

LA RETIRADA Y MODIFICACIÓN *INTER SE* DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA: UNA RESPUESTA ANTE SU OBSOLESCENCIA E INCOMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

DORINA C. SUCIU GAVRILOAIE¹
cs408@ual.es

Cómo citar/Citation

Suciu Gavriloaie, D. C. (2025).

La retirada y modificación *inter se* del Tratado sobre la Carta de la Energía: una respuesta ante su obsolescencia e incompatibilidad con el derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 81, 243-283.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.81.07>

Resumen

La presente contribución tiene por objeto examinar en mayor profundidad la obsolescencia del TCE frente a la urgente agenda climática y la política de inversiones de la UE y, de manera más significativa, ahondar en su incompatibilidad con el principio de autonomía del derecho de la UE. A partir de este análisis, se argumenta, en primer lugar, que la retirada del TCE viene a aliviar las crecientes demandas de abandonar un tratado que obstaculiza la autonomía regulatoria de las partes. Toda vez que algunos de los desafíos jurídicos que plantea el TCE permanecen vigentes incluso tras la formalización de la retirada, el 26 de junio de 2024, la UE y veintiséis de sus Estados miembros —con la excepción de Hungría— firmaron la Declaración *Komstroy* y rubricaron un acuerdo *inter se*. Estos instrumentos están destinados a neutralizar los efectos de la cláusula de supervivencia y a resolver las tensiones latentes entre el derecho de la UE y los arbitrajes intra-UE a raíz de la jurisprudencia *Komstroy*. En conse-

¹ Profesora ayudante doctora, Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Almería. El presente trabajo se ha realizado en el marco de las actividades desarrolladas por el Grupo de Investigación SEJ259 Derechos Humanos, Cooperación Internacional y Libertad Religiosa de la Universidad de Almería. PPIT-UAL, Junta de Andalucía-FEDER 2021-2027. Programa 54.A.

cuencia, en segundo término, esta contribución abordará los interrogantes jurídicos que suscitan estos instrumentos y valorará los efectos que cabe razonablemente esperar, a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la jurisprudencia arbitral que aborda las objeciones intra-UE.

Palabras clave

Tratado sobre la Carta de la Energía; arbitraje intra-UE; *Komstroy*; *Achmea*; acuerdos *inter se*.

THE WITHDRAWAL AND *INTER SE* MODIFICATION OF THE ENERGY CHARTER TREATY: A COHERENT ALTERNATIVE TO ITS OBSOLESCENCE AND INCOMPATIBILITY WITH EUROPEAN UNION LAW

Abstract

This contribution aims to offer a more in-depth examination of the obsolescence of the Energy Charter Treaty (ECT) in light of the pressing climate agenda and the EU's evolving investment policy. More significantly, it explores the ECT's incompatibility with the principle of autonomy of EU law. Building on this analysis, it is first argued that withdrawal from the ECT helps to ease growing calls to exit a treaty that constrains the regulatory autonomy of the contracting parties. Given that some of the legal challenges posed by the ECT remain relevant even after the formal withdrawal, on 26 June 2024, the EU and twenty-six of its Member States (with the exception of Hungary) have signed the *Komstroy* Declaration and endorsed an *inter se* agreement. These instruments are intended to neutralise the effects of the sunset clause and to address the ongoing tensions between EU law and intra-EU arbitration arising from the *Komstroy* case law. Accordingly, this contribution will also consider the legal questions raised by these instruments and assess the likely effects in light of the Vienna Convention on the Law of Treaties and arbitral jurisprudence on intra-EU objections.

Keywords

Energy Charter Treaty; intra-EU Investment Arbitration; *Komstroy*; *Achmea*; *inter se* agreements.

LE RETRAIT ET LA MODIFICATION *INTER SE* DU TRAITÉ SUR LA CHARTE DE L'ÉNERGIE: UNE ALTERNATIVE COHÉRENTE FACE À SON OBSOLESCENCE ET À SON INCOMPATIBILITÉ AVEC LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Résumé

La présente contribution a pour objectif d'examiner plus en profondeur l'obsolescence du Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE) face à l'urgence de l'agenda climatique et à l'évolution de la politique d'investissement de l'Union européenne. Elle s'attache, de manière plus décisive encore, à analyser son incompatibilité avec le principe d'autonomie du droit de l'Union. Sur cette base, il est soutenu que le retrait du TCE répond aux appels croissants à abandonner un traité qui entrave l'autonomie réglementaire des parties contractantes. Étant donné que certains des enjeux juridiques posés par le TCE subsistent même après la formalisation du retrait, le 26 juin 2024, l'Union européenne et vingt-six de ses États membres (à l'exception de la Hongrie) ont signé la Déclaration *Komstroy* et conclu un accord *inter se*, visant à neutraliser les effets de la clause de survie et à atténuer les tensions persistantes entre le droit de l'UE et les arbitrages intra-UE à la suite de la jurisprudence *Komstroy*. En second lieu, cette contribution analysera les questions juridiques soulevées par ces instruments ainsi que les effets susceptibles d'en découler, à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de la jurisprudence arbitrale relative aux objections intra-UE.

Mots clés

Traité sur la Charte de l'Énergie; arbitrage des investissements intra-UE; *Komstroy*; *Achmea*; accords *inter se*.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. LA OBSOLESCENCIA DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA: 1. La ausencia de coherencia con la agenda climática y la política de inversiones de la UE. 2. Los arbitrajes intra-UE y el principio de autonomía del derecho de la Unión Europea. 3. Los efectos de la cláusula de supervivencia contemplada en el artículo 47 del Tratado sobre la Carta de la Energía. 4. La retirada del Tratado sobre la Carta de la Energía y la modificación *inter se*. III. LOS INTERROGANTES JURÍDICOS SUSCITADOS POR LA DECLARACIÓN KOMSTROY Y EL ACUERDO *INTER SE*: 1. La naturaleza híbrida y ambigua a la luz del derecho internacional de los tratados. 2. Un medio de interpretación auténtica conforme al artículo 31 de la Convención de Viena. 3. Una modificación *inter se* de acuerdo con el artículo 41 de la Convención de Viena. IV. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, TCE), firmado en diciembre de 1994, contribuyó a la estabilidad económica y política al reducir las tensiones potenciales derivadas de conflictos energéticos, al tiempo que propició un entorno favorable para las inversiones, pues venía a establecer un marco multilateral destinado a regular y fomentar la cooperación en el sector energético². A pesar de esta valoración positiva, en los últimos años ha atraído una atención pública significativa debido a su impacto en las políticas ambientales y climáticas de las partes, en la medida en que ha coartado su libertad para regular en áreas de interés público (Bas Vilizzio, 2024: 346; Tienhaara, 2018: 229). Ello deviene especialmente relevante en un contexto en el que las políticas energéticas de las principales economías buscan priorizar la sostenibilidad y acelerar la transición hacia un modelo más verde.

Conscientes de su obsolescencia, en noviembre de 2018, las partes emprendieron un proceso de reforma³ y, tras quince rondas de negociaciones,

² El Tratado sobre la Carta de la Energía hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, disponible en: <https://is.gd/tcUgB9>. Todas las referencias web fueron consultadas por última vez el 10 de junio de 2025. Todas las traducciones de citas procedentes de obras cuyo original no está en español son propias de la autora.

³ En noviembre de 2018, la Conferencia sobre la Carta de la Energía aprobó una lista de temas que debían abordarse en el proceso de reforma. Véase Secretaría de la Carta

en junio de 2022, se alcanzó un acuerdo de principio que debía ser sometido a aprobación en la Conferencia de la Carta de la Energía que iba a tener lugar en noviembre en Ulán Bator, Mongolia⁴. Sin embargo, en los meses previos a su celebración, comenzó a arraigar la percepción de que los costes de mantener el TCE en vigor superan con creces los beneficios que reporta a un gran número de sus signatarios, entre los que se halla también la UE.

Ciertamente, durante el proceso de reforma del TCE, la UE había concentrado sus esfuerzos en elaborar un marco jurídico en materia de protección de las inversiones en el ámbito energético, más coherente con los principios rectores de su política climática, más próximo a las líneas estratégicas de la política global en materia de inversiones en la era post-Lisboa y, de forma aún más relevante desde una perspectiva jurídica, más respetuoso con los principios fundamentales de autonomía y primacía del derecho de la UE (Eckes y Ankersmith, 2022: 12-13). Muy al contrario, el alcance de las modificaciones propuestas por la UE se vio drásticamente reducido en aras de asegurar la unanimidad que se exigiría en el marco de la Conferencia de la Carta de la Energía para la adopción del acuerdo de modernización (Brauch, 2021: 4)⁵. Como consecuencia, una vez trasladada al Consejo la propuesta de la Comisión relativa a la posición que la UE debía adoptar en relación con la adopción prevista de las enmiendas propuestas respecto al TCE modernizado, no se logró alcanzar la mayoría cualificada necesaria⁶. De esta forma, al no existir una vía jurídica e institucional en el seno de la UE para ratificar e implementar con éxito la reforma del TCE, la Comisión solicitó que se retirara el tema de la agenda de la Conferencia (Tropper, 2022).

En los meses posteriores, el desmantelamiento del respaldo europeo al TCE se fue materializando de forma progresiva, al tiempo que algunos Estados miembros, entre los que se encuentra también España (Díez Hochleitner, 2023: 226 y 234), notificaban a la Secretaría la denuncia individual del Tratado⁷. Asimismo, en el entorno institucional, el ultimátum estratégico

de la Energía, *Policy Options for Modernisation of the ECT*, de 6 de octubre de 2019, CCDEC 2019 08 STR. Disponible en: <https://is.gd/aFfKoa>.

⁴ El texto puede verse en Consejo de la Unión Europea, Modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, WK 9218/2022 INIT, de 27 de junio de 2022.

⁵ Art. 36 TCE, apdo. 1, letra a).

⁶ 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, de 5 de octubre de 2022, COM (2022) 521 final.

⁷ En diciembre de 2022, Francia, Alemania y Polonia notificaron formalmente su decisión de retirarse del Tratado y, posteriormente, también lo hicieron Luxemburgo, Eslovenia, Portugal y España. Las notificaciones de retirada entraron en vigor el 8 de diciembre de

del Parlamento Europeo (en adelante, PE) puso de manifiesto una vez más la oposición generalizada a la permanencia en el TCE. Tras advertir que tanto la entrada en vigor como la aplicación provisional de un tratado modernizado deberán contar con su aprobación, instó a la UE y sus Estados miembros a poner en marcha una «salida coordinada»⁸. La Comisión reconoció la inevitabilidad de la salida del TCE en el *non-paper* de febrero de 2023 y el proceso culminó el 30 de mayo de 2024 cuando el Consejo adoptó las decisiones relativas a la retirada de la UE y Euratom⁹. Debido a la divergencia de posturas entre los Estados miembros de la UE sobre cuál sería la solución más idónea, la retirada de la UE se condicionó al desbloqueo de la votación sobre las enmiendas del TCE, de modo que el Consejo también adoptó una decisión confirmando que la UE no ejercería su derecho a voto en la Conferencia y requería a los Estados miembros, que ahora podían votar por sí mismos, no bloquear la adopción del Tratado modernizado¹⁰.

2023 para Francia, el 20 de diciembre de 2023 para Alemania, el 29 de diciembre de 2023 para Polonia, el 17 de junio de 2024 para Luxemburgo, el 14 de octubre de 2024 para Eslovenia, el 2 de febrero de 2025 para Portugal y el 17 de abril de 2025 para España.

⁸ 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)). En particular, pueden verse los párrafos 18 a 20. Su falta de apoyo al TCE no es una cuestión reciente, pues ya había planteado una enmienda a la propuesta de Reglamento por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1999 (Ley Europea del Clima) en la que instaba a poner fin «a la protección de las inversiones en combustibles fósiles en el contexto de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía». Se trata de la enmienda 143, incluida en P9_TA (2020) 0253.

⁹ Comisión Europea, *Non-paper, Next steps as regards the EU, Euratom and Member States' membership in the Energy Charter Treaty*. Euractiv, 7 de febrero de 2023, disponible en: <https://is.gd/RkEWgY>. Decisión (UE) 2024/1638 del Consejo, de 30 de mayo de 2024, relativa a la retirada de la Unión del Tratado sobre la Carta de la Energía, DO L 1638, de 5 de junio de 2024.

¹⁰ Decisión (UE) 2024/1644 del Consejo, de 30 de mayo de 2024, relativa a la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en la Conferencia sobre la Carta de la Energía, DO L 1644, de 6 de junio de 2024. El 3 de diciembre de 2024, los Estados miembros de la UE que todavía eran parte del TCE y los Estados no pertenecientes a la UE adoptaron el texto modernizado en la Conferencia. Véase Decisión de la Conferencia de la Carta de la Energía, *Amendments to the Energy Charter Treaty*, de 3 de diciembre de 2024, CCDEC 2024 12 GEN. Asimismo, para acelerar la modernización, las partes acordaron la aplicación provisional del TCE modernizado a partir del 3 de septiembre de 2025. Esta aplicación provisional incluye la sección C del anexo NI, relativo a los materiales y productos energéticos no aplicables a las defi-

En vista de lo expuesto hasta el momento, no cabe duda de que la retirada de la UE viene a aliviar las crecientes demandas expresadas también por la sociedad civil de abandonar un tratado que obstaculiza la capacidad normativa de las partes para luchar contra el cambio climático (Flues *et al.*, 2020; Brauch, 2021). Sin embargo, no se trata de una solución exenta de complejidad, toda vez que algunos de los desafíos jurídicos que plantea el TCE permanecen vigentes tras la formalización de la retirada de la UE, que es efectiva desde el 28 de junio de 2025.

Nos referimos, por una parte, a la cláusula de supervivencia que, *a priori*, retrasaría por un período de veinte años la terminación de los efectos jurídicos del TCE¹¹, de modo que la plena eficacia de la retirada formal no se produciría en tanto no se logre neutralizar *inter se* esta disposición (Díez Hochleitner, 2023: 234, Klabbers, 2022: 8), y, por otra parte, a las tensiones latentes entre el derecho de la UE y el derecho internacional en materia de protección de las inversiones. Como se recordará, según jurisprudencia asentada del TJUE que emana de las sentencias *Achmea*, *Komstroy* y *PL Holdings*¹², las cláusulas de arbitraje que permiten someter las controversias intra-UE a tribunales ajenos al sistema jurisdiccional de la UE, incluida la contemplada en el art. 26 TCE, vulneran la autonomía del derecho de esta (López Escudero, 2023). A pesar de la claridad con que se ha pronunciado el TJUE, algunos Estados miembros y la Comisión, en calidad de *amicus curiae*, siguen esforzándose, con escasos resultados, por asegurar el cumplimiento de la jurisprudencia del TJUE y que los tribunales arbitrales que están conociendo de estos procedimientos acepten la pertinencia de las objeciones intra-UE y declinen su jurisdicción.

Con vistas a remediar los obstáculos señalados y reforzar la validez de las objeciones intra-UE ante los tribunales arbitrales, junto a la retirada del TCE,

niciones de «Actividad económica en el sector energético», así como la cláusula que excluye la aplicación del TCE al arbitraje de inversiones entre las partes contratantes que son miembros de una misma Organización Regional de Integración Económica, denominada cláusula ORIE, ahora incorporada al art. 24 TCE modernizado, apdo. 3. Las partes podrán optar por no aplicar dicha medida provisional notificando su intención a la Secretaría antes del 3 de marzo de 2025. Véase, al respecto, Decisión de la Conferencia de la Carta de la Energía, *Entry into Force and Provisional Application of Amendments to the Energy Charter Treaty and Changes and Modifications to its Annexes*, de 3 diciembre de 2024, CCDEC 2024 15 GEN.

¹¹ Art. 47 TCE, apdo. 3.

¹² Sentencias de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158; de 2 de septiembre 2021, República de Moldavia, C-741/19, EU:C:2021:655, conocida también como sentencia *Komstroy*; y de 26 de octubre de 2021, *PL Holdings*, C-109/20, EU:C:2021:875.

el 26 de junio de 2024 la UE y veintiséis de sus Estados miembros —con la excepción de Hungría— firmaron la Declaración *Komstroy* y rubricaron un acuerdo *inter se* de contenido idéntico¹³. A grandes rasgos, ambos instrumentos expresan el entendimiento común, basado en la jurisprudencia *Komstroy* y el principio de primacía del derecho de la UE, según el cual el art. 26 TCE «no puede ni podría servir nunca de base jurídica para los procedimientos de arbitraje en el interior de la Unión» y, en consecuencia, tampoco podría desempeñar esta función la *sunset clause* contemplada en el art. 47 TCE, apdo. 3. La Declaración constituye un instrumento político no vinculante, firmado el 26 de junio de 2024 con la esperanza, presumiblemente, de que produzca efectos de inmediato, en tanto que finaliza el proceso de ratificación del acuerdo *inter se* (Requena Casanova, 2024: 162-163; Rueda García, 2025: 1342)¹⁴.

En este contexto, la presente contribución tiene por objeto, en primer término, examinar en mayor profundidad la obsolescencia del TCE a la luz de la agenda climática y la política de inversiones de la UE y, de manera más significativa, ahondar en su incompatibilidad con el principio de autonomía del derecho de la UE. A partir de este análisis, se sostendrá que la retirada del TCE y su modificación *inter se* constituyen una alternativa coherente con los argumentos que sostienen la obsolescencia del Tratado, aunque no por ello carente de complejidad. En consecuencia, en segundo término, se dará cuenta detenidamente de los interrogantes jurídicos que suscitan la Declaración *Komstroy* y el acuerdo *inter se*, a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT)¹⁵, para lo cual se considerará la jurisprudencia arbitral que aborda las objeciones intra-UE. A modo de cierre, se ofrecen algunas reflexiones finales sobre los efectos que es razonable prever como consecuencia de la retirada de la UE y sus Estados miembros del TCE y la modificación *inter se* por medio de la Declaración *Komstroy* y el Acuerdo *inter se*.

¹³ Declaración sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Komstroy* y entendimiento común sobre la inaplicabilidad del art. 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía como base para los procedimientos de arbitraje en el interior de la Unión, de 26 de junio de 2024. DO L 2121, de 6 de agosto de 2024.

¹⁴ El texto del acuerdo puede verse anexo a la Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que la Unión adopta el Acuerdo sobre la interpretación y aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía entre la Unión Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, COM (2024) 257 final, de 2 de julio de 2024.

¹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (U.N.T.S., vol. 1155, p. 331).

II. LA OBSOLESCENCIA DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA

1. LA AUSENCIA DE COHERENCIA CON LA AGENDA CLIMÁTICA Y LA POLÍTICA DE INVERSIONES DE LA UE

Una de las grandes críticas que ha acompañado en los últimos años a los Acuerdos de Protección de las Inversiones —que no es ajena a los acuerdos de inversiones en los que participan la UE y sus Estados miembros, o aquellos tratados bilaterales celebrados por los Estados miembros extra-UE— se centra en los efectos que este tipo de instrumentos puede tener sobre la autonomía regulatoria de las partes contratantes (Suciu Gavriloaie, 2023: 99). Fruto de estos debates, surgió en las obras académicas y en el discurso de la sociedad civil organizada lo que se conoce como teoría del enfriamiento regulatorio o «paralización normativa»¹⁶. En su conceptualización como fenómeno general o abstracto, esta teoría sostiene que el progreso normativo se ve frenado en todas las áreas que pueden afectar a los inversores extranjeros porque el gobierno es consciente y está seriamente preocupado por el riesgo de verse inmerso en un arbitraje de inversiones (Tienhaara, 2011: 607)¹⁷. Dicho de otra manera, las partes pueden abstenerse de adoptar determinadas normas legítimas y necesarias para la buena preservación de los objetivos e intereses de orden público, condicionados por el temor a verse sumidos en arbitrajes de inversiones que, de apreciar una vulneración de los compromisos internacionales asumidos por las partes, pueden finalizar con indemnizaciones millonarias a favor de los inversores.

El principal desafío radica en que, tradicionalmente, los estándares de protección de las inversiones han sido definidos en términos amplios,

¹⁶ Particularmente interesante, a estos efectos, resulta la compilación que hace Gaukrodger de las opiniones expresadas acerca de esta teoría, tanto por aquellos que consideran que es un problema fundamental que es preciso abordar, como aquellos que consideran que la autonomía regulatoria de los Estados no se encuentra en peligro alguno (2017: 6-10).

¹⁷ A diferencia de su conceptualización como un fenómeno general, que como vemos se refiere a las presiones difusas que puede experimentar la autonomía regulatoria de un Estado, su conceptualización como un fenómeno específico hace referencia a situaciones en las que, a la vista de una medida reglamentaria concreta que ha sido propuesta o adoptada por el gobierno, este gobierno es informado del riesgo de una controversia entre inversores y Estados por parte de un inversor o grupo de inversores que se oponen a la adopción o la aplicación de una medida reglamentaria (Tienhaara, 2011: 607).

de manera que se dejaba un margen considerable de apreciación a los órganos arbitrales encargados de valorar si las medidas adoptadas por las partes eran respetuosas con sus compromisos internacionales. Esta imprecisión inicial, además, debe valorarse a la luz de la naturaleza *ad hoc* de los órganos arbitrales que tradicionalmente han conocido de las disputas entre inversores y Estados. El hecho de que estos órganos arbitrales no tengan vocación de permanencia ha dificultado en la práctica una aplicación uniforme de los estándares de protección —incluso en aquellos asuntos con fundamento en el mismo acuerdo internacional— y ha dado lugar a una jurisprudencia arbitral muy dispar, impredecible y contradictoria, en la que la autonomía regulatoria de las partes, especialmente cuando se trata de la prevalencia de objetivos de interés público, no ha sido debidamente tomada en consideración (Suciu Gavrioloaie, 2023: 102-103).

En este contexto, como se ha señalado en el epígrafe anterior, en los últimos años, el TCE ha coartado la libertad de las partes para regular en áreas de interés público, de modo que ha provocado un enfriamiento regulatorio y ha encarecido considerablemente la transición a energías más respetuosas con el clima (Bas Vilizzio, 2024: 346; Tienhaara, 2018: 229). En este orden de ideas, uno de los aspectos más controvertidos del TCE es que ofrece una protección a largo plazo a las inversiones relacionadas con un sector energético que, eventualmente, deberá quedar obsoleto para evitar un calentamiento superior al límite de 1,5 °C establecido por el Acuerdo de París (Dilworth y Lee, 2024; Haut Conseil pour le Climat, 2022: 10). El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) concluyó en 2022 que, sin medidas adicionales de mitigación, la cantidad total de CO₂ que se liberará durante la vida útil de las plantas de combustibles fósiles existentes y planificadas será mayor que la permitida en las trayectorias que limitan el calentamiento global a 1,5 °C, siendo aproximadamente iguales a las emisiones permitidas en las trayectorias que limitan el calentamiento global a 2 °C. Para cumplir con el calendario de descarbonización y el objetivo fijado para 2030, el IPCC consideró fundamental, entre otras medidas, la reducción del uso y el desmantelamiento de la infraestructura de generación eléctrica basada en combustibles fósiles, la modernización de instalaciones existentes con tecnologías de captura y almacenamiento de carbono (CCS), el cambio a combustibles bajos en carbono y la cancelación de nuevas plantas de carbón sin CCS (IPCC, 2022: 16).

El problema surge cuando la adaptación normativa necesaria para implementar acciones climáticas a gran escala que posibiliten el cumplimiento de estas metas es objeto de impugnación de manera reiterada al amparo del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS, por sus

siglas en inglés) que contempla el TCE¹⁸. Así, se han desafiado medidas ambientales como la eliminación gradual de la generación de energía a base de carbón¹⁹, la prohibición de la perforación petrolera en áreas costeras²⁰, o la restricción de proyectos de fracturación hidráulica (*fracking*) de gas (Bas Vilizzio, 2024: 346)²¹. Si bien es cierto que, paradójicamente, las inversiones relacionadas con combustibles fósiles no son las únicas que han originado

¹⁸ En concreto, el TCE ha servido de cauce para un total de 172 casos de arbitraje. Un número comparativamente superior a otros tratados de gran envergadura que apenas alcanzan la mitad, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés) que acumula 90 casos. Los datos actualizados pueden verse en UNCTAD, Navegador de Solución de Diferencias sobre Inversiones. Disponible en: <https://is.gd/yHdtHD>.

¹⁹ En 2019, el Parlamento neerlandés aprobó la Ley de Prohibición del Carbón en la Producción de Electricidad, mediante la cual se establece la prohibición del uso del carbón como fuente energética a partir del año 2030. En este escenario, y con fundamento en el TCE, las empresas alemanas RWE y Uniper iniciaron procedimientos arbitrales contra el Estado neerlandés debido al escaso margen temporal otorgado para ajustarse a las exigencias de la transición energética. *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV c. Holanda*, caso CIADI núm. ARB/21/4; *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. c. Holanda*, caso CIADI núm. ARB/21/22. Asimismo, tras la adopción de una política de eliminación gradual del carbón por parte de Alemania en 2020 con el objetivo de poner fin a la producción de electricidad a partir de carbón para 2038, en 2023, la empresa eléctrica suiza Azienda Elettrica Ticinese demandó a Alemania en virtud del TCE alegando que el cierre anticipado de la central eléctrica de carbón en la que tenía participación se había llevado a cabo sin indemnización. *Azienda Elettrica Ticinese c. Alemania*, caso CIADI núm. ARB/23/47.

²⁰ En 2017, Rockhopper presentó una reclamación contra Italia por incumplimiento de varias disposiciones del TCE relacionadas con la denegación de una concesión de producción para el yacimiento petrolífero de Ombrina Mare, ubicado frente a la costa de Abruzzo, Italia. El tribunal arbitral determinó que Italia había incurrido en expropiación ilegal y, por lo tanto, en una vulneración de los compromisos asumidos en virtud del TCE. Ello derivó en una indemnización por daños y perjuicios de 184 millones de euros, aproximadamente 6,7 millones de euros en concepto de costes de desmantelamiento, más intereses. *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/17/14, laudo de 23 de agosto de 2022.

²¹ En 2022, la empresa energética británica Ascent Resources inició un arbitraje contra Eslovenia al amparo del TCE y el TBI entre el Reino Unido y Eslovenia, alegando que la prohibición eslovena de la fracturación hidráulica constituye una expropiación ilícita de su inversión en el yacimiento de petróleo y gas de Petišovci. *Ascent Resources Plc and Ascent Slovenia Ltd c. Slovenia*, caso CIADI núm. ARB/22/21.

controversias conforme al TCE, pues nuestro país acumula más de medio centenar de demandas por los cambios legislativos producidos en el esquema de ayudas a la inversión en energías renovables (Suciu Gavriiloaie, 2019: 2), ello confirma que el TCE constituye un obstáculo significativo para la autonomía regulatoria de las partes, especialmente en el contexto de la transición energética, que requiere mayor flexibilidad legislativa.

Ante las preocupaciones climáticas, la UE planteó a los países socios, por una parte, la necesidad de reforzar y articular una obligación en el TCE modernizado con vistas a «implementar efectivamente» la Convención sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas y el Acuerdo de París; pero tan solo logró una reafirmación de los derechos y obligaciones de las partes en virtud de los tratados multilaterales suscritos en materia laboral y medioambiental²². Por otra parte, la propuesta de la UE también incluía la incorporación de una cláusula de exclusión de los combustibles fósiles del ámbito de protección del TCE modernizado, pero su éxito fue igualmente limitado. Así, se contempló un mecanismo de flexibilidad que, por razones de seguridad energética y objetivos climáticos, permite excluir algunas inversiones si las partes así lo deciden de manera individual (Morgandi y Bartels, 2023: 147; Pochtovyk y Stifter, 2023: 75)²³. Tratándose de un mecanismo voluntario, que funcionaría sobre una base de reciprocidad, su acogida fue poco satisfactoria, siendo la UE, Reino Unido y Suiza los únicos que decidieron despojar de manera gradual de protección a las inversiones relacionadas con combustibles fósiles²⁴. Es oportuno recordar en este punto que, al instar a una retirada coordinada, el PE lamentó la falta de ambición de esta exclusión, pues la

²² Art. 19 *bis* TCE modernizado.

²³ En esencia, consiste en permitir que las partes contratantes excluyan la protección de inversiones vinculadas a los materiales y productos energéticos y, a su vez, otras partes contratantes tendrían la posibilidad de negar de manera recíproca ciertos beneficios para los materiales y productos energéticos de los inversores provenientes de las partes que hayan aplicado el mecanismo de «flexibilidad».

²⁴ Anexo NI: Materiales y productos energéticos no aplicables a las definiciones de «Actividad económica en el sector energético». Finalmente, el texto aprobado en diciembre de 2024 implica que para los Estados miembros de la UE que permanecen en el TCE las inversiones realizadas en sus territorios antes del 3 de septiembre de 2025 dejarán de estar protegidas diez años después de la fecha de entrada en vigor de las modificaciones de la sección C del anexo y, a más tardar, el 31 de diciembre de 2040; mientras que las nuevas inversiones en combustibles fósiles realizadas a partir del 3 de septiembre de 2025 no están protegidas en absoluto. Suiza ha excluido las inversiones realizadas a partir del 3 de septiembre de 2025 relacionadas con hidrógeno no bajo en carbono y no renovable y ciertos combustibles sintéticos.

mayoría de las inversiones relacionadas con combustibles fósiles mantendrían una protección indefinida bajo el Tratado reformado²⁵. Además, también debe tenerse en cuenta que a raíz de su reforma el ámbito de aplicación material del TCE se amplía considerablemente para incluir actividades energéticas nuevas o emergentes, no probadas desde la perspectiva de su neutralidad climática (Schaugg y Brewin, 2022: 12), lo que no hace sino incrementar el riesgo de que surjan nuevas demandas de arbitraje y, en consecuencia, aumenten los riesgos de enfriamiento regulatorio (Braoudakis *et al.*, 2024: 5-6).

Con miras a resolver el desafío del enfriamiento regulatorio de manera global, el TCE modernizado incorpora una cláusula orientada a respetar la capacidad de intervención pública, cuyo tenor confirma que la protección de las inversiones en materia energética no implica un compromiso de una parte a no reformar su marco jurídico y reglamentario²⁶. Para reducir todavía más el riesgo de demandas, la reforma circunscribe la definición de «inversor» a las sociedades que desempeñen actividades comerciales sustanciales en el territorio de una parte, para prevenir la denominada «planificación de la nacionalidad» o el *treaty shopping* a través de sociedades instrumentales (Pochtovyk y Stifter, 2023: 77-80)²⁷. Además, también se busca redactar de manera más cuidadosa los estándares de protección de las inversiones que se han evidenciado más invasivos de la autonomía regulatoria de las partes. En particular, se ofrece una definición más precisa del «trato justo y equitativo» para limitar el margen de apreciación de los tribunales arbitrales, de modo que se citan expresamente los comportamientos que pueden dar lugar a un incumplimiento de esta obligación, tal como se habían reconocido previamente en la práctica arbitral²⁸. Asimismo, se delimita el alcance de la protección en

²⁵ Resolución de 24 de noviembre de 2022, punto 8.

²⁶ Art. 16 TCE modernizado.

²⁷ Art. 1 TCE modernizado, apdo. 1. En sí misma, esta planificación cautelosa de la nacionalidad de la persona jurídica no es ilegal; si acaso, pone de manifiesto el objetivo último de toda inversión, que es obtener el mayor beneficio posible, en este caso, a través de unas condiciones jurídicas óptimas. Sin embargo, también es legítimo que los Estados deseen prevenir estas situaciones creadas artificialmente y confinar la protección que otorgan a los nacionales de un determinado Estado, a aquellos que efectivamente desarrollan una actividad económica sustancial en el territorio de dicho Estado (Suciu Gavriiloaie, 2023: 95-96).

²⁸ Las cláusulas típicas incorporadas a los TBI clásicos se limitaban a mencionar la obligación de proporcionar trato justo y equitativo sin definirla. En este sentido, el art. 10 del TCE, apdo. 1, según el cual «tales condiciones incluirán el compromiso de acordar en todo momento a las Inversiones de los Inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo». En numerosas ocasiones, los términos en los que se realiza

materia de expropiaciones indirectas. Para mayor seguridad, se establece que no estamos ante una expropiación indirecta cuando se trata de medidas no discriminatorias que se conciben y apliquen para proteger objetivos políticos legítimos —como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, incluso con respecto a la mitigación del cambio climático y la adaptación a este— «salvo en raras circunstancias» en las que el impacto sea tan grave a la luz de su finalidad que resulte «manifiestamente excesivo» (Pochtovyk y Stifter, 2023: 81-87)²⁹.

Un análisis comparativo y contextualizado pone de manifiesto que estos avances sitúan al TCE más cerca de los principios rectores de la política contemporánea de inversiones de la UE, pero también revela la insuficiencia de los cambios introducidos con respecto al sistema tradicional ISDS. Como es bien sabido, en los últimos años la UE ha patrocinado un modelo regulatorio que establece un sistema de tribunales de inversiones (STI) sin parangón en las estructuras de cooperación internacional, diseñado escrupulosamente para superar los padecimientos del desprestigiado arbitraje de inversiones tradicional. De este modo, en consonancia con los pilares de la reforma que es objeto de debate en el Grupo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL, por sus siglas en inglés)³⁰, se pretende conseguir un cambio en la naturaleza *ad hoc* del arbitraje de inversiones clásico y su sustitución por un sistema con funcionamiento permanente, más judicializado y accesible, dotado de mayor legitimidad, y con una jurisprudencia más uniforme y previsible, que en un futuro permita la transición a un Tribunal Multilateral de Inversiones (Suciu Gavriiloaie 2023: 228).

En serio contraste, el TCE renovado únicamente introduce cambios en algunas disposiciones que, si bien son problemáticas en sí mismas, no reflejan la magnitud de las transformaciones estructurales promovidas por la UE en otros acuerdos de inversiones. En concreto, como elementos novedosos, se incorpora

esta interpretación son tan generales que cualquier medida reglamentaria adoptada por el Estado puede ser susceptible de vulnerar las obligaciones internacionales asumidas en los acuerdos de inversiones. El aspecto problemático es, por tanto, que el contenido específico de dichos estándares de protección no viene definido por el Estado, *a priori*, en el texto del acuerdo, sino *a posteriori*, por aquellos que tienen encomendada la función de interpretar dichos instrumentos (Verburg, 2019: 429). Así, no es de extrañar que las expresiones utilizadas en la redacción de las cláusulas compromisorias sean reminiscentes de los criterios y razonamientos elaborados en vía jurisprudencial (Suciu Gavriiloaie, 2023: 132-164).

²⁹ Art. 13 TCE modernizado.

³⁰ Los puntos de reforma y la documentación relacionada con las sesiones del Grupo de Trabajo pueden verse en: <https://is.gd/jtkeRI>.

por referencia el Reglamento de la UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados de 2014³¹; se aclaran los límites para la valoración de los daños sufridos por un inversor, de modo que se deberán limitar a la pérdida efectivamente sufrida y excluir los daños punitivos para prevenir la valoración especulativa³²; se establecen mecanismos para desestimar demandas infundadas o *frivolous claims*, que pueden ejercer presión sobre la voluntad legisladora de las partes³³; y, por último, se contempla el deber de revelar la financiación proporcionada por terceros que no sean parte litigante, para financiar la prosecución o defensa del procedimiento de arbitraje (Pochtovyk y Stifter, 2023: 91-94)³⁴.

En cambio, resulta significativo que no se haya buscado la transición hacia un sistema permanente de tribunales de inversiones que podría contribuir a lograr una mayor coherencia y uniformidad jurisprudencial y, en última instancia, una mejor protección de la autonomía regulatoria de las partes. Asimismo, también se hacen notar por su ausencia algunas de las garantías que el TJUE consideró fundamentales para determinar la compatibilidad del Acuerdo Económico y Comercial Global UE-Canadá (CETA, por sus siglas en inglés) con el derecho que ostentan los justiciables en el sistema europeo de acceso a un juez independiente e imparcial³⁵. En efecto, no se prevén normas para el nombramiento de los árbitros, ni un código deontológico aplicable a estos en orden a garantizar su independencia e imparcialidad y prevenir los conflictos de intereses que genera el fenómeno pernicioso del *double hatting*, así como tampoco disposiciones orientadas al tratamiento y adecuación de los elevados costes de acceso a la jurisdicción de un tribunal *ad hoc* tradicional que, en muchas ocasiones, se torna inasumible para las pymes y los inversores con escasos recursos (Suciu Gavrioloaie, 2023: 275-285).

2. LOS ARBITRAJES INTRA-UE Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Como es bien sabido, el asunto *Achmea* fue el primero de una consistente saga jurisprudencial sobre la compatibilidad con el derecho de la UE de las cláusulas de arbitraje que permiten someter las controversias intra-UE a

³¹ Art. 26 TCE modernizado, apdo. 6.

³² Art. 26 TCE modernizado, apdo. 10.

³³ Art. 27 TCE modernizado.

³⁴ Art. 29 TCE modernizado.

³⁵ Dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019, EU:C:2019:341, apdos. 205-244.

tribunales ajenos al sistema jurisdiccional de la UE (Biondi y Sangiuolo, 2021; Iruretagoiena Agirrezabalaga, 2020; Suciú Gavrioloaie, 2019). Mediante esta sentencia, el TJUE recordó que, siempre que se respete la autonomía de la Unión y de su ordenamiento jurídico, «un acuerdo internacional que prevé la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculan a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión»³⁶. Tal derecho se caracteriza, en efecto, «por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados» y por «su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros»³⁷. El conjunto de características que definen además la naturaleza *sui generis* de la UE ha dado lugar «a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, así como a los Estados miembros entre sí»³⁸. Para asegurar la preservación de estas características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico así creado, «los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión», de manera que se atribuye al TJUE «la competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva de dicho Derecho» y se articula un procedimiento de remisión prejudicial³⁹.

El acuerdo controvertido en el asunto *Achmea* presentaba, no obstante, una serie de características que no podían compatibilizarse con el principio de cooperación leal ni con el principio de autonomía del derecho de la Unión. En concreto, su art. 8 disponía que el derecho de la UE formaba parte de las normas aplicables a las controversias entre inversores y Estados y, dada la

³⁶ En este sentido, sentencia *Achmea*, apdo. 57; dictámenes 1/91 (Acuerdo EEE — I), de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apdos. 40 y 70; 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123, apdos. 74 y 76; 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apdos. 182 y 183; 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apdo. 298; y 1/17, apdo. 106.

³⁷ Dictamen 1/17, apdo. 109; y sentencia *Komstroy*, apdos. 42 a 65.

³⁸ Dictamen 1/17, apdo. 109. Igualmente, en otros pronunciamientos como el Dictamen 2/13, apdos. 166 y 167; y sentencias de 10 de diciembre de 2018, *Wightman* y otros, C-621/18, EU:C:2018:999, apdo. 45; de 16 de febrero de 2022, Hungría/Parlamento y Consejo, C-156/21, EU:C:2022:97, apdos. 124-126; y del mismo día, Polonia/Parlamento y Consejo, C-157/21, EU:C:2022:98, apdos. 142-144.

³⁹ Sentencia *Achmea*, apdos. 35 y 36 y jurisprudencia citada; dictámenes 1/17, apdo. 111 y jurisprudencia citada; y 2/13, apdos. 174 a 176 y 246.

naturaleza arbitral *ad hoc* del procedimiento de solución de diferencias, ello era susceptible de generar una situación en la que un organismo ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión podía pronunciarse sobre la interpretación y aplicación del derecho de la UE, sin contemplarse un mecanismo de remisión prejudicial y, por lo tanto, socavando la función de interpretación definitiva del derecho de la UE que ostenta el TJUE. En la medida en que un régimen de tales características, «puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados»⁴⁰, el TJUE declaró que las cláusulas que produjeran consecuencias análogas a la contenida en el Tratado Bilateral de Inversiones (en adelante, TBI) Países Bajos-Eslovaquia no eran compatibles con el derecho de la UE.

En este caso particular, la sentencia concernía a un tratado de inversiones de naturaleza bilateral celebrado entre dos Estados miembros, lo que suscitó la duda en torno a la compatibilidad de los arbitrajes fundados en el art. 26 TCE con el derecho de la UE, siendo este un tratado multilateral en el que la misma UE es parte contratante, así como terceros Estados no miembros. De hecho, algunos tribunales arbitrales afirmaron de inmediato que, si el TJUE hubiera querido hacer extensivo este razonamiento al TCE, así lo habría hecho en la sentencia *Achmea*, toda vez que el AG Wathelet había alcanzado una conclusión favorable a la compatibilidad⁴¹. Las declaraciones efectuadas por la UE y los Estados miembros con ocasión de la sentencia *Achmea* tampoco aportaron claridad sobre este aspecto. Mientras que veintidós Estados miembros consideraron que la jurisprudencia *Achmea* afectaba a todas las controversias intra-UE, incluidas aquellas basadas en el art. 26 del TCE⁴², Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo, Malta y Suecia firmaron una declaración alternativa en la que omitieron cualquier referencia expresa a los posibles

⁴⁰ Sentencia *Achmea*, apdo. 59.

⁴¹ En *Masdar c. España* el tribunal basó su jurisdicción en el art. 26 TCE indicando que «la sentencia *Achmea* simplemente guarda silencio sobre el TCE». *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España*, caso CIADI núm. ARB/14/1, laudo de 16 de mayo de 2018, párrafo 682. Asimismo, en *Foresight c. España*, el tribunal se hizo eco del razonamiento sobre la jurisdicción del tribunal arbitral en el asunto *Masdar* y consideró que el derecho de la UE no era relevante para su análisis jurisdiccional y que la jurisprudencia *Achmea* no podía trasladarse al arbitraje inversor-Estado bajo el TCE. Véase, a este respecto, *Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.I. y otros c. España*, caso SCC núm. 2015/150, laudo de 14 de noviembre de 2018, párrafos 220-221.

⁴² Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the *Achmea* judgment and on investment protection, disponible en: <https://is.gd/rbFnLU>.

efectos de dicha jurisprudencia sobre el TCE⁴³. Por su parte, Hungría declaró expresamente que la sentencia no se pronunciaba sobre la cláusula de arbitraje contenida en el TCE y, por tanto, no resultaba aplicable ni relevante para los arbitrajes en curso o futuros iniciados en virtud de este tratado⁴⁴.

Pronto, el TJUE se aseguró de proporcionar una respuesta clara para disipar cualquier incertidumbre al respecto. Si bien *obiter dictum*, y duramente criticado por ello (Dashwood, 2022; Ingle y Sullivan, 2024: 265; Rueda García, 2025: 1339), en la sentencia *Komstroy*, afirmó su competencia para resolver sobre la interpretación del TCE en un asunto que, a todas luces, no presentaba ningún vínculo con la UE, más allá de que el lugar del arbitraje fue París, la capital de un Estado miembro (Iruretagoiena Agirrezabalaga, 2022: 6). Aun así, el tribunal consideró que la UE tenía un interés manifiesto en que dicha cláusula recibiera una interpretación uniforme «con el fin de evitar futuras divergencias»⁴⁵. Acto seguido, tras exponer los principios rectores de la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE⁴⁶, declaró que tal cláusula «debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro»⁴⁷. En particular, la conclusión alcanzada por el TJUE es tributaria de que un tribunal arbitral establecido en virtud del art. 26 TCE, apdo. 6, «debe interpretar, e incluso aplicar, el Derecho de la Unión»⁴⁸, y «no puede ser calificado de órgano jurisdiccional “de uno de los Estados miembros” en el sentido del art. 267 TFUE, por lo que no está facultado para solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia»⁴⁹, de modo que el TCE no permite preservar la autonomía del derecho de la UE (Odermatt, 2021: 1261).

Posteriormente, como una medida adicional de protección, el TJUE afirmó que el derecho de la UE se opone al arbitraje de inversiones derivado de los TBI intra-UE, cualquiera que sea la vía de acceso al arbitraje (López

⁴³ Declaration of the representatives of the Governments of Member States of 16 January 2019 on the Enforcement of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, disponible en: <https://is.gd/J4lRcq>.

⁴⁴ Declaration of the representative of the Government of Hungary, of 16 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union, disponible en: <https://is.gd/322rsW>.

⁴⁵ Sentencia *Komstroy*, apdo. 29.

⁴⁶ *Ibid.*, apdos. 42 a 65.

⁴⁷ *Ibid.*, apdo. 66; Dictamen 1/20 (Tratado sobre la Carta de la Energía Modernizada), de 16 de junio de 2022, EU:C:2022:485, apdo. 47.

⁴⁸ *Ibid.*, apdo. 50.

⁴⁹ *Ibid.*, apdo. 53.

Escudero, 2023: 287). Así, en el asunto *PL Holdings*, concluyó que la celebración de un convenio arbitral *ad hoc* que tuviera por objeto sustituir las cláusulas que se habían declarado incompatibles con el derecho de la UE en la sentencia *Achmea* tiene efectos equivalentes y vulnera las obligaciones que derivan de los Tratados, en especial del art. 4 TUE, apdo. 3, y de los arts. 267 TFUE y 344 TFUE⁵⁰.

La eficacia de la jurisprudencia *Komstroy* para poner fin a los arbitrajes intra-UE en curso fue excesivamente limitada en la práctica, pues la gran mayoría de tribunales arbitrales rechazaron que este pronunciamiento pudiera privarles de su jurisdicción. No obstante, ello no debería causar sorpresa. *Achmea* ya representó un ejemplo ilustrativo de la colisión entre los argumentos del TJUE, concebidos estrictamente desde el prisma del derecho de la UE (Odermatt, 2016: 6-7; Gáspár-Szilágyi, 2018: 371), y la negativa de los tribunales arbitrales a considerar pertinentes las objeciones intra-UE, puesto que su jurisdicción emana de instrumentos normativos cuya validez depende exclusivamente del derecho internacional. En la medida en que no cabe apreciar la primacía del derecho de la UE, el convenio de arbitraje continúa siendo válido⁵¹.

El único elemento disonante en el que se estimó la objeción jurisdiccional intra-UE fue el asunto *Green Power c. España*, pues el tribunal arbitral, tras determinar que el art. 26 TCE no contenía una cláusula de desconexión implícita, consideró, no obstante, que no existía una oferta de arbitraje válida que los demandantes pudieran aceptar (Fernández Pérez, 2022: 24; Gustafsson, 2023: 2; Ingle y Sullivan, 2024: 273; Lavranos, 2022). Sin embargo, el éxito del caso dependió de que el arbitraje se celebrara en Estocolmo, lo que permitió aplicar el derecho sueco y, con ello, el derecho de la UE, para fundamentar la jurisdicción del tribunal (Requena Casanova, 2024: 168). De esta forma, en virtud del principio *lex loci arbitri*, a la luz de la jurisprudencia *Komstroy* y el principio de primacía del derecho de la UE, el tribunal declinó su jurisdicción sobre el asunto⁵². En este orden de ideas, el lugar del arbitraje también fue

⁵⁰ Sentencia *PL Holdings*, apdo. 65.

⁵¹ Por citar algunos, *Infracapital F1 S.à r.l. and Infracapital Solar B.V. c. España*, caso CIADI núm. ARB/16/18, decisión sobre la solicitud de reconsideración del demandado en relación con la objeción intracomunitaria y el fondo del asunto, de 1 de febrero de 2022, párrafo 111; *Sevilla Beheer BV y otros c. España*, caso CIADI núm. ARB/16/27, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantía, de 11 de febrero de 2022, párrafo 669; *Adria Group B.V. and Adria Group Holding B.V. c. Croacia*, caso CIADI núm. ARB/20/6, decisión sobre la objeción jurisdiccional intra-UE, de 31 de octubre de 2023, párrafo 123.

⁵² *Green Power K/S and Obton A/S c. España*, caso SCC núm. 2016/135, laudo de 16 de junio de 2022, párrafo 477.

decisivo en la anulación de los laudos recaídos en el asunto *Novenergia c. España, Triodos c. España* y más recientemente *Foresight c. España*, toda vez que el Tribunal de Apelaciones de Svea determinó que el art. 26 TCE no da lugar a un acuerdo de arbitraje válido y, por lo tanto, declaró la nulidad del laudo (Requena Casanova, 2024: 174)⁵³.

En la misma línea, la reciente sentencia del Tribunal de Apelación de Ámsterdam, de 22 de abril de 2025, supone un revés definitivo para la posibilidad de continuar con los arbitrajes intra-UE. El rasgo singular de este asunto radica en que, encontrándose pendiente el procedimiento de arbitraje, el tribunal neerlandés consideró que la cláusula de arbitraje y el procedimiento de arbitraje iniciado por el inversor LC Corp —en un intento por eludir deliberadamente el sistema autónomo de protección jurídica creado por los Tratados de la UE— no son compatibles con el derecho de la UE y «cualquier disposición del TBI que pudiera dar lugar a que un inversor neerlandés o polaco pudiera invocar la cláusula de arbitraje de cualquier manera debe considerarse contraria al Derecho de la UE». De este modo, se afirmó «el interés legítimo de [Polonia] en no verse involucrada en procedimientos de arbitraje contrarios al derecho de la UE» y la obligación del inversor de «cesar su conducta ilícita» y cooperar en la terminación del procedimiento de arbitraje⁵⁴.

⁵³ *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR c. España*, caso SCC núm. 2015/063, laudo de 15 de febrero de 2018. Sobre la nulidad de este laudo, véase la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Svea, de 13 de diciembre de 2022, caso núm. T 4658-18, disponible en: <https://is.gd/fLamku>. *Triodos SICAV II c. España*, caso SCC núm. 2017/194, laudo de 24 de octubre de 2022. Sobre la nulidad de este laudo, véase la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Svea, de 27 de marzo de 2024, caso núm. T 15200-22, disponible en: <https://is.gd/L1p2vG>. *Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.L. y otros c. España*, caso SCC núm. 2015/150, laudo de 14 de noviembre de 2018. Sobre la nulidad de este laudo, véase la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Svea, de 28 de junio de 2024, caso núm. T 1626-19, disponible en: <https://is.gd/U2sY5o>. Basándose en la posición del Tribunal Supremo de Suecia de que los laudos «entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro, dictado sobre la base de una cláusula compromisoria contenida en un acuerdo internacional de inversión, puede considerarse ilegal, ya que es incompatible con las normas y principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico de la Unión y, por tanto, de Suecia», el tribunal de Svea concluyó que «el mantenimiento del laudo arbitral sería manifiestamente incompatible con el orden público en Suecia. Por lo tanto, el laudo arbitral debe ser declarado nulo y sin efecto».

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Apelación de Ámsterdam, de 22 de abril de 2025, caso núm. 200.328.367/01, NL:GHAMS:2025:1065, apdos. 4.8 a 4.20, disponible en: <https://is.gd/kOpgNX>.

Sin embargo, en los arbitrajes con sede fuera de la UE, sin sede determinada como los arbitrajes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en su forma abreviada, CIADI), o aquellos cuyo reconocimiento y ejecución se tramita fuera de la UE, cabe esperar que se siga rechazando la objeción intra-UE (Requena Casanova, 2024: 197), tanto en lo que concierne a la jurisdicción como para confirmar y ejecutar los laudos ya emitidos⁵⁵, lo que nos lleva a afirmar la falta de compatibilidad del TCE con el ordenamiento jurídico de la UE⁵⁶.

⁵⁵ Dado que los laudos recaídos en arbitrajes de inversiones intra-UE con la sede en la UE, por lo general, no serán ejecutables dentro de la UE, el 16 de octubre de 2024, la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC, por sus siglas en inglés) adoptó una nueva política sobre la determinación de la sede en los arbitrajes administrados conforme al Reglamento de la SCC. Así, en aras de garantizar que los laudos sean ejecutables, tratándose de un asunto intra-UE, y siempre que las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre la sede del arbitraje, se estableció que «el Consejo no decidirá que Estocolmo, ni ninguna otra ciudad, ni ningún otro distrito judicial dentro de la UE o dentro de un Estado que sea candidato o potencial candidato a la adhesión, sea la sede del arbitraje». SCC Policy Deciding the seat in intra-EU investment arbitrations administered under the SCC Rules Adopted by the SCC Board on 16 October 2024, disponible en: <https://is.gd/7nodvD>.

⁵⁶ Para una mejor comprensión de los desafíos que plantean los arbitrajes intra-UE, también cabe señalar que esta incompatibilidad se extiende a la fase de ejecución del laudo (Suciu Gavrioloaie, 2022), pues la Comisión declaró en varias ocasiones que el pago de las indemnizaciones concedidas por estos laudos arbitrales constituyen ayudas de Estado a los efectos del art. 107 TFUE, apdo. 1. Esta línea de actuación fue aplicada, en particular, en la Decisión de 30 de marzo de 2015, con ocasión del laudo dictado en el caso *Micula c. Rumanía*, lo que dio lugar a las sentencias del TJUE en el asunto *European Food*. Así, en la sentencia de 25 de enero de 2022, el Tribunal determinó que la fecha relevante a los efectos de determinar si la ejecución del laudo arbitral puede constituir una ayuda de Estado ilegal es la fecha en la que se dictó el laudo arbitral, pues «solo el laudo arbitral concedió el derecho a la indemnización para reparar el perjuicio que los demandantes en el procedimiento arbitral alegan haber sufrido como consecuencia de la derogación, supuestamente contraria al TBI, del régimen de incentivos fiscales controvertido» (apdo. 124). Una vez devuelto el asunto al TG, en la sentencia de 2 de octubre de 2024 (ahora recurrida en casación) el Tribunal concluyó que, en efecto, las cantidades satisfechas por Rumanía en ejecución del laudo en el período posterior a la adhesión de la UE constituían una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior y Rumanía debía, por ello, recuperar dichos pagos. Más recientemente, en la Decisión de 24 de marzo de 2025, a raíz del laudo *Antin c. España*, la Comisión sostuvo que no solo la ejecución del laudo, sino también el laudo en sí constituye una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior. Por ello, impuso la obligación de recuperar cualquier pago realizado en virtud del

3. LOS EFECTOS DE LA CLÁUSULA DE SUPERVIVENCIA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 47 DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA

La posibilidad de una retirada voluntaria del TCE está prevista en su art. 47, apdo. 1, sin mayores condiciones que el respeto de un plazo de espera de cinco años tras su entrada en vigor para la parte que desea retirarse y el requisito procedimental de notificación por escrito al depositario del Tratado. Así lo hizo la UE el pasado 27 de junio de 2024, al notificar formalmente a la República Portuguesa, en calidad de depositaria, su intención de retirarse⁵⁷. Sin embargo, las ramificaciones jurídicas de esta notificación son merecedoras de mayor consideración. Para empezar, conviene señalar que la retirada no es inmediata, sino que de conformidad con lo establecido en el apdo. 2 del mismo precepto «las denuncias del tratado surtirán efecto transcurrido un año desde la recepción de la notificación por el depositario», o «en cualquier otra fecha posterior que se indique en la notificación de la denuncia». En el caso de la UE, al no haberse indicado otra fecha posterior, la retirada será efectiva el 28 de junio de 2025.

Pero más allá de este plazo de preaviso, uno de los principales efectos de la retirada del TCE es que la protección de las inversiones existentes, incluidas las inversiones en combustibles fósiles, no cesará hasta pasados veinte años desde la retirada (Morgandi y Bartels, 2023: 150). En concreto, el art. 47 TCE, apdo. 3, conocido como cláusula de supervivencia o *sunset clause*, garantiza que los

laudo, ya se trate de un pago voluntario o en ejecución forzosa (Iruetagoiena Agirrezabala, 2025). Véanse, al respecto, Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía - Laudo arbitral Micula/Rumanía de 11 de diciembre de 2013, DO L 232, de 4 de septiembre de 2015; sentencias de 25 de enero de 2022, C-638/19P, Comisión Europea/European Food SA y otros, EU:C:2022:50; y de 2 de octubre de 2024, asuntos T-624/15 RENV, T-694/15 RENV y T-704/15 RENV, European Food y otros/Comisión, EU:T:2024:659; recurso de casación interpuesto el 19 de diciembre de 2024, DO C, C/2025/1411, de 10 de marzo de 2025; Decisión de la Comisión, de 24 de marzo de 2025, relativa a la medida de ayuda estatal SA.54155 (2021/NN) ejecutada por España - Laudo arbitral de Antin, C(2025) 1781 final, disponible en: <https://is.gd/uZyzO4>.

⁵⁷ En la medida en que la República Portuguesa decidió retirarse del TCE, la Conferencia sobre la Carta de la Energía adoptó una decisión autónoma para garantizar la continuidad en la administración del TCE. Esta decisión designa a la Secretaría de la Carta de la Energía como depositaria provisional del Tratado, función que asumirá a partir del 2 de febrero de 2025, cuando cesa la labor del Gobierno portugués como actual depositario. Véase, a este respecto, Decisión de la Conferencia de la Carta de la Energía, «Designation of the Energy Charter Secretariat as a Depositary of the Energy Charter Treaty», de 3 de diciembre de 2024, CCDEC 2024 16 GEN. La notificación de retirada puede verse en: <https://is.gd/nBXmK>.

compromisos adquiridos bajo el Tratado sigan aplicándose durante un período prolongado, después de la retirada formal de un Estado⁵⁸. La incorporación de cláusulas de supervivencia es una práctica habitual en los tratados de inversiones, una característica casi universal⁵⁹, que, en aras de la seguridad y la previsibilidad del entorno de inversión, permite a los inversores extranjeros seguir gozando de la protección que ofrecía el acuerdo y en la que pueden haberse basado para realizar su inversión incluso después de la terminación del acuerdo. Sin embargo, valorando las consecuencias de este precepto a la luz de la urgente necesidad de abordar el cambio climático, pese a tratarse de una cláusula muy favorecedora para los inversores, el riesgo jurídico residual que emana del mantenimiento de un período de protección tan extendido privaría de toda eficacia a la retirada del TCE (Braoudakis *et al.*, 2024: 2; Klabbbers, 2022: 8). El ejemplo más representativo de cómo la existencia de la *sunset clause* sigue mermando la capacidad de regular del Estado es el de Italia. Durante el año posterior a la notificación de la retirada del Tratado se presentaron cinco demandas de arbitraje⁶⁰ y otras ocho demandas al amparo de la cláusula de supervivencia⁶¹.

⁵⁸ Así, el art. 47 TCE, apdo. 2, dispone que «Las 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».

⁵⁹ Un estudio de la OCDE informó de que «la gran mayoría de los tratados de inversión (97 % de la muestra de 2061 tratados) tienen cláusulas que extienden algunos o todos los efectos del tratado más allá de su terminación, por un período fijo, durante el cual las protecciones del tratado aún se mantienen para las inversiones que han sido hechas, aprobadas o comprometidas, antes de la terminación del tratado. El período fijo de supervivencia más corto en la muestra es de 5 años, y el más largo es de 25 años» (Gordon y Pohl, 2015: 19).

⁶⁰ Entre los asuntos iniciados durante el año posterior a la notificación resueltos a favor de los inversores, encontramos *Greentech Energy Systems A/S y otros c. Italia*, caso SCC núm. 095/2015, laudo de 23 de diciembre de 2018; *CEF Energia BV c. Italia*, caso SCC núm. 158/2015, laudo de 16 de enero de 2019; mientras que se resolvieron a favor del Estado, *Silver Ridge Power BV c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/15/37, laudo de 26 de febrero de 2021; *Belenergia SA c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/15/37, laudo de 28 de agosto de 2019; *Eskosol SpA in liquidazione c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/15/50, laudo de 4 de septiembre de 2020.

⁶¹ Entre los asuntos iniciados al amparo de la *sunset clause* encontramos, resueltos a favor de los inversores, *SPF Beteiligungs GmbH y otros c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/16/5, laudo de 14 de septiembre de 2020; *Rockhopper Italia S.p.A. y otros c. Italia*, caso

4. LA RETIRADA DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA Y LA MODIFICACIÓN *INTER SE*

Por las razones expuestas en los epígrafes precedentes, no cabe duda de que una vez decididos a emprender una retirada coordinada, la celebración de un acuerdo *inter se* dirigido a neutralizar la *sunset clause* y a reforzar la objeción intra-UE para poner fin a los arbitrajes intra-UE, resulta tanto necesaria como aconsejable (Díez Hochleitner, 2023: 233). En particular, la Declaración *Komstroy* y el Acuerdo *inter se* permiten expresar el entendimiento común de la UE y sus Estados miembros en lo que se refiere a los procedimientos de arbitraje en el interior de la Unión. Ambos instrumentos afirman que, como consecuencia de la primacía del derecho de la UE y la interpretación del TJUE en el asunto *Komstroy*, el art. 26 TCE «no puede ni podría servir nunca de base jurídica» para futuros procedimientos de arbitraje dentro de la UE. Además, buscan influir sobre los procedimientos de arbitraje que se encuentran en curso, señalando que dicho precepto «no sirve, y nunca debería haberse invocado» como base para tales procedimientos⁶². Esta ausencia de base jurídica también conduce a concluir que el art. 47 TCE, apdo. 3, «no puede extenderse ni podría haberse extendido a tales procedimientos», de modo que los arbitrajes intra-UE futuros que puedan iniciarse durante el plazo de espera que sigue a la notificación, como en el período cubierto por la *sunset clause*, carecerían de un fundamento válido⁶³.

Asimismo, en aras de la exhaustividad, la Declaración *Komstroy* pretende ofrecer respaldo jurídico a las diversas situaciones en las que se encuentran los Estados miembros de la UE en relación con su retirada del TCE (Rueda García, 2025: 1345). Tomando en consideración las circunstancias de Italia, continúa aclarando que el art. 47 «no puede haber producido ningún efecto jurídico en las relaciones en el interior de la Unión cuando un signatario se retiró [...] antes de la celebración de la presente declaración». Además, en lo que afecta a los restantes Estados miembros, declara que tampoco «producirá efectos jurídicos en las relaciones en el interior de la Unión si un signatario se retira posteriormente»⁶⁴.

CIADI núm. ARB/17/14, laudo de 23 de agosto de 2022. Resuelto a favor del Estado, *Sun Reserve Luxco Holdings Sàrl y otros vs. Italia*, caso SCC núm. 132/2016, laudo de 25 de marzo de 2020. Todavía pendientes de resolución, *Veolia Propreté SAS c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/18/20; *Hamburg Commercial Bank c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/20/3; *Encavis y otros c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/20/39.

⁶² Punto 1 de la Declaración *Komstroy* y del Acuerdo *inter se*.

⁶³ Punto 2 de la Declaración *Komstroy* y del Acuerdo *inter se*.

⁶⁴ Preámbulo de la Declaración *Komstroy* y del Acuerdo *inter se*.

En este orden de ideas, conviene mencionar que, en febrero de 2023, la Secretaría del TCE remitió una comunicación al PE en la que subrayó que cualquier acuerdo *inter se* únicamente podría ser celebrado por una parte contratante. En este sentido, la Secretaría puntualizó que dicho acuerdo no resultaría aplicable ni a Italia ni a ningún otro Estado miembro de la UE que se hubiera retirado del TCE antes de la entrada en vigor del acuerdo *inter se*. Esta comunicación no incluye mayores explicaciones sobre los argumentos jurídicos que podrían haber llevado a la Secretaría a la referida conclusión⁶⁵. Sin embargo, haciéndose eco de esta comunicación, tanto la Declaración *Komstroy* como el Acuerdo *inter se* propuesto abordan en su preámbulo la cuestión relativa al momento en el que se expresa el entendimiento y afirman de forma inequívoca que la fecha de la retirada carece de relevancia alguna a estos efectos, mientras que pueda considerarse que el TCE «surte efectos jurídicos» para las partes que suscriben el Acuerdo *inter se*, y ello es cierto «en particular, con respecto al art. 47, apartado 3 TCE»⁶⁶.

De esta forma, a raíz de la Declaración *Komstroy*, los tribunales arbitrales no deberían incoar nuevos procedimientos de arbitraje en el interior de la Unión. Para dar plena efectividad a este objetivo, en caso de entregarse una solicitud de arbitraje, los signatarios afectados por dicho procedimiento asumen el compromiso de cooperar para poner en conocimiento del tribunal de arbitraje «la existencia de la presente declaración, para que pueda declarar que el art. 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía no puede servir de base jurídica para tal procedimiento»⁶⁷. Dado que también se pretende eliminar *ab initio* el fundamento en el que los tribunales arbitrales basan su jurisdicción para conocer de los asuntos intra-UE, el mismo compromiso asumen los signatarios afectados por procedimientos que se encuentran en curso, para que el tribunal de arbitraje «pueda concluir que procede inhibirse». No obstante, en aras de garantizar la seguridad jurídica y la coherencia con el Acuerdo para la terminación de los TBI intra-UE⁶⁸, se establece que «no deben impugnarse las transacciones y los laudos

⁶⁵ Carta de la Secretaría General de la Carta de la Energía, de 13 de febrero de 2023, SG/23/E/0047.

⁶⁶ Preámbulo de la Declaración *Komstroy* y del Acuerdo *inter se*.

⁶⁷ Preámbulo de la Declaración *Komstroy* y del Acuerdo *inter se*. Ello se ve reforzado por la incorporación de la cláusula ORIE al art. 24 TCE modernizado, apdo. 3, cuya aplicación provisional se producirá a partir del 3 septiembre de 2025.

⁶⁸ Durante el año 2020 veintitrés Estados miembros celebraron el Acuerdo para la terminación de los TBI intra-UE que les permitía acomodar su práctica a las exigencias de la jurisprudencia del TJUE. Véase el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, DO L 169, de 29 de mayo de 2020. De esta manera, los veintitrés concluyeron que «las cláusulas de arbitraje

arbitrales en los casos de arbitraje sobre inversiones en el interior de la Unión que ya no puedan declararse nulos o anularse y que se hayan cumplido voluntariamente o que se hayan ejecutado con carácter de cosa juzgada»⁶⁹.

III. LOS INTERROGANTES JURÍDICOS SUSCITADOS POR LA DECLARACIÓN KOMSTROY Y EL ACUERDO *INTER SE*

1. LA NATURALEZA HÍBRIDA Y AMBIGUA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS

Una lectura detenida de la Declaración *Komstroy* y del Acuerdo *inter se* pone de manifiesto el cuidado empleado a la hora de articular estos instrumentos jurídicos con una naturaleza híbrida y algo ambigua, incluso sin mencionar los preceptos de la CVDT en los que podría encontrar amparo (Korom y Nagy, 2024: 2). Así, el preámbulo se refiere de un modo general a «las normas de Derecho internacional consuetudinario codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados». Es reseñable que se ha suprimido la referencia a «las normas codificadas en el artículo 31, apdo. 3, letra a), y el artículo 41 de la CVDT» que sí estaba presente en la propuesta de Acuerdo *inter se* de octubre de 2022, que pretendía acompañar a la versión modernizada del TCE y a la inclusión de una disposición expresa que establecía que el Tratado no se aplicaba dentro de la UE⁷⁰.

Del contenido literal de la Declaración *Komstroy* y del Acuerdo *inter se*, y de un análisis sistemático de la estructura argumentativa de las objeciones intra-UE que la Comisión ha promovido con ocasión de la jurisprudencia *Achmea*, se desprende que la intención de la UE es que los tribunales arbitrales acepten estos instrumentos como una interpretación auténtica en el sentido del art. 31 CVDT (Konstantinidis, 2024). En efecto, en su preámbulo, ambos instrumentos recuerdan que «el derecho de interpretar auténticamente una

son contrarias a los Tratados de la UE y, por lo tanto, no son aplicables. Como consecuencia de esta incompatibilidad entre las cláusulas de arbitraje y los Tratados de la UE, a partir de la fecha en que la última de las Partes en un TBI se haya convertido en Estado miembro de la Unión Europea, la cláusula de arbitraje de dicho TBI no podrá servir de base jurídica para los Procedimientos de Arbitraje». Arts. 4, 5 y 6 del Acuerdo.

⁶⁹ Preámbulo de la Declaración *Komstroy* y del Acuerdo *inter se*.

⁷⁰ Anexo de la Comunicación 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, de 5 de octubre de 2022, COM (2022) 523 final, p. 5.

regla jurídica corresponde solo a las Partes del convenio internacional en relación con dicho convenio»⁷¹. Ello obedece a que dicha interpretación desplegaría efectos *ex tunc*, de modo que lograría extinguir *ab initio* el fundamento que sustenta la jurisdicción de los tribunales arbitrales en los arbitrajes intra-UE. En cambio, si se considerara que se trata de una modificación *inter se*, en el sentido del art. 41 CVDT, únicamente produciría efectos *ex nunc*, de modo que podría prevenir la incoación de nuevos procedimientos de arbitraje en el interior de la Unión, pero no tendría eficacia para lograr la inhibición de los tribunales en los casos de arbitraje que se encuentran pendientes.

Aun cuando no se mencionan expresamente, será a la luz de estos preceptos que los tribunales arbitrales analizarán la naturaleza y los efectos jurídicos de ambos instrumentos. Por ello, conviene realizar algunas consideraciones con vistas a determinar si podrían alcanzar el resultado deseado y lograr que los tribunales arbitrales declinen su jurisdicción o se inhiban de conocer de litigios intra-UE, o si, por el contrario, encontrarán una resistencia similar a los asuntos afectados por la jurisprudencia *Achmea*.

2. UN MEDIO DE INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA CONFORME AL ARTÍCULO 31 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

Como es bien sabido, el art. 31 CVDT contiene la norma general de interpretación de los tratados y dispone que, junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta «todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones». Una interpretación restrictiva de este precepto sostiene que los acuerdos de interpretación posteriores en el sentido del art. 31 CVDT, apdo. 3, letra a), están normalmente «limitados a un acto o compromiso común entre todas las partes» del tratado subyacente⁷². Ello podría constituir un impedimento para la consideración de

⁷¹ Al respecto también resulta ilustrador el proyecto de Acuerdo *inter se* de octubre de 2022 donde se dice «de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (asunto de Jaworzina [frontera polaco-checoslovaca], Opinión consultiva [1923], CPJI Serie B n.º 8, 37) y la Corte Internacional de Justicia (Reservas a la Convención sobre Genocidio, Opinión Consultiva [1951], Informes de la CIJ, 15 y 20), el derecho de dar una interpretación autorizada de una norma jurídica pertenece únicamente a la persona u organismo que tiene la facultad de modificarla o suprimirla, lo que significa que los Estados partes en un acuerdo internacional tienen el derecho inherente relativo a su interpretación».

⁷² CDI, Proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, A/73/10. Comentario a la conclusión 4, párrafo 12, disponible en: <https://is.gd/DefReu>.

los instrumentos de la UE y sus Estados miembros como «acuerdo ulterior» a estos efectos, pues no todas las partes contratantes del TCE son partes firmantes de la declaración ni serían signatarias del acuerdo previsto (Konstantinidis, 2024). De hecho, esta es la interpretación asumida por la gran mayoría de tribunales arbitrales que han analizado el valor interpretativo de las declaraciones realizadas con ocasión de la sentencia *Achmea*. Como botón de muestra baste citar, por ser quizás el más contundente e ilustrador, el asunto *ESPF c. Italia* donde se afirmó que «el artículo 31(3) de la CVDT se refiere claramente a un acuerdo sobre la interpretación celebrado por todas las partes del tratado en cuestión. En este caso, para que dicho acuerdo sea tomado en cuenta en la interpretación del TCE, debe tratarse de un acuerdo entre todas las Partes Contratantes»⁷³.

En sentido contrario, algunos autores sostienen que nada de lo dispuesto en el art. 31 CVDT, apdo. 3, letra a), prohíbe expresamente los acuerdos de interpretación que solo tengan por objeto producir efectos jurídicos *inter se*. La consecuencia lógica del principio fundamental del relativismo convencional, en relación con un acuerdo multilateral como el TCE que regula relaciones bilaterales entre las partes, conduciría a poder afirmar con un argumento sólido que la celebración de tales acuerdos de interpretación *inter se* es posible (Braoudakis *et al.*, 2024: 10; Dörr, 2018: 611). En todo caso, la interpretación sería vinculante únicamente para las partes en el acuerdo posterior, en sus relaciones recíprocas, y no tendría incidencia alguna en las demás partes en el TCE. No obstante, tan solo un tribunal arbitral ha acogido esta posibilidad al analizar el conflicto entre el derecho de la UE y el derecho internacional de las inversiones (Lavranos, 2022). En concreto, en el asunto *Green Power c. España* se admitió la eventual existencia de un acuerdo o práctica ulterior «únicamente respecto de un grupo limitado de Partes Contratantes del TCE». En consecuencia, «su relevancia se limitaría a los [en ese caso] 22 Estados miembros de la UE que firmaron la Declaración [...] y reflejaría su interpretación auténtica del significado de ciertas relaciones jurídicas *inter se*»⁷⁴.

Considerando la escasa aceptación de este argumento, parece más probable que los tribunales arbitrales no reconozcan la Declaración *Komstroy*

⁷³ *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/16/5, laudo de 14 de septiembre 2020, párrafo 323. Asimismo, véase *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. c. España*, caso CIADI núm. ARB/14/34, laudo de 18 de diciembre de 2020, párrafo 371, donde el tribunal afirmó que «es claro que no procede la aplicación del Artículo 31(3)(a), puesto que la Declaración establece la posición acordada solamente de algunas de las Partes Contratantes del TCE».

⁷⁴ *Green Power c. España*, caso SCC núm. V 2016/135, laudo de 16 de junio de 2022.

y el Acuerdo *inter se* como una interpretación auténtica, al no tratarse de un instrumento celebrado entre todas las partes en el TCE. Es más, incluso es probable que se le confiera menor peso interpretativo, como «medio de interpretación complementario» en el sentido del art. 32 CVDT (Braoudakis *et al.*, 2024: 11). Esta afirmación viene respaldada precisamente por la postura de los tribunales arbitrales frente a las objeciones basadas en la jurisprudencia *Achmea*. Por ejemplo, en el asunto *Silver Ridge c. Italia*, tras concluir que las declaraciones realizadas por los Estados miembros de la UE no pueden constituir medios de interpretación auténtica, entre otros argumentos, debido a que no se trataba de un instrumento entre todas las partes del TCE⁷⁵, el tribunal afirmó que, no obstante, estas declaraciones «podrían albergar algún valor interpretativo»⁷⁶.

Este mismo asunto también arroja algo de luz sobre otro de los aspectos que pueden resultar problemáticos en la valoración jurídica de la Declaración *Komstroy* y el Acuerdo *inter se*⁷⁷, a saber, la falta de consenso entre los Estados miembros de la UE. De manera análoga a lo sucedido con las declaraciones *Achmea*, Hungría difiere de la postura mayoritaria. En esencia, al emitir su declaración unilateral omite pronunciarse sobre la aplicación del TCE a los arbitrajes intra-UE que se encuentran pendientes, para centrarse únicamente en las controversias de esta naturaleza que pudieran surgir en un futuro (Konstantinidis, 2024; Korom y Nagy, 2024: 3; Rueda García, 2025: 1335). En su declaración afirma, además, que este efecto para el futuro solo comenzará una vez que se haya modificado el TCE⁷⁸. A raíz de ello, la Comisión inició un procedimiento por infracción contra Hungría en junio de 2024, por socavar la posición de la UE en la escena internacional y contradecir la jurisprudencia del TJUE⁷⁹, lo que podría constituir un incumplimiento del deber de cooperación leal consagrado en el art. 4 TUE, apdo. 3. Desde luego, la preocupación expresada por la Comisión es pertinente y encuentra un fundamento razonable a la luz de la jurisprudencia arbitral antes referida, pues, por ejemplo, en el asunto *RWE c. España* se enfatizó que «el tribunal no conoce la posición de las Partes Contratantes del TCE que no son Estados Miembros de la UE, pero

⁷⁵ Párrafo 223.

⁷⁶ Párrafo 225.

⁷⁷ Párrafo 223.

⁷⁸ Punto 1 de la Declaración de Hungría, realizada el 26 de junio de 2024, disponible en: <https://is.gd/0uei3B>.

⁷⁹ La Comisión abrió un procedimiento de infracción mediante el envío de una carta de emplazamiento a Hungría, INFR(2024)2206. Véase, a este respecto, Comisión Europea, *Infringment decisions*, de 25 de julio de 2024, INF_24_3228, disponible en: <https://is.gd/KzUd7U>.

[...] incluso entre los Estados Miembros de la UE, no hay un entendimiento común que resulte suficiente a los fines del Artículo 31(3) (a)»⁸⁰.

Por cuanto antecede, cabe concluir que, además de su falta de celebración por todas las partes en el TCE, la ausencia manifiesta de unidad y consenso entre los Estados interesados respecto a las controversias intra-UE será, sin duda, utilizada como un argumento para desacreditar la interpretación auténtica que pretenden ofrecer la Declaración *Komstroy* y el Acuerdo *inter se*.

3. UNA MODIFICACIÓN *INTER SE* DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 41 DE LA CONVENCION DE VIENA

Alternativamente, de ajustarse a los parámetros del art. 41 CVDT, una vez formalizado, el Acuerdo *inter se*—pues la Declaración *Komstroy* constituye un instrumento político no vinculante— podría tomarse en consideración como instrumento normativo para la modificación de un tratado multilateral únicamente entre algunas de las partes. De conformidad con el apdo. 1 del referido artículo, «dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas». Para ello, es preciso que se verifiquen una serie de condiciones que, en la práctica, se han evidenciado bastante estrictas (Villiger, 2009: 537)⁸¹. Así, se requiere que la posibilidad de tal modificación esté prevista por el tratado o, en su defecto, no esté prohibida, además del cumplimiento de dos requisitos adicionales que deben ser aplicados de manera cumulativa (Von der Decken, 2018: 781). En concreto, un acuerdo *inter se* será posible siempre que «no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones» y «no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto». En la medida en que el TCE no autoriza expresamente una modificación *inter se*, conviene realizar un análisis más detenido de los restantes parámetros definidos en el art. 41 CVDT, pues podrían presentar mayores dificultades en cuanto a su cumplimiento.

En primer lugar, la validez de una modificación *inter se* depende de que no esté prohibida por el tratado cuya alteración se pretende. En este sentido,

⁸⁰ *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. c. España*, caso CIADI núm. ARB/14/34, laudo de 18 de diciembre de 2020, párrafos 371 y 372.

⁸¹ CDI, *Informe sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, de 13 de abril de 2006, A/CN.4/L.682 y Add.1304, párrafo 303.

si bien es cierto que el TCE no contiene una prohibición general al respecto, el acuerdo propuesto por la UE y los Estados miembros podría cuestionarse a la luz de su art. 16. A tenor de esta disposición, si llegara a celebrarse un acuerdo internacional posterior que afecte a las cuestiones reguladas en las partes III o V del TCE, «nada de lo dispuesto en el otro acuerdo se interpretará como una derogación de una disposición más favorable de la Parte III o V del TCE o del derecho de exigir una solución de la controversia relativa a ello con arreglo al TCE». Ahora bien, contrariamente a lo que podría inferirse de algunos laudos⁸², desde una perspectiva estrictamente jurídica, este artículo no prohíbe la celebración de acuerdos *inter se* —en el sentido del art. 41 CVDT—, sino que establece una regla de conflicto (Huremagić y Tropper, 2021: 3). Esta regla implica que, en caso de incompatibilidad normativa, si el régimen jurídico del TCE es más favorable, debe prevalecer sobre otras obligaciones que pudieran asumir las partes en virtud de tratados posteriores⁸³. Ello conduciría a la inaplicación del acuerdo posterior, pero no afectaría a su validez, pues, en sentido estricto, no se prohíbe que algunas de las partes en el TCE celebren un acuerdo *inter se* (Morgandi y Bartels, 2023: 156).

A mayor abundamiento, según algunos autores, la aplicación del art. 16 resultaría cuestionable en ausencia de conflicto normativo, cuando en realidad estamos ante un acuerdo diseñado expresa y específicamente para derogar *inter se* el régimen jurídico instaurado por el TCE, es decir, ante una manifestación de voluntad posterior que prevalece sobre la anterior (Braoudakis *et al.*, 2024: 15-17). Dado que se puede argumentar que el TCE no contiene una prohibición que impida la celebración de los acuerdos *inter se*, la legalidad de los instrumentos adoptados por la UE y sus Estados miembros debe analizarse únicamente a la luz de los restantes parámetros del art. 41 CVDT.

⁸² El tribunal arbitral consideró que el art. 16 del TCE establecía una prohibición expresa que no permitía considerar que el TCE había sido modificado tácitamente por los Tratados de la UE. Véase, por ejemplo, *Vattenfall AB and others c. Alemania*, caso CIADI núm. ARB/12/12, decisión sobre el asunto *Achmea*, de 31 de agosto de 2018, párrafos 198, 221, 229; *Landesbank Baden-Württemberg and others c. España*, caso CIADI núm. ARB/15/45, decisión sobre la objeción jurisdiccional intra-UE, de 25 de febrero de 2019, párrafo 186; *Eskosol S.p.A. in liquidazione c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/15/50, decisión sobre la solicitud de terminación y la objeción intra-UE, de 7 de mayo de 2019, párrafo 151.

⁸³ *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España*, caso CIADI núm. ARB/13/30, decisión sobre jurisdicción, de 6 de junio de 2016, párrafo 75. El tribunal afirmó que, desde la perspectiva del derecho internacional, si hubiera que aplicar alguna jerarquía, el TCE prevalece sobre cualquier otra norma, con la única excepción de las normas *ius cogens*.

De este modo, en segundo lugar, una modificación *inter se* estará permitida siempre que «no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones». De conformidad con un sector de la doctrina, una modificación *inter se* cuyo objetivo sea excluir los arbitrajes intra-UE del ámbito de aplicación del art. 26 TCE o neutralizar la cláusula de supervivencia no parece plantear mayores dificultades en lo que respecta al cumplimiento de este requisito (Braoudakis *et al.*, 2024: 1; Morgandi y Bartels, 2023: 157; Huremagić y Tropper, 2021: 2). Indudablemente, por su naturaleza jurídica y por su contenido, los efectos del Acuerdo *inter se* estarán limitados a las relaciones entre la UE y veintiséis de sus Estados miembros, de modo que para las demás partes en el TCE constituye *res inter alios acta* (Villiger, 2009: 533-534; Von der Decken, 2018: 783). En efecto, los instrumentos firmados por la UE y sus Estados miembros no tienen la capacidad ni, por otra parte, la finalidad de impedir las demandas de arbitraje que pudieran ser presentadas por inversores de terceros Estados contra la UE o sus Estados miembros. Su preámbulo establece de manera clara esta limitación al disponer que «no afecta al disfrute por las demás Partes del Tratado sobre la Carta de la Energía de los derechos que les otorga dicho Tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones».

Lo anterior es plenamente coherente con lo señalado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI), respecto a la dualidad de relaciones jurídicas que emergen tras la celebración de un acuerdo *inter se*, por una parte, una «relación general» entre todas las partes del tratado originario y, por otra, una «relación especial» que existirá entre los Estados parte en el Acuerdo *inter se*⁸⁴. De esta forma, en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos instrumentos jurídicos y un Estado que solo lo sea en el TCE, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el TCE⁸⁵. Cabe señalar, además, que la UE no desconoce que la única vía para implementar una modificación con respecto a las restantes partes en el TCE sería la celebración de tratados internacionales específicos con los países que se hallen dispuestos. De hecho, el PE exhortó a la Comisión a proponer a los países socios que deseen retirarse un segundo acuerdo que permita neutralizar la cláusula de supervivencia, sobre una base recíproca⁸⁶. Sin embargo, a juicio de la Comisión esta opción plantea serias dificultades, ya que las restantes partes en el Tratado parecen motivadas a permanecer vinculadas por el Tratado originario o, en un futuro próximo, por su versión modernizada⁸⁷, de modo que esta posibi-

⁸⁴ CDI, *Informe sobre fragmentación del derecho internacional*, párrafo 301.

⁸⁵ Art. 30 CVDT, apdo. 4, letra b).

⁸⁶ Resolución de 24 de noviembre de 2022, punto 16.

⁸⁷ Comisión Europea, *Non-paper* 2023, p. 6.

alidad se encuentra muy restringida. Fuera de la UE y algunos de sus Estados miembros, únicamente Reino Unido ha formalizado su retirada del TCE⁸⁸.

En tercer y último lugar, un acuerdo *inter se* no debe ir «referido a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto». Desde luego, la incompatibilidad con el objeto y fin de un tratado es una cuestión jurídica que reviste cierta complejidad y, en principio, podría analizarse desde la perspectiva de la naturaleza de los derechos protegidos. Según la CDI, cuando estamos ante tratados que protegen derechos interdependientes, como los de desarme, o de naturaleza integral, como es el caso de los tratados sobre derechos humanos, no podría celebrarse un acuerdo solo entre algunas de las partes en el tratado originario⁸⁹. Una interpretación *a contrario sensu* nos llevaría a sostener que, dado que algunas disposiciones del TCE contienen obligaciones recíprocas bilaterales, como es el caso del art. 26 TCE, nada impediría la celebración de tal acuerdo *inter se* (Gosalbo Bono, 2022: 20; Villiger, 2009: 535-536). Bien puede comprenderse que esta es la interpretación en la que se fundamentan tanto la Declaración *Komstroy* como el Acuerdo *inter se* rubricado por la UE y sus Estados miembros⁹⁰.

No obstante, el estudio de la compatibilidad con el objeto y fin del Tratado no puede limitarse a constatar que se trata de obligaciones de estructura bilateral. Más bien, si atendemos a la compatibilidad material, de manera que el Acuerdo *inter se* no ponga en peligro el cumplimiento efectivo del objeto y fin del Tratado, la respuesta requiere un análisis más matizado, pues un acuerdo solo entre algunas de las partes en el Tratado original, aun cuando este contemple obligaciones de estructura bilateral, puede arrojar esta incompatibilidad. De hecho, la CDI afirmó que es más probable que un acuerdo celebrado solo entre algunas de las partes en el Tratado original sea incompatible con el objeto y fin del Tratado⁹¹.

Para emprender este análisis más profundo, debemos tomar como referencia el objetivo del TCE reflejado en su art. 2, a saber, establecer «un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía». La cuestión jurídica que se plantea es determinar qué elementos del

⁸⁸ Habiéndose notificado el 26 de abril de 2024, la retirada es ya efectiva desde el pasado 27 de abril de 2025.

⁸⁹ CDI, *Informe sobre fragmentación del derecho internacional*, párrafo 312.

⁹⁰ Así, ambos aluden tanto a la sentencia *Komstroy*, como a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 5 de febrero de 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Bélgica contra España) (Informes de la CIJ de 1970, p. 3, apdos. 33 y 35).

⁹¹ CDI, *Informe sobre fragmentación del derecho internacional*, párrafos 311 y 313.

TCE son fundamentales para fomentar dicha cooperación y en qué medida su modificación *inter se* podría frustrar el cumplimiento del objeto y fin del Tratado. Al afrontar esta pregunta, al menos un tribunal sostuvo que las disposiciones del TCE no son suficientemente específicas respecto a esta cuestión y, tras examinar los restantes elementos del Tratado, los consideró «en general, inconcluyentes»⁹². Este enfoque ofrece cierta esperanza, pues sugiere que podría haber espacio para una interpretación flexible de las disposiciones del TCE, abriendo la puerta a una resolución favorable en otros tribunales.

Sin embargo, el objeto y fin del Tratado no puede interpretarse únicamente en atención a los objetivos declarados, sino que también es preciso tomar en consideración sus disposiciones operativas (Morgandi y Bartels, 2023: 157). Al realizar esta labor de interpretación, algunos tribunales recordaron que las cláusulas de arbitraje, como la del art. 26 TCE, son a menudo consideradas como «el elemento más esencial de un tratado de inversión»⁹³. De ello derivaría que la modificación de su ámbito de aplicación podría no ser compatible con el objeto y fin del Tratado. Así, por ejemplo, en el caso *Vattenfall c. Alemania* se afirmó que «privar a los inversores de la UE del derecho a invocar la cláusula de arbitraje del TCE, cuando el Estado demandado sea un Estado miembro de la UE, sería contraproducente para el flujo de inversiones internacionales en el sector energético»⁹⁴. En una línea similar, en el caso *BayWa c. España* —y posteriormente en *Mercuria c. Polonia*—, el tribunal afirmó que «es muy dudoso que la abrogación *inter se* del TCE entre los Estados miembros de la UE sea compatible con la ejecución efectiva del objeto y propósito del [TCE] en su conjunto». En concreto, a juicio del tribunal, ello se podría inferir de la presencia del art. 16, «que manifiesta la intención de preservar los derechos de los inversores y las inversiones, que constituyen un pilar fundamental de ese tratado multilateral»⁹⁵.

⁹² *Green Power c. España*, párrafos 401-402.

⁹³ Puede verse sentencia *Achmea*, apdos. 77 y 208. *Silver Ridge Power BV c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/15/37, laudo de 26 de febrero de 2021, párrafo 229.

⁹⁴ *Vattenfall AB and others c. Alemania*, caso CIADI núm. ARB/12/12, decisión sobre el asunto *Achmea*, de 31 de agosto de 2018, párrafo 198.

⁹⁵ *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. España*, caso CIADI núm. ARB/15/16, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantía, de 2 de diciembre de 2019, párrafo 276. Asimismo, *Sevilla Bebeer BV y otros c. España*, caso CIADI núm. ARB/16/27, decisión sobre jurisdicción, responsabilidad e instrucciones sobre cuantía, de 11 de febrero de 2022, párrafo 629: «Sería extraordinario que un componente esencial del Tratado, como el arbitraje entre inversores y Estados, no se aplicara entre un número significativo de Partes Contratantes sin que los redactores del Tratado abordaran esta excepción. En opinión

Siguiendo la línea argumental apenas expuesta, que se sustenta en la preservación de los derechos adquiridos por los inversores como un elemento fundamental del TCE, es razonable suponer que una conclusión similar se alcance respecto de la supresión *inter se* de la cláusula de supervivencia (Huremagić y Tropper, 2021). En este sentido, un factor que podría incidir de manera clave en la decisión sobre la compatibilidad es que, tal como se desprende de los *travaux préparatoires*, la incorporación de la *sunset clause* no estaba prevista en el borrador inicial del acuerdo, sino que se incluyó posteriormente a sugerencia de algunos Estados. En consecuencia, cabría afirmar que, salvo para los países que la promovieron, tal cláusula no parece haber sido fundamental para la consecución del objeto y fin del TCE, de modo que su neutralización *inter se* no sería incompatible con el objeto y fin del Tratado a los efectos del art. 41 CVDT (Morgandi y Bartels, 2023: 157).

En un segundo orden de cuestiones, conviene advertir que el Acuerdo *inter se* atisba a satisfacer, como una suerte de red de seguridad, los requisitos procedimentales que podrían exigirse a la luz del art. 41 CVDT, apdo. 2. En particular, la obligación de notificar a las demás partes en el TCE la intención de celebrar este acuerdo. Se trata de un requisito cuya ausencia determinó, entre otros factores, que los tribunales arbitrales desestimaran las objeciones intra-UE sustentadas en la jurisprudencia *Achmea*⁹⁶; de ahí que su cumplimiento resulte esencial en el presente caso. En esencia, el objetivo de esta disposición es proteger a las demás partes frente a un *fait accompli* y, posiblemente, una vulneración de sus derechos. Atendiendo a lo manifestado por la CDI, esta notificación abre la posibilidad de reacción para las demás partes en el TCE, pues «la notificación se debe hacer en una fase relativamente avanzada de la negociación del acuerdo *inter se*, pero suficientemente antes de su celebración para permitir una reacción válida» (Villiger, 2009: 535-536)⁹⁷. De manera análoga al régimen jurídico de las reservas, la CDI consideró que corresponde a las demás partes en el TCE evaluar dicha incompatibilidad: «Toda parte en un tratado multilateral tiene la libertad de oponerse a la celebración de un acuerdo *inter se* alegando que el acuerdo frustraría probable-

del Tribunal, es irreconciliable con el sentido ordinario del Tratado interpretar en él una cláusula de desconexión intra-UE implícita».

⁹⁶ *Silver Ridge Power BV c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/15/37, laudo de 26 de febrero de 2021, párrafo 230; *Eskosol S.p.A. in liquidazione c. Italia*, caso CIADI núm. ARB/15/50, decisión sobre la solicitud de terminación y la objeción intra-UE, de 7 de mayo de 2019, párrafo 151; *Mercuria Energy Group Limited c. Polonia (II)*, caso SCC núm. 2019/126, laudo de 29 de diciembre de 2022, párrafo 413.

⁹⁷ CDI, *Informe sobre fragmentación del derecho internacional*, párrafo 318.

mente la consecución del objeto y el fin del tratado»⁹⁸. Por ello, podría sostenerse válidamente que, al no ejercer su derecho a oponerse, las demás partes no identifican una incompatibilidad sustancial que lo justifique. Dicho con otras palabras, el silencio de las demás partes en el TCE puede interpretarse como consentimiento cuando, dadas las circunstancias, cabría razonablemente esperar una respuesta (Sharma, 2024). Si se quisiera ahondar todavía más en la postura de los Estados que permanecen en el Tratado, de los propios resultados del proceso de modernización se puede inferir su falta de oposición a la modificación del ámbito de aplicación del art. 26 TCE, en tanto en cuanto la versión reformada incorpora una exclusión expresa de los arbitrajes intra-UE de su ámbito de aplicación (Braoudakis *et al.*, 2024: 10). No obstante, como demuestra el caso *Mercuria c. Polonia*, este es un argumento de doble filo, pues también puede alegarse que una formulación explícita de la exclusión de las inversiones intra-UE subraya aún más que no existía una excepción clara del arbitraje intra-UE en el momento de la conclusión del TCE.

IV. REFLEXIONES FINALES

A la luz del análisis que precede, se impone subrayar que los avances logrados en el proceso de modernización del TCE representan compromisos a medio camino, reflejo del alto precio de la unanimidad, que no hacen sino reforzar la urgencia de dejar atrás un marco jurídico que se ha evidenciado abiertamente hostil a la agenda climática y ha coartado la libertad de regulación de las partes, al tiempo que se revela incapaz de mantener el paso de la política de inversiones contemporánea de la UE, profundamente transformada. Tras una lectura atenta del TCE modernizado, adoptado finalmente en diciembre de 2024 y cuya aplicación provisional se prevé para septiembre de 2025, es probable que se asiente la duda sobre si hubiera sido más oportuno, desde una perspectiva pragmática y de gestión de riesgos, centrar los esfuerzos en concluir, primero, el proceso de modernización y, solo después, iniciar el proceso de retirada. Ello, porque no cabe negar que el texto reformado integra algunos elementos que tienden a consolidar la autonomía regulatoria de las partes, a la vez que refuerzan la certeza jurídica y limitan el siempre criticado margen de discrecionalidad de los tribunales arbitrales.

Conviene señalar, no obstante, que aceptar esta postura implicaría desconocer las intrincadas dinámicas que se dan en el marco del procedimiento de celebración de acuerdos internacionales por parte de la UE. Así, no se debe

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 313.

olvidar que la decisión sobre la retirada y su vinculación al desbloqueo del proceso de modernización sucedió en un momento político de *impasse* en el entorno institucional. Debe tenerse presente, en primer lugar, la imposibilidad manifiesta de alcanzar la mayoría necesaria en el Consejo, con vistas a determinar la posición que debía tomarse en nombre de la UE, lo que constituía un impedimento para la votación en la Conferencia de la Carta de la Energía. A mayor abundamiento, en el poco probable caso de que este primer obstáculo lograra superarse, la falta de aprobación del PE habría tornado inaplicable el acuerdo alcanzado en el seno de la Conferencia. En tales circunstancias, podemos afirmar que la conclusión con éxito del TCE modernizado es tributaria de su previa denuncia por parte de la UE, que, de no suceder, habría retrasado indefinidamente el proceso de reforma.

Así las cosas, no cabe duda de que la retirada coordinada y la posterior modificación *inter se* responden a un interés legítimo de la UE y sus Estados miembros de recuperar determinados espacios de soberanía regulatoria que cedieron al celebrar el TCE. Esta estrategia se erige, además, como la opción más coherente con los argumentos que sostienen la obsolescencia del TCE y su incompatibilidad con el principio de autonomía del derecho de la UE. Primero, cabe señalar que la retirada de la UE presenta un valor añadido frente al mecanismo de flexibilidad que incorpora el TCE renovado, pues sus efectos trascienden de las inversiones relacionadas con los combustibles fósiles y conlleva que las nuevas inversiones en todos los sectores energéticos ya no estarán protegidas, incluidas las relacionadas con el sector de las energías renovables, que se ha evidenciado muy litigioso, como demuestra el medio centenar de casos de arbitraje en contra de nuestro país.

En cambio, la valoración de su efectividad para subsanar las fricciones entre los arbitrajes intra-UE y el derecho de la Unión se revela más compleja, pues aún subsiste la posibilidad de que la retirada coordinada y la modificación *inter se* no logren alcanzar su objetivo de que los tribunales arbitrales declinen su jurisdicción o se abstengan de conocer de litigios intra-UE. Así, hemos argumentado que todavía persiste el riesgo de que los tribunales no acepten la Declaración *Komstroy* y el Acuerdo *inter se* como un medio de interpretación auténtica en el sentido del art. 31 CVDT. La jurisprudencia arbitral mayoritaria demuestra que es muy probable que el hecho de no haber sido celebrado por todas las partes contratantes del TCE, así como la ausencia manifiesta de unidad y consenso entre los Estados miembros de la UE, se utilicen para rechazar esta propuesta y, en consecuencia, no se logre extinguir *ab initio* el fundamento que sustenta la jurisdicción de los tribunales en los arbitrajes intra-UE. De igual forma, en tanto que podría percibirse como un obstáculo para la consecución del objeto y fin del Tratado, en el sentido del art. 41 CVDT, también subsisten dudas sobre el potencial del Acuerdo *inter*

se para impedir que los tribunales arbitrales conozcan de los procedimientos de arbitraje intra-UE que se sustancien conforme a la *sunset clause*. Desde luego, esta valoración se torna aún más desafiante a la luz de la cláusula ORIE presente en el TCE modernizado, que previene el inicio de procedimientos de arbitraje en el interior de la UE, pues podría darse la situación paradójica e inesperada de que tales arbitrajes ya no fueran posibles entre los Estados miembros de la UE que optaron por permanecer en el TCE, pero sí entre aquellos que decidieron abandonarlo.

Bibliografía

- Bas Vilizzio, M. (2024). Energy Charter Treaty and Investor-State dispute settlement: legal challenges in energy transition. En D. Iglesias Márquez, C. Esteve-Jordà y B. Felipe Pérez (eds.). *Legal Challenges at the End of the Fossil Fuel Era. Global Issues* (pp. 341-361). London: Palgrave Macmillan. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-031-61766-9_13.
- Biondi, A. y Sangiuolo, G. (2021). Three years after *Achmea*: What is said, what is unsaid and what could follow. En A. Biondi y G. Sangiuolo (eds.). *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations: An Agenda for an Enhanced Dialogue* (pp. 14-36). Cheltenham: Edward Elgar Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781839103353.00008>.
- Braoudakis, N., Craveia, R. y Baldon, C. (2024). Neutralising the ECT sunset clause *inter se*. *International Centre for Settlement Investment Disputes Review: Foreign Investment Law Journal*, 39 (2), 347-370. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siae011>.
- Brauch, D. M. (2021). *Should the European Union fix, leave or kill the Energy Charter Treaty?* Disponible en: <https://is.gd/LDR3qm>.
- Dashwood, A. (2022). Republic of Moldova *vs.* Komstroy LCC: arbitration under Article 26 ECT outlawed in *Intra-EU* disputes by *obiter dictum*. *European Law Review*, 47 (1), 127-140.
- Díez Hochleitner, J. (2023). España anuncia su decisión de denunciar el Tratado de la Carta de la Energía. *Revista Española de Derecho Internacional*, 75 (1), 225-235. Disponible en: <https://doi.org/10.36151/REDI.75.1.11>.
- Dilworth, J. y Lee, E. (2024). The Energy Charter Treaty remains the most dangerous investment treaty to the energy transition. *E3G blog* [blog], 21-12-2024. Disponible en: <https://is.gd/zaPVrQ>.
- Dörr, O. (2018). Article 31. En O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.). *Vienna Convention on the Law of Treaties* (pp. 557-616). Heidelberg: Springer. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-662-55160-8_34.
- Eckes, C. y Ankersmit, L. (2022). *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*. Amsterdam: University of Amsterdam, Amsterdam Centre for European Law and Governance. Disponible en: <https://is.gd/N0uDUG>.

- Fernández Pérez, A. (2022). Compatibilidad del Tratado de la Carta de la Energía y de su procedimiento de arreglo de controversias con el derecho de la Unión Europea entre la modernización y la denuncia. *La Ley. Mediación y Arbitraje*, 13.
- Flues, F., Eberhardt, P. y Olivet, C. (2020). *Busting the myths around the Energy Charter Treaty: A guide for concerned citizens, activists, journalists and policy-makers*. Berlin, Brussels, Amsterdam: PowerShift, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute. Disponible en: <https://is.gd/hUThXi>.
- Gáspár-Szilágyi, S. (2018). It is not just about Investor-State Arbitration: a look at Case C-284/16, Achmea BV. *European Papers*, 3 (1), 357-373. Disponible en: <https://doi.org/10.15166/2499-8249/220>.
- Gaukrodger, D. (2017). The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: a scoping paper. *OECD Working Papers on International Investment*, 2. Paris: OECD Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3147346>.
- Gordon, K. y Pohl, J. (2015). Investment treaties over time - treaty practice and interpretation in a changing world. *OECD Working Papers on International Investment*, 2. Paris: OECD Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2555606>.
- Gosalbo Bono, R. (2022). La crisis energética, el derecho de la UE, el derecho internacional y el arbitraje internacional. *Revista General de Derecho Europeo*, 58, 1-48.
- Gustafsson, B. (2023). EU law showing its Teeth: the annulment of Novenergia II v Spain. *Kluwer Arbitration Blog* [blog], 7-3-2023. Disponible en: <https://is.gd/yHO9vH>.
- Haut Conseil pour le Climat. (2022). Report on the modernisation of the Energy Charter Treaty. *A report of the French High Council on Climate - October*. Paris: Haut Conseil pour le Climat. Disponible en: <https://is.gd/La8GfR>.
- Huremagić, H. y Tropper, J. (2021). Mission Impossible? Implementing Komstroy and Modifying the Energy Charter Treaty, *Völkerrechtsblog* [blog], 17-11-2021. Disponible en: <https://is.gd/8DkF2t>.
- Ingle, D. y Sullivan, J. (2024). Arbitration under the Energy Charter Treaty: the impact of EU law. En N. Lavranos y S. Castagna (eds.). *International Arbitration and EU Law* (pp. 262-278). Cheltenham: Edward Elgar Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781035316571.00023>.
- Intergovernmental Panel on Climate Change. (2022). *Climate Change 2022. Mitigation of climate change. Working Group III Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Ginebra: Intergovernmental Panel on Climate Change. Disponible en: <https://is.gd/tGWzfA>.
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. (2020). Aplicación del derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones. En S. Álvarez González *et al.* (eds.). *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas* (pp. 767-784). Navarra: Thomson Reuters.
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. (2022). El Tribunal de Justicia cierra el círculo tras confirmar la inaplicabilidad del arbitraje de inversiones del Tratado sobre la

- Carta de la Energía en los litigios intra-UE: análisis crítico de la decisión en el asunto República de Moldavia/Komstroy (STJ 2 de septiembre de 2021, asunto C-741/19). *La Ley. Mediación y arbitraje*, 10.
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. (2025). El laudo Antin c. España como ayuda de Estado incompatible con el mercado interior: La Comisión Europea define su posición ante los litigios arbitrales de España por los recortes a las renovables. *La Ley Unión Europea*, 135.
- Klabbers, J. (2022). A moral holiday: withdrawal from the Energy Charter Treaty. *European Society of International Law Reflections*, 11 (6). Disponible en: <https://is.gd/pA1M9d>.
- Konstantinidis, M. (2024). Translating Komstroy to international law: declaration on the legal consequences of Komstroy. *EU Law-Live* [blog], 9-10-2024. Disponible en: <https://is.gd/pSH5nl>.
- Korom, V. y Nagy, S. (2024). EU Member States' diverging declarations on the *intra*-EU applicability of the Energy Charter Treaty: can the Energy Charter Treaty be disappplied *intra*-EU as a matter of international law without modernization? *Kluwer Arbitration Blog* [blog], 17-7-2024. Disponible en: <https://is.gd/IO1CwE>.
- Lavranos, N. (2022). Green power K/S and SCE solar Don Benito APS *vs.* Kingdom of Spain: how EU law allegedly Trumps international investment law. *European Investment Law and Arbitration Review Online*, 7 (1), 166-174. Disponible en: https://doi.org/10.1163/24689017_0701010.
- López Escudero, M. (2023). La UE y los medios internacionales de solución de controversias: los arbitrajes de inversiones frente al derecho de la UE. En P. García Andrade (ed.). *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional público* (pp. 287-316). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morgandi, T. y Bartels, L. (2023). Exiting the Energy Charter Treaty under the law of treaties. *King's Law Journal*, 34 (1), 145-169. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09615768.2023.2196834>.
- Odermatt, J. (2021). Is EU law international? Case C-741/19 *Republic of Moldova v Komstroy LLS* and the autonomy of the EU legal order. *European Papers*, 6 (3), 1255-1268.
- Pochtovyk, Y. y Stifter, L. (2023). Modernisation of the Energy Charter Treaty: a view from the inside. En M. Bungenberg y A. Reinisch (eds.). *Workshop on New Frontiers for EU Investment Policy* (pp. 65-95). Cham: Springer Nature Switzerland. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-031-41977-5_5.
- Requena Casanova, M. (2024). La ejecución de los laudos arbitrales en materia de renovables contra España ante los Tribunales de terceros estados no miembros de la UE: el rechazo a la doctrina Achmea/Komstroy del TJUE. *Revista General de Derecho Europeo*, 64, 155-199.
- Rueda García, J. A. (2025). The EU Declaration on the legal consequences of the Komstroy judgment on *intra*-EU arbitration under the Energy Charter Treaty. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 17 (1), 1334-1348. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2025.9376>.

- Sharma, K. (2024). The Conundrum of the Komstroy Declaration: a case of interpreting or modifying the Energy Charter Treaty? *Völkerrechtsblog* [blog], 27-11-2024. Disponible en: <https://is.gd/JxC9cr>.
- Schaugg, L. y Brewin, S. (2022). *Uncertain climate impact and several open questions. An analysis of the proposed reform of the Energy Charter Treaty*. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development. Disponible en: <https://is.gd/MCWheF>.
- Suciu Gavriloaie, D. (2019). Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Achmea*. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 37. Disponible en <https://doi.org/10.17103/reei.37.14>.
- Suciu Gavriloaie, D. (2022). La problemática confluencia entre el ordenamiento jurídico europeo y el derecho internacional de las inversiones: un capítulo más en la saga *Micula* - Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2022 en el asunto C-638/19P, Comisión Europea c. European Food SA y otros. *La Ley Unión Europea*, 103.
- Suciu Gavriloaie, D. (2023). *El marco jurídico de las inversiones en la nueva generación de acuerdos de comercio e inversión de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi.
- Tienhaara, K. (2011). Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science. En C. Brown y K. Miles (eds.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (pp. 606-627). Cambridge: Cambridge University Press.
- Tienhaara, K. (2018). Regulatory chill in a warming world: the Threat to Climate Policy posed by Investor-State dispute settlement. *Transnational Environmental Law*, 7 (2), 229-250. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309>.
- Tropper, J. (2022). Withdrawing from the Energy Charter Treaty: the end is (not) near. *Kluwer Arbitration Blog* [blog], 4-11-2022. Disponible en: <https://is.gd/OLMvwO>.
- Verburg, C. (2019). Modernising the Energy Charter Treaty: an opportunity to enhance legal certainty in investor-State dispute settlement. *The Journal of World Investment and Trade*, 20 (2-3), 425-454. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/22119000-12340144>.
- Villiger, M. E. (2009). Article 41: Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only. En O. Dörr y K. Schmalenbach (eds). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (pp. 528-538). Leiden: Brill Nijhoff. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004168046.i-1058.264>.
- Von der Decken, K. (2018). Article 41: Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only. En O. Dörr y K. Schmalenbach (eds). *Vienna Convention on the Law of Treaties* (pp. 777-786). Heidelberg: Springer. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-662-55160-8_44.