¹⁰⁵

El tribunal rechazó la primera defensa al determinar que la pertenencia a la UE no alteraba la condición de España y Dinamarca como Partes Contratantes del TCE.¹⁰⁶ No obstante, aceptó la segunda objeción al concluir que el artículo 26 del TCE no contiene una oferta válida de arbitraje para disputas intra-UE a la luz del ordenamiento jurídico europeo.¹⁰⁷

A diferencia de la mayoría de las decisiones arbitrales citadas en la sección anterior, el tribunal concluyó que la jurisdicción arbitral debía decidirse conforme al derecho comunitario. Esta conclusión se basó en la *lex fori* y en una interpretación sistemática del TCE.

En primer lugar, el tribunal destacó que la sede arbitral era Estocolmo lo que necesariamente implicaba la aplicación del derecho comunitario pues este forma parte del ordenamiento jurídico sueco.¹⁰⁸

En segundo lugar, el tribunal resaltó que el artículo 1(3) del TCE permite a los Estados agruparse en Organizaciones Regionales de Integración Económica (como, por ejemplo, la UE) y transferirle competencias a dichas ORIE. Estas organizaciones pueden, además, dictar disposiciones vinculantes para sus miembros sobre las materias que le han delegado. En el caso concreto, el tribunal señaló que la UE por medio de sus Tratados constitutivos dispuso la jurisdicción exclusiva de los tribunales europeos en los asuntos que involucran el derecho comunitario.

En criterio del tribunal, las relaciones entre los Estados de la UE como España (Estado receptor), Dinamarca (Estado de origen de los inversores) y Suecia (sede del arbitraje) se rigen por los Tratados constitutivos de la UE y, por tanto, sus disposiciones deben ser tomadas en cuenta al momento de evaluar la validez de cualquier oferta

¹⁰⁴ *Green Power Partners K/S et al. v. Reino de España*, Laudo del 16 de junio de 2022, 445, 456-459, 493. Para un resumen de la sentencia, véase: Björn Ebert y Mathilde Raynal, "Note: SCC Case – 2016/135: SCC Tribunal declines jurisdiction in ECT arbitration based on intra-EU objection...", *German Arbitration Journal* 20, No. 6 (2022), 342 – 344; Anqi Wang, "ECT tribunal upholds intra-EU treaty jurisdictional objection for the first time," *Investment Treaty News*, 7 de octubre de 2022, <https://bit.ly/4i9pkjx>.

¹⁰⁵ *Green Power Partners K/S et al. v. España*, Laudo del 16 de junio de 2022, 120-122.

¹⁰⁶ *Id.*, 185-195.

¹⁰⁷ *Id.*, 456-459.

¹⁰⁸ *Id.*, 157-171.

arbitral.¹⁰⁹ En este sentido, el tribunal analizó la jurisprudencia del TJUE en los casos *Achmea*, *Komstroy* y *PL Holdings*, destacando la incompatibilidad de las cláusulas arbitrales intra-UE con el derecho comunitario. Sobre esta base, concluyó que el artículo 26 del TCE no contiene una oferta válida de arbitraje para controversias intra-UE y, en consecuencia, declinó su jurisdicción.¹¹⁰

5.2.2. Decisiones recientes

El 11 de octubre de 2024, los tribunales arbitrales CIADI en los casos *European Solar Farms A/S (ESF) v. España*, y *Sapex v. España* acogieron la objeción intra-UE en procedimientos bajo el TCE.¹¹¹ Esta es la primera vez que tribunales CIADI declinan su jurisdicción en controversias intra-UE.

A la fecha de este artículo, las decisiones aún no han sido publicadas, sino únicamente reseñadas en un comunicado del gobierno español. Según se informa, los laudos adoptaron la interpretación de España sobre el TCE, conforme a la cual la participación de la UE como Parte Contratante del TCE incorporó la primacía del derecho europeo en aquellas competencias que le transfirieron los Estados miembros.¹¹²

La prensa ha informado que si bien los árbitros reconocieron que bajo una interpretación literal del artículo 26(3) podía pensarse que España y la UE otorgaron un consentimiento incondicional para someter a arbitraje las controversias de inversión, dicho artículo debe interpretarse tomando en cuenta su contexto, así como como el objeto y fin del TCE.¹¹³

En este sentido, los tribunales examinaron la definición de Organizaciones Regionales de Integración Económica -como la Unión Europea- contenida en el artículo 1(3) TCE. Esta disposición, como hemos señalado, establece que las ORIE pueden adoptar decisiones vinculantes en aquellas materias que los Estados miembros les hayan transferido. En criterio de los árbitros, la definición de ORIE implica que el tribunal arbitral no tiene jurisdicción sobre los Estados miembros en las materias transferidas a la UE. En consecuencia, luego de constatar que la controversia versaba precisamente sobre estas materias, el tribunal declaró su falta de jurisdicción.¹¹⁴

¹⁰⁹ *Id.*, 350-355.

¹¹⁰ *Id.*, 422-426, 432, 456-467, 468, 476-477, 493.

¹¹¹ Vicepresidencia Tercera del Gobierno de España, "España gana dos laudos de energías renovables por falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales," comunicado de prensa, 14 de octubre de 2024, <https://bit.ly/410d2nr>.

¹¹² *Id.*, 1.

¹¹³ Lisa Bohmer, "Revealed: Unpacking the reasons why two ICSID tribunal majorities upheld Spain's intra-EU jurisdictional objection under the Energy Charter Treaty," *Investment Arbitration Reporter*, 17 de octubre de 2024, 1, <https://bit.ly/3ZmndRM>.

¹¹⁴ Bohmer, "Revealed: Unpacking the reasons why two ICSID tribunal majorities...", 1; TCE, artículo 1(3).

CONCLUSIONES

El futuro del arbitraje de inversión intra-UE es incierto. La coexistencia de los regímenes de protección de inversiones de los países de la UE y el ordenamiento jurídico comunitario ha suscitado importantes tensiones. Los Estados sostienen que las controversias vinculadas a la aplicación del derecho comunitario deben dirimirse exclusivamente ante el sistema jurisdiccional europeo, mientras que los inversionistas acuden a la jurisdicción arbitral basándose en las cláusulas de resolución de disputas de los TBIs y el TCE.

La sentencia *Achmea* del Tribunal de Justicia de la UE marcó un punto de inflexión al establecer la incompatibilidad de las cláusulas arbitrales de los TBIs intra-UE con el derecho comunitario. Esta decisión, lejos de ser un pronunciamiento aislado, dio lugar a una serie de sentencias que extendieron sus efectos al TCE, a los acuerdos arbitrales *ad hoc* y a la ejecución de laudos CIADI.

Los Estados objetan la jurisdicción de los tribunales arbitrales intra-UE sobre la base de que cualquier interpretación del derecho comunitario por parte de los árbitros compromete la autonomía y la uniformidad de dicho ordenamiento. Esta objeción se materializa mediante argumentos que van desde la invalidez de las cláusulas arbitrales y la terminación de los TBIs conforme a la Convención de Viena, hasta la primacía del derecho comunitario y la falta de diversidad territorial exigida por el TCE.

La jurisprudencia arbitral mayoritaria ha rechazado la objeción intra-UE, amparándose en la autonomía del derecho de inversiones, su compatibilidad con el ordenamiento europeo, el principio *pacta sunt servanda* y la ausencia de cláusulas de desconexión en el TCE. No obstante, este patrón podría estar cambiando ya que recientemente se han reportado decisiones de tribunales CIADI que han acogido la objeción.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderer, Carrie. "Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty." *Brooklyn Journal of International Law* 35, No. 3 (2010): 851-882. <https://bit.ly/4fKIRpM>.
- Ankersmit, Laurens. "Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?." *Investment Treaty News*, 24 de abril de 2018. <https://bit.ly/4fOLDcz>.
- Bohmer, Lisa. "Revealed: Unpacking the reasons why two ICSID tribunal majorities upheld Spain's intra-EU jurisdictional objection under the Energy Charter Treaty." *Investment Arbitration Reporter*. 17 de octubre de 2024. <https://bit.ly/3ZmndRM>.
- Borchardt, Klaus-Dieter. *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Comisión Europea, 2017.

- Dobrijević, Stefan. "Investment Arbitration, The European Court of Justice on Investment Arbitrations after Achmea: Last Nails in the Coffin of Intra-EU Investment Arbitrations?." En *Austrian Yearbook on International Arbitration*, editado por Christian Klausegger et al. Kluwer Law, 2023.
- Ebert, Björn, y Mathilde Raynal. "Note: SCC Case – 2016/135: SCC Tribunal declines jurisdiction in ECT arbitration based on intra-EU objection in Green Power v. Spain, 2016/135, 16 June 2022." *German Arbitration Journal* 20, No. 6 (2022): 342 - 344.
- Gáspár-Szilágyi, Szilárd, y Maxim Usynin. "The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment." *European Investment Law and Arbitration Review* 4, No. 1 (2019): 29-65.
- Montanaro, Francesco. *The European Union and International Investment Law: The Two Dimensions of an Uneasy Relationship*. Bloomsbury, 2023.
- Odermatt, Jed. *International Law and the European Union*. Cambridge University Press, 2021.
- Olivet, Cecilia. *A Test for European solidarity: The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties*. Transnational Institute, 2013. <https://bit.ly/3OnwvH9>.
- Reinisch, August, y Johannes Tropper. "Investment Arbitration, The Termination Agreement of intra-EU BITs." En *Austrian Yearbook on International Arbitration*, editado por Christian Klausegger et al. Kluwer Law, 2022.
- Stein, Erica, y Quentin Muron. "Komstroy, PL Holdings, Micula: closing the door to intra-EU investment arbitration – again?." *Belgian Review of Arbitration*, editado por Caroline Verbruggen et al. Wolters Kluwer, 2022.
- Talus, Kim, y Katariina Särkännö, "Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investments in the EU." En *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU*, editado por Ana Stanić y Crina Baltag. Kluwer Law International, 2020.
- Tamayo-Álvarez, Rafael. "El derecho de los tratados en los arbitrajes inversor-Estado intra-Uni6n Europea." En *Aportes iberoamericanos al derecho internacional*, editado por Ricardo Abell6 et al. Universidad del Rosario, 2022.
- Timmermans, Christiaan. "The Genesis and Development of the European Communities and the European Union." En *The Law of the European Union and the European Communities*, editado por Paul Kaptey et al., 5ta ed. Wolters Kluwer, 2018.
- Triantafilou, Epaminontas, y David Puzsai. "Achmea, Investment Treaty Arbitration, Public International Law and EU Law: The Way Forward." En *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU*, editado por Ana Stanić y Crina Baltag. Kluwer Law International, 2020.
- Wang, Anqi. "ECT tribunal upholds intra-EU treaty jurisdictional objection for the first time." *Investment Treaty News*. 7 de octubre de 2022. <https://bit.ly/4i9pkjx>.