

MÁS ALLÁ DEL CONTROL, MÁS ALLÁ DE LA REFORMA

El Dilema del Tratado sobre la Carta de la Energía de la UE

CIARAN CROSS, LL.M.



Septiembre de 2020

Comisionado por el Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica (GUE/NGL)



BANCADA PARLAMENTARIA EUROPEA
Parlamento europeo,
B-1047 Bruselas, Bélgica
+32 (0)2 283 23 01

guengl-communications@europarl.europa.eu

Septiembre de 2020

Fotografía de la portada: © Benita Welter @ Pixabay

Índice

Glosario	4
Preámbulo	5
Introducción	6
1. ¿Creando el TCE 'a salvo del TJUE'?	10
1.1 Objeciones Intra-UE	12
1.1.1 Antes de Achmea	12
1.1.2 Consecuencias de Achmea y el Dictamen 1/17	12
1.2 Autonomía de la Legislación de la UE	13
1.2.1 Derecho aplicable	13
1.2.2 Normas sobre conflictos	14
1.2.3 Asignación de competencias	15
1.3 Cuestiones de fondo	15
1.3.1 Normas en materia de Protección de Inversiones	15
1.3.2 El derecho a regular	19
2. Los horizontes de la Legislación de la UE	21
2.1 Nacionalidad de conveniencia	21
2.2 Derecho de la competencia	22
2.2.1 Decisión de la CE de 2017 (España)	25
2.2.2 Reclamaciones mixtas	26
2.3 Cumplimiento y ejecución	26
2.3.1 Cumplimiento fuera de la UE	27
2.3.2 ¿El 'auténtico campo de batalla'?	28
3. Pavimentando el camino a París	30
3.1 MEAs (AMUMAs) y Medidas de Respuesta al Cambio Climático	30
3.2 Subsidios a combustibles fósiles	31
3.3 Obligaciones de los inversores	32
4. Conclusión	34
5. Notas finales	36
Anexo 1 – Casos del TCE contra España	44

Glosario

BIT (TBI)	Tratado Bilateral de Inversiones
CETA (AECG)	Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE
CJEU (TJUE)	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
ECT (TCE)	Tratado sobre la Carta de la Energía
EU (UE)	Unión Europea
FET (TJE)	Norma de Trato Justo y Equitativo
FIT (TR)	Tarifa regulada
ICS (STI)	Sistema de Tribunales de Inversiones
ICSID (CIADI)	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
ISDS (RLIV)	Resolución de Litigios entre Inversores y Estados
MIC (TMI)	Tribunal Multilateral de Inversiones
REIO (ORIE)	Organización Regional de Integración Económica
TFEU (TFUE)	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UNCITRAL (CNUDMI)	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNCTAD (CNUCD)	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Preámbulo

Queridos lectoras, queridos lectores:

El presente estudio sobre el Tratado de la Carta de la Energía (TCE) no podía llegar en un momento más oportuno. El TCE, un acuerdo de protección de las inversiones en materia energética, está en pleno proceso de modernización. Desde el pasado mes de julio, se han celebrado dos rondas de negociación y se espera que el proceso finalice en diciembre de este año, tras una tercera ronda, con la celebración de una Conferencia de la Carta. Sin embargo, la modernización está abocada al fracaso. Una de las principales razones es la incompatibilidad del Tratado con la lucha contra el cambio climático y la política climática de la que presume esta Comisión. La escasa información que ha trascendido del proceso a la opinión pública indica que no se va a tocar ninguno de los elementos centrales del acuerdo que impiden la lucha contra el cambio climático y endeudan las arcas públicas.

Y es que el TCE es un acuerdo del siglo pasado. Nace en los noventa, tras la caída del muro de Berlín, para garantizar el acceso de Occidente a los combustibles fósiles de las antiguas potencias del Este. Los inversores quieren tener garantías y se busca una herramienta para solucionar los posibles conflictos de interés con los Estados. Se incluye un mecanismo de solución de las disputas entre inversores y Estado, la llamada cláusula ISDS, presente en otros muchos acuerdos. A través de esta herramienta, los inversores pueden demandar ante tribunales de arbitraje a los Estados si consideran que sus medidas legislativas han mermado sus intereses económicos, presentes o futuros. Además, los tribunales de arbitraje no son tribunales al uso: esos abogados, en calidad de árbitros, deciden a puerta cerrada. Es decir, se trata de tribunales “privados” cuyas decisiones son inapelables. No hay jurisprudencia y no se tiene en cuenta el derecho nacional o internacional. Y lo más terrible: si un Estado es condenado a pagar, el dinero sale de las arcas públicas.

Después de que varios Estados miembros de la UE hayan sido víctimas de la cláusula ISDS, y después de la Corte de Justicia de la Unión Europea haya emitido veredictos históricos sobre la incompatibilidad entre el derecho europeo y la arquitectura de arbitraje del Tratado sobre la Carta de la Energía, la Comisión Europea accedió a presentar una propuesta de reforma de este tratado en mayo de 2020. En este contexto, el grupo de La Izquierda en el Parlamento Europeo (GUE/NGL) ha encargado este estudio sobre los límites de la propuesta de la Comisión, además de sobre el proceso, los objetivos y el resultado de la negociación sobre la reforma del TCE. Nuestro objetivo es saber si una reforma de la redacción es suficiente o si los Estados deben dar la espalda a esta lógica de expolio de las arcas públicas por parte de inversores privados.

En este sentido, agradecemos la labor de Ciaran Cross, que ha realizado un excelente estudio y una contribución muy valiosa y oportuna al debate que acompaña a las negociaciones.

Idoia Villanueva
Eurodiputada de Podemos
(GUE/NGL)

RuizSira Rego
Eurodiputada de Izquierda Unida
(GUE/NGL)

Introducción

En mayo de 2020, en el umbral de las negociaciones con vistas a la 'modernización' del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT), el Secretario General del Secretariado de la Carta de la Energía, Urban Rusnák, ofreció una consideración sorprendente sobre la contribución del ECT a la mitigación del cambio climático: *"El Acuerdo de París no protege la inversión. El Tratado sobre la Carta de la Energía sí lo hace. Se trata de un complemento del Acuerdo de París"*¹

El punto de vista de Rusnák es difícilmente reconciliable con los muchos críticos del ECT. En diciembre de 2019, 278 organizaciones de la sociedad civil y sindicatos condenaron el ECT como totalmente 'incompatible con la implementación del Acuerdo de París sobre el Cambio Climático'. En una carta abierta, solicitaron que la Unión Europea (UE) se comprometiera a reformar el ECT excluyendo las inversiones en combustibles fósiles en cuanto a su protección y eliminando la cláusula de resolución de litigios inversor-estado (ISDS); si no fuera así, la UE y sus Estados miembros deberían retirarse del ECT en masa, o dar por concluido el acuerdo.²

La reacción contra el ECT en particular se está gestando desde hace mucho tiempo. Considera una 'invención de la Unión Europea',³ que el objetivo ostensible del ECT sea 'promover la seguridad energética a través de unos mercados energéticos más abiertos y competitivos, respetando al mismo tiempo los principios del desarrollo sostenible y la soberanía en materia de recursos energéticos'.⁴ Se propuso – en gran medida fue diseñado – por la Comisión Europea en la década de los noventa para ayudar a los inversores de Europa Occidental a capitalizarse tras el colapso de la Unión Soviética. Ha sido descrito como el 'ejemplo más ambicioso' de los intentos de las 'potencias occidentales para institucionalizar formalmente las normas neoliberales (a favor del mercado) en el mercado energético'.⁵

Hasta la fecha, el mecanismo ISDS del ECT se ha usado en más arbitrajes que en ningún otro acuerdo de inversiones en el mundo. Durante la década pasada, los litigios basados en el ECT dieron lugar a importantes críticas al ISDS – un mecanismo de arbitraje que permite que los inversores internacionales protegidos demanden a los Estados 'anfitriones' por las pérdidas que les puedan ocasionar las medidas regulatorias nacionales. Innumerables reclama-

ciones han catalizado la oposición pública al ISDS en la UE: colosales demandas de indemnización, conflictos de intereses y parcialidad judicial, falta de transparencia, dudosas interpretaciones expansivas de las normas de protección de las inversiones, así como el poderoso rol del sector del arbitraje y la financiación de terceras partes que estimula una 'fiebre del oro' del ISDS.⁶

Hasta la fecha, el mecanismo ISDS del ECT se ha usado en más arbitrajes que en ningún otro acuerdo de inversiones en el mundo.

El reciente auge de las demandas basadas en el ECT contra los Estados miembros de la UE ha cambiado de forma sustantiva el panorama del arbitraje del ISDS,⁷ incluyendo las dos demandas de la compañía sueca Vattenfall contra Alemania: una, cuestionando las políticas medioambientales que aplazaron la autorización de la central térmica de carbón (establecida de forma privada en 2010); y otra demanda de indemnización en curso de 4700 millones de euros, a causa de la eliminación progresiva de la energía nuclear en Alemania.⁸ Al mismo tiempo, España se ha convertido rápidamente en el tercer Estado que más demandas recibe en todo el mundo a través del ISDS. En total, cuarenta y siete demandas en base al TCE, que representan una responsabilidad total de más de 4000 millones de euros y, posiblemente, mucho más. En la historia del ISDS, la situación de España recuerda a la que atravesó Argentina después de la catastrófica crisis económica de 2001, cuando las sentencias del ISDS dejaron una factura al Estado de más de 2000 millones de dólares.⁹ La indemnización adjudicada contra España hasta la fecha ya ronda los 1000 millones de euros.¹⁰ Los inversores, explotando el temor a que los Estados eliminen gradualmente los combustibles fósiles, están usando con éxito a la amenaza de litigios millonarios ante el arbitraje del TCE. La compañía minera checa de lignito Leag ha alentado supuestamente un acuerdo

de miles de millones de euros con Alemania a condición de que renuncie a su derecho a cualquier futura demanda sobre la eliminación gradual planificada del carbón.¹¹ Desde 2019, la compañía alemana Uniper ha estado amenazando con demandar a los Países Bajos por su compromiso para eliminar las plantas eléctricas de carbón en 2030.¹²

Los temores a que los litigios del ISDS en virtud del ECT representan un desafío a la necesidad de emprender urgentemente acciones contra el cambio climático, la transición energética global, y el Pacto Verde Europeo, están, por tanto, bien justificados. Se anticipan muchas más demandas del ECT en los próximos años y, directa o indirectamente, estas tendrán un poderoso efecto disciplinario en los mercados energéticos de los Estados Contratantes del ECT. Precisamente en el momento en que la amenaza del cambio climático exige cambios fundamentales y radicales en la regulación, financiación y supervisión del sector energético, el ECT permite que unos inversores protegidos aumenten radicalmente los costes de tales medidas (costes sufragados en última instancia por los contribuyentes). Es necesario que los subsidios a los combustibles fósiles y su uso sean suprimidos de forma urgente y que las fuentes de energías limpias y renovables se extiendan rápidamente, incluso mediante incentivos al mercado. Pero a medida que se pone en marcha la transición energética, los litigios del ECT amenazan con captar fondos públicos y hacen que las reformas energéticas necesarias urgentemente sean menos fáciles de poner en marcha.

En pocas palabras, la sobrecompensación a los especuladores en los mercados energéticos, tanto nuevos como antiguos, no ‘complementa’, sino que dificulta los objetivos del Acuerdo de París.

¿PERSPECTIVAS DE REFORMA?

Iniciada en 2009, la ‘modernización’ del ECT puede ofrecer una oportunidad para hacer frente a estos desafíos. La reforma sigue siendo una estrategia fundamental ya que – como muchos otros tratados de inversión bilateral (BITs) – la ‘cláusula de extinción’¹³ del ECT obliga a cualquier Estado que se retire unilateralmente a seguir protegiendo las inversiones existentes durante otros veinte años (hasta ahora, sólo Italia se ha retirado, con efecto desde enero de 2016).¹⁴ Pero cualquier modificación significativa del ECT

requerirá un acuerdo unánime de los cerca de cincuenta Partes Contratantes del tratado – una perspectiva altamente indeseable. Además, resulta obvio que las Partes Contratantes del ECT se están focalizando en ‘el fruto de las ramas más bajas’. Ni uno sólo ha propuesto excluir el ISDS, o ha requerido que los inversores primero agoten las soluciones nacionales.

El enfoque propio de la Comisión Europea respecto del ECT está dominado por problemas sobre la arquitectura legal de la UE. Estos problemas tienen dos vertientes. En primer lugar, la Comisión Europea tiene el compromiso de eliminar la aplicación de la cláusula del ISDS del ECT en lo que respecta a **litigios ‘intra-UE’** (entre inversores de la UE y Estados miembros de la UE), a fin de reforzar la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Este objetivo está muy lejos de una reforma global del ECT. Sin duda, la eliminación de la aplicación intra-UE del ECT puede tener impactos positivos: en primer lugar, reduciría la cantidad de inversiones actualmente protegidas por el acuerdo, ya que los inversores de la UE representan en la actualidad aproximadamente el 67% de las inversiones cubiertas por el ECT en la UE.¹⁵ El resto de casos del ECT presentados por inversores de fuera de la UE puede incluso ser tolerable para los Estados miembros. Pero, como se explica más adelante en este documento, no parece haber ninguna razón política o legal de peso para tratar demandas del ECT de inversores extracomunitarios, que son fundamentalmente diferentes a aquellas que involucran a inversores de la UE. Como se podía prever, la estrategia ‘intra-UE’ de la Comisión ni siquiera es avalada por la legislación de la UE y puede alentar la ‘nacionalidad de conveniencia’. Además, el objetivo de la Comisión de excluir la aplicación intra-UE del ECT no puede separarse de su intención de expandir y legitimar la aplicación del ECT en el resto de escenarios.

En segundo lugar, el refrendo del TJUE en 2019 del **Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS)** incluido en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE (“CETA”) dio luz verde a la Comisión Europea para incluir mecanismos de arbitraje en los tratados de inversiones de la UE con terceros Estados, siempre que se incluyan suficientes garantías. La efectividad de las ‘garantías’ identificadas en el CETA es, por cierto, altamente cuestionable. Pero el ECT ‘modernizado’ de la Comisión omitiría muchas de estas garantías; el mecanismo de ISDS existente queda sin cambios fundamentales y, por lo tanto, probablemente es incompatible

con la legislación de la UE. Además, buscando escapar del ECT en virtud de los requisitos de la Legislación de la UE, la Comisión ha desatendido un sinnúmero de otras preocupaciones, siendo no menos importante la crisis climática. Apenas una evaluación superficial de las propuestas del ECT que hace la Comisión, pone en evidencia que contribuiría muy poco a la transición energética, la reforma de los subsidios energéticos, o a cualquier otro objetivo del Acuerdo de París. Los planes de la Comisión no contienen ni una simple referencia explícita a los combustibles fósiles.

ESTRUCTURA DEL INFORME

La **Parte Uno** sitúa los planes de modernización del ECT de la UE en el contexto de los intentos prolongados de la Comisión para contener la aplicación intra-UE del ECT. También valora los requisitos de la legislación de la UE sugeridos en la resolución del TJUE sobre el CETA, que la Comisión ha intentado transponer a un proyecto de disposiciones para un ECT modernizado.

La **Parte Dos** debate cómo la dependencia que tiene la Comisión en la legislación sobre competencia de la UE para hacer frente a las demandas del ISDS basadas en el ECT puede producir una serie de consecuencias: nacionalidad de conveniencia, soluciones alternativas de definición e incluso el cobro de indemnizaciones en Estados no pertenecientes a la UE. Por su parte, el sector del arbitraje no muestra signos de prestar atención a las objeciones de la UE.

La **Parte Tres** destaca las consideraciones que han sido completamente desatendidas en el proceso de modernización, pero que serían esenciales para cualquier intento progresivo de vincular la gobernanza energética multilateral a los objetivos en materia de protección climática. Estas no son de ninguna manera exhaustivas, pero atañen a cuestiones en las que un acuerdo multilateral brilla por su ausencia: asegurando la supremacía de las obligaciones de los Estados en materia de protección medioambiental, construyendo estrategias para reformar los subsidios, y creando obligaciones legales sobre la conducta de los inversores.

Este documento no proporciona un análisis exhaustivo del borrador de propuesta de la Comisión Europea,¹⁶ sino que pretende resaltar una serie de cuestiones fundamentales que la Comisión ha destacado, o abandonado. Las demandas contra España basadas en el ECT ofrecen un punto de referencia muy útil para valorar estas cuestiones (los **"Casos españoles"**). Ostensiblemente 'incompatibles con la legislación de la UE', estas demandas avanzan rápidamente hacia la ejecución forzosa, mientras los inversores buscan jurisdicciones de 'arbitraje amistoso'. Por lo tanto, los casos destacan varios problemas claves, posiblemente irresolubles, del ISDS en virtud del ECT, y dan una muestra de lo que está por venir, ya que la transición energética necesita cambios fundamentales en el diseño y la adjudicación de incentivos a los mercados del sector energético.



1. ¿Creando un TCE 'a salvo del TJUE'?

Como consecuencia de dos sentencias doctrinales del TJUE relativas al ISDS (Achmea; Dictamen 1/17),¹⁷ existen pocas dudas respecto a que el mecanismo de arbitraje de inversiones del ECT (Art. 26 ECT) es incompatible con la legislación de la UE. Las salvaguardas esenciales que identificó el TJUE en el Dictamen 1/17, que sirven ostensiblemente para impedir que los tribunales emitan una resolución sobre el nivel de protección de los intereses públicos determinado por la UE, están totalmente ausentes en el ECT. En base a esa sentencia, parece 'muy claro' que el actual mecanismo del ISDS del ECT 'viola el principio de autonomía de la legislación de la UE'.¹⁸

Que el TJUE confirme esta valoración dependerá de si, *cuándo* y *cómo* sea solicitada. Una remisión al Tribunal sobre esta cuestión ha sido planteada a menudo y largamente anticipada.¹⁹ Si un Estado miembro solicita un dictamen sobre la compatibilidad del ECT, el Tribunal podría determinar que las instituciones de la UE forman parte de un acuerdo internacional que deroga el derecho primario de la UE, excediendo las competencias que tienen asignadas.²⁰ Es poco probable que sea suficiente con unas consideraciones 'de la naturaleza recíproca de los acuerdos internacionales', ya que inciden de forma prominente en la evaluación positiva del CETA por parte del Tribunal.²¹ Los acuerdos internacionales, de los que forma parte la UE, conforman una parte del derecho de la UE,²² pero en el caso de cualquier conflicto entre tales acuerdos internacionales y los Tratados de la UE, los últimos prevalecen. Dicha decisión por parte del TJUE podría, en última instancia, requerir que la UE y los Estados miembros revocaran el ECT.

En mayo de 2020, la Comisión Europea publicó sus propuestas para reformar el ECT.²³ Claramente, gran parte del contenido de las propuestas de ECT de la Comisión provienen del CETA. No obstante, desde el principio debe remarcar que, aprobando el ICS, el TJUE establece un estándar *alarmantemente bajo* para la compatibilidad con el derecho de la UE. Las propuestas de modernización del ECT de la Comisión se quedan cortas incluso en este 'criterio de CETA'. Lo más problemático es que deberían dejar la arquitectura del ISDS en virtud del Artículo 26 del ECT sin tocar. El borrador del texto apenas apunta hacia mayores ambiciones de 'reforma sistémica' del ISDS e invita a otras Partes Contratantes del ECT a 'considerar' el Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS) como una alternativa.²⁴ También traza un rumbo con la perspectiva de escuchar casos del

ECT en un Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC) permanente, cuyo establecimiento está forzando la UE en otros foros multilaterales. En caso de llevarse a cabo alguna vez, el MIC consistiría en un tribunal de primera instancia y en un tribunal de apelación, cuyos miembros serían designados por los Estados Contratantes durante un período determinado y asignados a casos en forma rotativa. No obstante, como ha sido señalado insistentemente, las censuras fundamentales del ISDS – el impacto del 'enfriamiento regulatorio', normas sustantivas de protección y la ausencia de cualquier obligación para el inversor – no han sido abordadas en absoluto por el MIC.²⁵ De hecho, publicitando las 'ventajas' de estas alternativas (como por ejemplo los 'árbitros totalmente independientes e imparciales' o los 'procedimientos eficientes y transparentes'), la Comisión Europea reconoce tácitamente que el ISDS según el ECT actual no es ni eficiente ni transparente, y que sus árbitros no son totalmente independientes e imparciales.²⁶ En estos optimistas marcadores de posición para foros que aún no existen (y quizás nunca lo hagan), la Comisión parece que finalmente ha, quizás de forma inadvertida, aceptado críticas del ISDS que han sido corrientes durante casi una década.

Las propuestas de la Comisión Europea también muestran una carencia notable de cualquier propuesta que apoye *acabar con la aplicación intra-UE del ECT*. La Comisión pretende – o así lo parece – continuar batallando la aplicación intra-UE del ECT sobre la base del caso por caso. Los posibles límites de esta estrategia son tratados en la Parte 2. Basta señalar aquí que los conflictos potenciales con la legislación de la UE que se derivan del arbitraje de inversiones basadas en el ECT no están inherentemente vinculados a su carácter *intra-UE en absoluto*, un hecho al menos tácitamente reconocido tanto por la Comisión como por el TJUE.²⁷ En el contexto de las demandas del TCE que presenten inversores extracomunitarios contra Estados miembros de la UE²⁸ pueden surgir igualmente numerosas y sustanciales incompatibilidades potenciales entre el ECT y la legislación de la UE – por ejemplo en lo que respecta a las medidas de ayuda estatal, de políticas públicas²⁹ o transferencias de capitales.³⁰

La siguiente sección es una breve reseña sobre las objeciones jurisdiccionales intra-UE de la Comisión a los tribunales basados en el ECT, así como la importancia de las resoluciones del CETA y de Achmea del TJUE para las propuestas de modernización de la Comisión.

EL ECT Y ISDS: ¿SON APTOS PARA EL FUTURO?

Bajas expectativas, grandes desafíos

El proceso de **modernización** del ECT se inició por primera vez en 2009. Después de una serie de consultas, en 2018 las Partes Contratantes del ECT se pusieron de acuerdo en torno a veinticinco puntos de modernización. Las negociaciones estarán en breve en pleno auge: las enmiendas propuestas al Tratado de las Partes Contratantes debían presentarse el 17 de septiembre de 2020, a tiempo para ser sometidas a votación en la Conferencia sobre la Carta de la Energía de diciembre de 2020.

El mandato de negociación de la Comisión Europea, aprobado por el Consejo Europeo en julio de 2019, es para garantizar, entre otras cosas, que un ECT modernizado refleje 'los objetivos del cambio climático y de una transición energética limpia y contribuya a la consecución de los objetivos del Acuerdo de París', y reafirme el 'derecho a regular de los Estados'.³¹

Para que sea adoptada, cualquier enmienda al ECT requiere el apoyo unánime de las Partes Contratantes. Las perspectivas para que la Comisión persuada con éxito a todas las Partes Contratantes del ECT para que apoyen sus propuestas parecen bastante desalentadoras. Japón ya ha elevado objeciones a todos y cada uno de los veinticinco puntos de modernización, señalando que 'no es necesario enmendar las actuales disposiciones del ECT'.³² En palabras de Yamina Saheb, la transformación del ECT en 'un instrumento respetuoso con el clima' es difícilmente imaginable 'dada la contribución de los ingresos por combustibles fósiles a las economías de algunas de las Partes Contratantes del ECT'.³³

Reformas paralelas

Al parecer, las reformas del ISDS son como los autobuses: esperas años hasta que llegue uno, y luego llegan todos al mismo tiempo. La modernización del ECT se está llevando a cabo de forma paralela con otras discusiones auspiciadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, Grupo de trabajo III), así como por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En las discusiones de la UNCITRAL, la UE está presionando para que los gobiernos apoyen su proyecto de MIC. Entre las alternativas más prometedoras que se están discutiendo están un instrumento multilateral que podría aportar diversas opciones para la reforma del ISDS y programas de compromisos para estados individuales; estas alternativas pueden invalidar tratados de inversiones existentes una vez ratificados e incluyen exigencias para que los inversores agoten los recursos nacionales, o proporcionen contrademandas de los Estados contra los inversores.³⁴ Al mismo tiempo, las reformas del ICSID sometidas a debate en 2020 incluyen, entre otras, cuestiones de transparencia, cronología, inhabilitación de mediadores y financiación. Dada la gran proporción de casos basados en el ECT sometidos al ICSID, dichas reformas también deberían ser fundamentales para el futuro funcionamiento del ECT.

Los resultados de estos procesos son inciertos, pero hay una cosa que es bastante segura: en el mundo altamente fragmentado del derecho internacional de inversiones, no es probable que la existencia de tres procesos de *reforma concurrentes y multilaterales sobre tratados sea oportuna para cualquier reforma efectiva o integral del ECT, o del ISDS en general.*

1.1 OBJECIONES INTRA-UE

La Comisión Europea ha insistido desde al menos 2009 que la *aplicación intra-UE* de la cláusula del ISDS del ECT es contraria a la legislación de la UE. Una preocupación principal de la Comisión es garantizar que la legislación de la UE prevalezca en las controversias entre inversores de la UE y los Estados miembros. Para este fin, la Comisión se ha comprometido con los tribunales del ISDS a recurrir la jurisdicción, amenazando con bloquear la ejecución de las sentencias basadas en el ECT intra-UE dentro de la UE, y apelando a los tribunales extranjeros a suspender los intentos de ejecución en estados que no pertenecen a la UE. Dado que la legislación de la UE no es vinculante para los tribunales del ECT, estos han rechazado sistemáticamente todas las objeciones de la Comisión.

1.1.1 Antes de *Achmea*

Antes del juicio de *Achmea*, la Comisión y los Estados miembros de la UE ya habían avanzado una variedad de argumentos en los procedimientos del ISDS sobre por qué el ECT no puede aplicarse en litigios intra-UE. En presentaciones a tribunales basados en ECT como *amicus curiae* y Demandados respectivamente, la Comisión y los Estados miembros han argumentado que:

- En el TCE debe figurar una ‘cláusula de desconexión implícita’, ya que la conclusión del TCE fue para un asunto de relaciones económicas externas para la UE, y nunca se previó un ISDS intra-UE.
- Los Estados miembros realizaron una ‘modificación inter se’ del ECT al incorporarse nuevos Estados a la UE. Esto supuestamente incluye la no aplicación de la norma de conflicto del ECT (Artículo 16) y confirma la norma de supremacía general de la legislación de la UE.
- Los ‘inversores de la UE’ no pueden pretender ser inversores de ‘otra Parte Contratante’, ya que la propia UE es una Parte Contratante para el ECT (como la única Organización de Integración económica Regional, o REIO).
- Los Estados miembros nunca han dado un consentimiento válido al arbitraje del ISDS en litigios intra-UE, ya que hacer eso sería incompatible con la legislación de la UE.

La legislación de la UE puede respaldar muchos de estos argumentos (si no todos). No obstante, una simple lectura del ECT no sirve a ninguno de estos planteamientos. Aunque la UE actualmente representa el *único* Miembro de REIO del ECT y, por lo tanto, la *única* Parte Contratante para

la cual son aplicables las disposiciones de REIO del acuerdo; estas no contienen nada que imposibilite expresamente la aplicación intra-UE del acuerdo. En la propia declaración unilateral de la UE sobre el ECT en 1998 no se hace referencia a ninguna limitación intra-UE. Los *travaux préparatoires* (trabajos preparatorios) muestran también que la UE, de hecho, intentó introducir una cláusula de desconexión rápida imposibilitando la aplicación intra-UE durante las negociaciones del ECT, pero abandonó el intento después de la resistencia opuesta por otros Estados.³⁵

Por lo tanto, es una pequeña sorpresa que ningún tribunal basado en el ECT haya cedido la jurisdicción sobre la base de estos cuestionamientos.³⁶ Como se expone más adelante (ver 1.2.2), los tribunales se han amparado repetidamente en la cláusula de ‘conflicto de leyes’ del ECT (Art. 16), que dispone que, en caso de cualquier inconsistencia entre las disposiciones del ECT y las obligaciones de las Partes Contratantes en virtud de algún acuerdo internacional *previo o posterior*, *deben aplicarse* las disposiciones que sean ‘más favorables al Inversor o a la Inversión’.

1.1.2 Consecuencias de *Achmea* y *Dictamen 1/17*

Las decisiones del TJUE *Achmea* y *Dictamen 1/17* afectan principalmente a la compatibilidad del ISDS con la arquitectura del orden legal de la UE. Los Tratados de la UE otorgan al TJUE un monopolio exclusivo sobre su aplicación conforme a derecho e interpretación autorizada,³⁷ a partir del cual el TJUE ha desarrollado el principio de ‘autonomía’ de la legislación de la UE.³⁸ Los tribunales de los Estados miembros pueden – y en la máxima instancia están obligados a – remitirse al TJUE para una decisión prejudicial o para la validez e interpretación de actuaciones de instituciones de la UE.³⁹

En el caso *Achmea*, el TJUE estableció que los tribunales del ISDS están al margen de la legislación de la UE y no están facultados para remitirse al TJUE para decisiones prejudiciales. A raíz de una solicitud de decisión prejudicial por parte del Tribunal de Justicia Federal de Alemania (Bundesgerichtshof), el TJUE dictaminó que un mecanismo del ISDS en el BIT de Países Bajos-Eslovaquia BIT ‘que los litigios [intra-UE] sean resueltos de forma que se garantice la total efectividad de la legislación de la UE’, así como ‘cuestionar [...] el principio de confianza mutua’ y perjudicar el ‘principio de cooperación sincera’.⁴⁰ Dado que a los tribunales que se ocupan de litigios intra-UE, ‘se les puede pedir que interpreten o de hecho apliquen la legislación de la UE, particularmente las disposiciones que afectan a las libertades

fundamentales, incluyendo la libertad de establecimiento y la libertad de movimiento de capitales', los acuerdos de inversiones entre Estados miembros permiten que el ISDS socave la autonomía del orden legal de la UE.⁴¹

En el Dictamen 1/17, el TJUE estableció que el Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS) en el CETA es compatible con la legislación de la UE. El TJUE señaló que mientras que un acuerdo internacional entre la UE, los Estados miembros y un tercer país *puede* 'afectar las competencias de la instituciones de la UE', ciertas 'condiciones indispensables para *salvaguardar* el carácter esencial de esas competencias' deben ser satisfechas a fin de impedir cualquier 'efecto adverso sobre la autonomía del orden legal de la UE'.⁴² Por lo tanto, el Tribunal formuló el principio de autonomía de la legislación de la UE de una manera no simplemente 'formal', 'sino uno efectivo'.⁴³ Muchos analistas expresaron su sorpresa – y desaliento – por el razonamiento que subyace detrás del fallo, que minimiza los potenciales impactos del ICS en el funcionamiento de la legislación de la UE. El TJUE incluso desaprobó que el futuro Tribunal de Apelación fuera compatible con la legislación de la UE ante la ausencia de claridad en su constitución y funciones específicas.⁴⁴

En la medida en que el caso *Achmea* y el Dictamen 1/17 se relacionan respectivamente con acuerdos intra-UE y *acuerdos con terceros estados*, ambos deben ocasionar consecuencias para el ECT multilateral. Precisamente el tipo de consecuencias es materia de debate. Mientras los riesgos para la autonomía de la legislación de la UE identificados en el caso *Achmea* están claramente presentes en el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales del ECT sobre *litigios intra-UE*, el fallo de dicho caso guarda silencio sobre el ECT, y los Estados miembros se mantienen divididos en cuanto a su aplicabilidad.

Después de la resolución, los Estados miembros publicaron una serie de declaraciones políticas en enero de 2019.⁴⁵ Estas establecieron un amplio consenso de la UE en torno a que todos los BITs intra-UE de los Estados miembros deben rescindirse. Una mayoría de veintidós Estados miembros acordaron que la *aplicación intra-UE del ECT también debe* 'dejar de aplicarse'. Finlandia, Malta, Luxemburgo, Eslovenia y Suecia se reservaron inicialmente su juicio a expensas de una decisión del Tribunal de Apelación de Svea para aludir al TJUE sobre la cuestión de la compatibilidad del ECT con la legislación de la comunitaria (el tribunal sueco más tarde declinó hacer una recomendación). Sólo Hungría fue inequívoca respecto de que el fallo del caso *Achmea* 'no se refiere a ningún arbitraje prospectivo o pendiente en virtud del

ECT'. Los tribunales han explotado esta falta de unanimidad entre los Estados de la UE para apoyar su ejercicio de jurisdicción continuado sobre casos del ECT intra-UE.⁴⁶

1.2 AUTONOMÍA DE LA LEGISLACIÓN DE LA UE

1.2.1 Derecho aplicable

Un elemento clave del respaldo que da el TJUE al sistema ICS fue la determinación del tribunal respecto de que determinadas disposiciones en el CETA aislaban el orden legal de la UE de la interpretación o aplicación ajena de la legislación comunitaria. Los tribunales no deben atribuirse la 'facultad para interpretar o aplicar disposiciones de la legislación de la UE [...] o emitir sentencias que pudieran tener el efecto de impedir que instituciones de la UE funcionen de acuerdo con el marco constitucional de la UE'.⁴⁷

Es un principio bien establecido en la Legislación de la UE que, en las relaciones entre Estados miembros, deben aplicarse los Tratados de la UE.⁴⁸ El TJUE confirmó en el caso *Achmea* que la legislación de la UE tiene carácter de *ley tanto nacional como internacional*.⁴⁹ Por lo tanto, los tribunales del ECT, atendiendo casos de ISDS intra-UE, deben considerar la legislación de la UE como parte del derecho internacional aplicable entre las Partes.

Bajo el ECT actual los tribunales deben determinar las demandas del ISDS basándose en las disposiciones del ECT y 'los principios y normas aplicables del derecho internacional'.⁵⁰ Las propuestas de modernización de la Comisión Europea sugieren incorporar a la cláusula de ley aplicable del ECT referencias a algunas 'normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público'. Esto dejaría aún más claro que la 'ley nacional de una Parte Contratante no debe formar parte de la ley aplicable'. Al abordar dichas leyes, los tribunales deben diferir 'interpretaciones vigentes' de autoridades o tribunales nacionales.⁵¹ Estas restricciones están basadas en disposiciones equivalentes en el CETA, que requieren, asimismo, que los tribunales traten la legislación de la UE como una 'razón de hecho', y que sea algo destacado en la decisión del TJUE refrendando el ICS.⁵²

Esta caracterización de la legislación de la UE ya sea como *derecho internacional* aplicable (en litigios intra-UE), o como un 'caso nacional' (en las disputas entre Estados miem-

bros de la UE e inversores extracomunitarios) ha demostrado no ser totalmente útil en la práctica. En palabras de un experto en ley de inversiones, 'los tribunales internacionales de inversión aplican e interpretan de forma rutinaria la legislación de la UE, tanto en la fase jurisdiccional como de fundamentos, sin importar si la legislación de la UE se aplica a la disputa como ley o hecho'.⁵³ En efecto, mientras los tribunales del ECT han buscado evadir de forma creativa la conclusión de que los *litigios intra-UE requieran* la aplicación de la legislación de la UE,⁵⁴ incluso en los tribunales del ISDS, atendiendo demandas del ISDS *extra-UE*, ocasionalmente se les ha solicitado interpretar y aplicar la legislación de la UE.⁵⁵ En cuanto a los casos españoles, varios tribunales han considerado la legislación de la UE como aplicable solamente a consideraciones de *jurisdicción*, pero no a los fundamentos.⁵⁶ Sin embargo, todos estos tribunales basados en el ECT se han involucrado necesariamente en la interpretación de la legislación de la UE – aunque sólo sea para desestimar las numerosas objeciones intra-UE a su jurisdicción presentadas por la Comisión Europea y los Estados Demandados.

La exigencia de que los tribunales sigan 'las interpretaciones vigentes' de las autoridades nacionales tampoco servirá como garantía absoluta de deferencia judicial. Notablemente, en cualquier disputa que afecte a *cuestiones novedosas* de la legislación de la UE, un tribunal no puede diferir a 'interpretaciones vigentes' que no existen. En vista de la ausencia de tales interpretaciones, un tribunal se le puede solicitar que desarrolle sus propias interpretaciones.

1.2.2 Normas sobre conflictos

La clasificación de la ley aplicable tiene consecuencias para resolver *conflictos* entre el ECT y la legislación de la UE. Como cuestión de derecho internacional consuetudinario, los Estados 'no pueden invocar las disposiciones de su *derecho interno* a modo de justificación por su incapacidad de efectuar un tratado'.⁵⁷ Por lo tanto, en una disputa que afecte a un Estado miembro de la UE y a un inversor que no pertenece a la UE, la legislación comunitaria debe considerarse un 'caso nacional' y, consecuentemente, no se permitirá ninguna defensa basada en la legislación de la UE.⁵⁸ La única excepción se daría en los casos en que el tratado hay sido concertado en 'manifiesta violación' de una 'disposición de su derecho interno en lo que respecta a la competencia para concertar tratados'.⁵⁹

Alternativamente, si la legislación de la UE forma parte del derecho internacional aplicable, entonces cualquier inconsistencia entre las disposiciones de la legislación de la UE y del ECT debe resolverse refiriéndose a las normas de conflicto de leyes relevantes. En caso de normas sobre conflictos de derecho internacional consuetudinario, las obligaciones del tratado multilateral de los Estados pueden ser anuladas si son incompatibles con obligaciones en tratados posteriores (norma de *lex posteriore*).⁶⁰ La UE ha argumentado que tanto los tratados de adhesión como el Tratado de Lisboa constituyen el acuerdo 'posterior'.⁶¹ La UE también ha invocado la disposición del 'conflicto de leyes' de los tratados de la UE (Art. 351 TFEU) como una alternativa. Esta disposición tiene la intención de eliminar incompatibilidades entre los Tratados de la UE y los acuerdos internacionales previstos de los Estados Miembros.⁶² Presumiblemente, la aplicación de cualquiera de las normas depende de fechas de adhesión relativas, lo que produce resultados desiguales y arbitrarios para diferentes países de la UE.⁶³

No obstante, la dependencia de cualquier norma consuetudinaria o de la legislación de la UE parece prácticamente prohibida por el ECT, lo que 'contempla apartarse de los principios de *lex posterior*'.⁶⁴ El artículo 16 del ECT estipula expresamente que los términos del ECT prevalecen sobre *cualquier tratado previo o posterior* que otorgue a los inversores un nivel de protección *inferior* al que tienen en el ECT.⁶⁵ Por ello, las Partes Contratantes tienen la prohibición efectiva de rebajar los estándares de protección de las inversiones del ECT, o de reducir el alcance de sus disposiciones de resolución de disputas mediante otro acuerdo internacional. Los tribunales de los casos españoles han dejado suficientemente claro que, si se les solicita resolver alguna incompatibilidad entre la legislación de la UE y el ECT, están obligados por el Artículo 16 a dar prioridad a las disposiciones del ECT.⁶⁶ Sólo se les permite dar prioridad a la legislación de la UE si se considera *más favorable* para la protección de las inversiones.

Hasta el día de hoy, ningún tribunal ha *identificado* ninguna inconsistencia entre el ECT y la legislación de la UE. Con respecto a potenciales inconsistencias, la posición de la Comisión Europea ha cambiado de forma significativa. Hace casi una década, la Comisión estaba convencida de la '*equivalencia en protección sustancial* entre La legislación de la UE y el ECT bajo los diferentes estándares de tratamiento',⁶⁷ haciendo hincapié a menudo en que la legislación de la UE ofrece a los inversores un nivel de protección equivalente

y un sistema integral de revisión judicial. Desde entonces, la Comisión ha moderado esta apreciación. En 2017 señaló que 'las normas sobre protección de inversiones' en el ECT y la legislación de la UE respectivamente 'no son idénticas en el contenido y son aplicadas por diferentes árbitros', creando 'un riesgo de conflictos entre el tratado internacional de inversiones y el derecho de la Unión'.⁶⁸ Un tribunal más reciente resumió de forma más alarmante la objeción jurisdiccional de la Comisión así: 'La aplicación intra-UE del ECT *generaría riesgo de conflictos sustanciales* entre la legislación de la UE sobre protección de inversiones y energía y las normas del ECT'.⁶⁹ Efectivamente, el hecho de que los inversores extranjeros en los casos españoles hayan obtenido una mayor indemnización con respecto a los inversores nacionales, demuestra con toda claridad que los estándares de tratamiento de la UE y el ECT respectivamente *no son equivalentes*.

Las propuestas de modernización de la Comisión Europea no hacen mención al Artículo 16 (ni otras Partes Contratantes lo incluyeron para ser tratado). El motivo de esto puede radicar en que las propuestas de modernización de la UE están destinadas solamente para litigios extra-EU, dado que la Comisión considera inválidos los casos intra-UE.

No obstante, el Artículo 16 puede entrar en juego en la resolución de conflictos con otros conjuntos de leyes, en particular otros acuerdos multilaterales que afectan al sector energético, el clima o el desarrollo sostenible. Como se expresa más adelante (ver 3.1), la redefinición de la relación entre el ECT y *el Acuerdo de París* podría ser más útil a todas las Partes Contratantes del ECT para conseguir el cumplimiento de sus objetivos en materia climática. Las propuestas de modernización del ECT desatienden totalmente estas consideraciones.

1.2.3 Asignación de competencias

Un acuerdo internacional no puede afectar la asignación de competencias entre la UE y sus Estados miembros, ya que es estrictamente un asunto de la legislación de la UE.⁷⁰ En el Dictamen 1/17, el Tribunal estaba convencido de que, debido a que el CETA confiere competencias a la UE para determinar si la UE o un Estado miembro debería ser el *demandado* en una disputa del ICS, la 'jurisdicción exclusiva del Tribunal para pronunciarse sobre la división de competencias entre la Unión y sus Estados miembros es de ese modo preservada'.⁷¹

Con la configuración actual del TCE, la UE no posee competencias para determinar si la Unión o un Estado miembro es el demandado adecuado. La UE sólo tiene capacidad para determinar dicha responsabilidad en virtud del ECT tras una *petición no obligatoria* por parte del inversor para la determinación del demandado apropiado.⁷² Esto fue elaborado por la UE en una declaración unilateral en 1998, que aclara en una nota a pie de página que una determinación de ese tipo es en cualquier caso *no vinculante*.⁷³ Aunque se ha introducido un Reglamento de la UE (912/2014) que proporciona un marco para dicha asignación – y el Reglamento también es aplicable al ECT – para ser eficaz en lo que atañe a disputas del ECT, es necesario que se incluya una disposición correspondiente en el texto del ECT. Además, si el inversor escoge presentar su demanda al ICSID, la UE no puede ser la demandada, dado que la UE no es (ni puede convertirse en) una Parte Contratante en el Convenio del ICSID.

Las propuestas de modernización de la UE no se ocupan para nada de este tema. Dado el peso otorgado a las disposiciones equivalentes del CETA por el TJUE, esta omisión parecería importante en términos de la legalidad de la UE.

1.3 CUESTIONES DE FONDO

1.3.1 Normas en materia de protección de inversiones

La norma actual sobre 'trato justo y equitativo' (FET) que hay en el ECT es manifiestamente más amplia que las normas equivalentes en materia de protección de la legislación de la UE. El ECT también proporciona en la actualidad una protección amplia a los inversores cubiertos contra expropiación y expropiación 'indirecta'.⁷⁴

Las propuestas de modernización del ECT que hace la Comisión transponen ampliamente los ya de por sí reducidos estándares de protección de las inversiones del CETA dentro del ECT. Al evaluar los estándares de protección de las inversiones en el CETA, el TJUE encontró que en el CETA estos han quedado suficientemente circunscritos para que cubran solamente los casos más graves.⁷⁵ La norma de Trato Justo y Equitativo (TJE) propuesta, podría por lo tanto verse limitada a una lista exhaustiva de situaciones que constituyen un serio maltrato a los inversores, como por ejemplo no tener acceso a la justicia, la violación fundamental del

respeto de las garantías procesales, o una manifiesta arbitrariedad.⁷⁶ Como el CETA, las disposiciones de TJE también contienen una cláusula que permite que los tribunales ‘tengan en cuenta si una Parte Contratante realizó una representación específica a un inversor para inducir una inversión cubierta, que creó una expectativa legítima’. A diferencia del CETA, no habría un mecanismo para que Partes Contratantes del ECT ‘revisen el contenido de la obligación [TJE] regularmente’.⁷⁷ La Comisión Europea, además, propone trasladar el Anexo sobre Expropiación del CETA al ECT.⁷⁸

Como se señaló anteriormente, la valoración positiva del CETA por parte del TJUE estableció un listón muy bajo en cuanto a compatibilidad con la legislación de la UE. Aun con términos imprecisos, estos estándares otorgan a los mediadores un criterio significativo en la interpretación. Los planteamientos de los tribunales en los casos españoles (ver Casilla 2) discrepan claramente de los del TJUE en lo que se refiere a las expectativas legítimas.⁷⁹ Por su parte, la Comisión Europea considera que España ‘no ha violado los principios de seguridad jurídica y expectativas legítimas en virtud del Derecho de la Unión’.⁸⁰ Otorgando a los tribunales un

amplio margen de interpretaciones de las expectativas legítimas de los inversores en esos casos, las propuestas de la Comisión no limitan de forma significativa a los futuros tribunales del ECT en la aplicación de la norma de TJE de una forma igualmente expansiva o inconsistente. No hay ninguna exigencia en cuanto a que esas representaciones sean escritas, o limitaciones al nivel de autoridad ejercido por los funcionarios públicos otorgando tales representaciones. Estas disposiciones tampoco abordan las cuestiones que surgen de los casos españoles, como la importancia de la diligencia debida de los inversores, o si las expectativas pueden emanar de la legislación o del marco legal general.

Matizaciones generalizadas como ‘fundamental’ y ‘manifiesta’ otorgan a los mediadores un criterio significativo a la hora de determinar el perfil de la norma de TJE. Una serie de matizaciones indefinidas para las determinaciones de expropiación ‘indirecta’ se dejan en última instancia a la interpretación de los tribunales. Por ejemplo, una medida no será considerada como una expropiación indirecta solo si su ‘impacto’ no es ‘tan grave en vista de que su intención parece manifiestamente excesiva’.⁸¹



INCOHERENCIA Y SOBRECAMPENSACIÓN: LOS CASOS ESPAÑOLES

El Régimen Especial

El denominado 'Régimen Especial'⁸² de España fue establecido en la Ley de la Electricidad (Ley del Sector Eléctrico, 54/1997) de 1997, y en el Real Decreto 661/2007. La última disposición – adoptada antes de la crisis financiera de 2007 – estableció generosos incentivos destinados a fomentar la capacidad de energía renovable de España en línea con los objetivos establecidos en el Protocolo de Kyoto de 1997, así como en las directivas de la UE. El Decreto de 2007 puso una serie de precios fijos que debían ser pagados por la electricidad generada mediante fuentes renovables, conocidos como tarifas reguladas (FITs). Pero los costes de la tecnología renovable pronto comenzaron a caer drásticamente, aumentaron las inversiones y el esquema de FIT generó un 'déficit tarifario' insostenible (la brecha entre costes e ingresos). Con la presión añadida de la crisis financiera global, una reducción de la FIT resultó inevitable.

Entre 2013 y 2014, España introdujo una serie de medidas que revocaron el Régimen Especial, eliminaron sus beneficios y redujeron la tasa de remuneración para las plantas de energías renovables existentes. Esto puso en marcha una avalancha de demandas basadas en el ECT. Los inversores, buscando compensaciones por los cambios en la regulación, han emprendido 47 casos, 28 de los cuales aún están pendientes de resolverse (ver Anexo 1). A día de hoy, 14 de las demandas se han decidido a favor de los inversores; tres en favor del Estado; un caso fue interrumpido y una indemnización fue anulada posteriormente.⁸³

España ha sido condenada a pagar un montante total de cerca de 1 000 millones euros en indemnizaciones. Los inversores protegidos por el ECT se han beneficiado de unos niveles de indemnización que no están al alcance ni de los pequeños inversores nacionales ni de los ciudadanos que se vieron afectados por los mismos cambios regulatorios.⁸⁴ La mayoría de los demandantes en estos casos son fondos de inversión privados y otros inversores financieros.⁸⁵ Las únicas compañías nacionales que han podido usar el ECT son las grandes multinacionales, que reclamaron la protección del ECT con arreglo a las estructuras corporativas que incluyen sociedades subsidiarias fuera de España. En efecto, el hecho de que algunos demandantes siguieron invirtiendo en España incluso después de iniciar sus demandas del ECT indica que alguno de estos inversores no considera el ISDS tanto 'como una póliza de seguros', sino como 'una fuente adicional de beneficios'.⁸⁶

En respuesta a sus obligaciones de indemnización, España introdujo otra enmienda en 2019 (RDL 17/2019) prometiendo a las plantas renovables una tasa de rentabilidad garantizada más alta hasta 2031, oferta también válida para los inversores bajo la condición de que retiraran sus demandas del ECT contra España antes del 30 de septiembre de 2020. Sólo el tiempo dirá si la estrategia ha resultado efectiva.⁸⁷

Expectativas legítimas

Las 17 sentencias emitidas hasta la fecha han dependido en gran medida de las diferentes interpretaciones que han hecho del Art. 10(1) del ECT los tribunales respectivos, lo que obliga a las Partes Contratantes *inter alia* a 'crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para los Inversores', así como a otorgar a sus inversiones un '*trato justo y equitativo*' (TJE). El ECT no hace referencia a las 'expectativas legítimas'. Pero esto es, no obstante, un principio establecido (y controvertido) del arbitraje de inversiones, que durante mucho tiempo ha servido para expandir la norma de TJE. Los casos españoles ofrecen una ilustración útil sobre cómo los enfoques divergentes de los mediadores sobre la cuestión de las expectativas legítimas pueden generar resul-

tados muy inconsistentes a partir de los mismos hechos materiales. Incluso hay analistas del sector del arbitraje que señalan que estas interpretaciones contradictorias de la norma de TJE del ECT que hacen los tribunales en relación con los mismos hechos materiales exponen una ausencia de 'estructura coherente' en estas decisiones.⁸⁸

La primera sentencia – *Charanne*, a favor de España – no encontró base para las expectativas legítimas de los inversores.⁸⁹ El tribunal rechazó enfáticamente el argumento que el RD 661/2007 puede convertirse en 'un compromiso específico del Estado' ya que esto podría 'constituir una *limitación excesiva a las competencias de los Estados para regular la economía de acuerdo con el interés público*'.⁹⁰

En la gran mayoría de las indemnizaciones subsiguientes, los tribunales han aceptado, no obstante, que los inversores obtuvieron dichas expectativas legítimas de beneficio, que surgieron ya sea del *marco regulatorio general*,⁹¹ o de un *compromiso de estabilización específico*: concretamente, el Artículo 44.3 del RD 661/2017, que manifiesta que las futuras 'revisiones' del esquema no afectarían a las instalaciones existentes. Esto se ha utilizado para garantizar a los inversores una tasa fija de rentabilidad durante toda su inversión.⁹² Otros tribunales han estado divididos sobre si una exigencia de *inscripción* en el RD 661/2017 capacitaba las expectativas legítimas de los inversores.⁹³

Alternativamente, *Eiser* y otros tribunales rechazaron el argumento de que el RD 661/2017 podría ser la base de 'derechos económicos *inmutables*',⁹⁴ pero aceptaron que las expectativas de los inversores se vieron frustradas por la reforma 'fundamental', 'inesperada' e 'irrazonable' de las disposiciones existentes en España, incluso en la ausencia de cualquier compromiso específico por parte de España.⁹⁵ En contraste, una decisión atípica a favor de España reconoció que el Gobierno actuó de 'buena fe' para abordar 'los desequilibrios que han producido en el sistema eléctrico español el esquema de compensación, en un momento delicado de la crisis económica internacional'.⁹⁶ La sentencia mayoritaria determinó que las acciones correctivas de España pueden haber tenido 'consecuencias desagradables' para los inversores, pero que fueron razonables y de interés público.⁹⁷

¿Diligencia debida?

Antes del RD 661/2007 han sido adoptados y posteriormente enmendados una serie de Decretos sobre energías renovables. El Tribunal Supremo de España dictaminó en 2005 que no hay nada que impida que el Gobierno modifique los incentivos a la energía renovable. Fallos posteriores del Tribunal Supremo lo confirmaron.⁹⁸ *Charanne* subrayó que los inversores deberían haber tenido conocimiento de estos desarrollos y atenuado sus expectativas de beneficio.⁹⁹ De igual forma, el tribunal *Isolux* destacó que los demandantes no podían haber tenido razonablemente tales expectativas legítimas en 2012, dado que el marco normativo en ese momento era obviamente cambiante.¹⁰⁰ Sobre esta base, el tribunal de Inversores PV denegó a las inversiones de 2008 de los demandantes cualquier beneficio por los compromisos ostensibles contenidos en el RD 661/2007; los *inversores* deberían haber adoptado la diligencia debida y haber tenido conocimiento de que la jurisprudencia nacional reconocía solo una garantía de 'rentabilidad razonable' en virtud de la ley de 1997.¹⁰¹

No obstante, el tribunal *Watkins* recientemente reconoció las expectativas legítimas de los inversores – una vez más sobre la base del 'compromiso de estabilización' ostensible contenido en el RD 661/2007 – a pesar de que los demandantes primero habían adquirido una cartera de valores de parques eólicos en 2011, y los habían vendido en 2016 con un beneficio de 42 millones de euros. Los demandantes de *Watkins* recibieron otros 77 millones de euros en compensación.¹⁰²

1.3.2 El Derecho a regular

En el Dictamen 1/17, el TJUE sugirió que la mera posibilidad de que 'la Unión – o un Estado miembro en el curso de la implementación de la legislación de la UE – tuviera que enmendar o retirar una legislación' como consecuencia del ICS, significaría que 'un acuerdo semejante debilita la capacidad de la Unión para funcionar de forma autónoma dentro de su marco constitucional exclusivo'.¹⁰³ Pero en última instancia el TJUE descubrió que las referencias contenidas en el CETA respecto al 'derecho a regular' de los Estados proporcionaban una salvaguarda efectiva para proteger contra la interferencia de los tribunales del ICS en el espacio político nacional.¹⁰⁴

La Comisión Europea propone un gran número de referencias al derecho a regular de los Estados para la modernización del ECT. Estas transponen muchas disposiciones del CETA al ECT.¹⁰⁵ Por ejemplo, los artículos propuestos sobre 'Medidas Regulatorias' reafirman el 'derecho a regular de los Estados dentro de sus territorios con vistas a la consecución de objetivos estratégicos legítimos, tales como la protección del medio ambiente, incluyendo la lucha contra el cambio climático'. Es extremadamente dudoso que dichas referencias sean suficientes para blindar el ejercicio de medidas regulatorias de los Estados ante futuros desafíos en virtud del ECT. Como ha sido ampliamente observado, las 'salvaguardas' del CETA no imposibilitan totalmente, sino *simplemente limitan* las potenciales incursiones por parte de los tribunales del ICS en la autonomía regulatoria ostensible de la UE y sus Estados miembros.¹⁰⁶

Mientras que al TJUE le satisfacía que un tribunal del ICS no aprovechara la jurisdicción para 'cuestionar' un nivel de protección de una serie de intereses públicos legítimos

de una Parte, los tribunales que atienden los casos españoles – o de hecho cualquier otro litigio del ISDS – no han cuestionado realmente nunca este derecho. En efecto, es poco probable que el hecho de que los Estados tengan un 'derecho a regular' genere disputas alguna vez. En cambio, los tribunales basados en el ECT han visto con frecuencia que el 'derecho a regular' *no altera fundamentalmente* la obligación del Estado de cumplir sus compromisos según el ECT. En particular, este derecho no libera a las Partes Contratantes del ECT de su obligación de garantizar que los costes derivados de tales medidas regulatorias no sean asumidos por los inversores protegidos.¹⁰⁷

La conclusión del TJUE en el Dictamen 1/17 tergiversa y subestima drásticamente los impactos de tales costes. El Tribunal resaltó que los tribunales del ICS no están autorizados a 'anular [una] medida impugnada, o exigir que la ley nacional de la Parte afectada sea compatible con el CETA', aunque puede simplemente otorgar una compensación por los incumplimientos de las disposiciones en materia de inversiones.¹⁰⁸ En realidad, los tribunales del ISDS casi siempre se limitan a otorgar compensaciones a los inversores. Los debates respecto a recursos alternativos (tales como la restitución) en el arbitraje de inversiones son muy raros.¹⁰⁹

Pero los Estados pueden tender aún a regular en interés de los inversores en lugar de en el interés público – o *no regular* en absoluto (denominado 'paralización regulatoria') – con la finalidad de 'evitar ser repetidamente obligados [...] a pagar indemnizaciones al inversor demandante'.¹¹⁰ Al 'escoger' entre aplacar o no a los inversores protegidos para evitar pleitos del ISDS, cualquier 'derecho a regular' está inevitablemente expuesto a un análisis coste-beneficio, en detrimento de los objetivos de interés público sin inversiones.

2. Los horizontes de la Legislación de la UE

Las discrepancias jurisdiccionales de la Comisión Europea con los tribunales del ECT descritas en la Parte 1 son, en cierto grado, resultado de cuestiones judiciales particulares específicas de la legislación de la UE. La Comisión ha mantenido un diálogo con diversos tribunales del ISDS basados en el ECT durante más de una década. Hasta la fecha, ningún tribunal ha considerado estas cuestiones relevantes para el ejercicio de su jurisdicción. Simplemente, los intentos de la Comisión Europea de dotar a la legislación de la UE de un carácter particular para usarlo a modo de defensa contra el régimen del ISDS pueden estar acercándose rápidamente a sus límites.

En primer lugar, los intentos de la Comisión para dividir el ECT entre su aplicación 'intra-UE/extra-EU' está desencadenando que los bufetes de abogados se presten a ayudar a los inversores para evadir la identidad de la 'UE'. Las propuestas contenidas en el plan de modernización de la Comisión pueden estar encaminadas a abordar esto, aunque con pocas garantías. Además, la estrategia de la Comisión de implantar el derecho de la competencia de la UE para frustrar la ejecución de las sentencias arbitrales *intra-UE* basadas en el ECT puede ayudar a garantizar la cooperación de los Estados miembros, pero se ve limitada a una cuestión de la legislación de la UE. También deja abierta la pregunta acerca de la forma en que la Comisión pretende 'esclarecer legalmente' la aplicación intra-UE del ECT para 'proyectos que involucren a tanto a inversores de la UE como no pertenecientes a la UE', sin resultados arbitrarios o discriminatorios.¹¹¹ Si estas sentencias intra-UE son 'inaplicables' o no – como aduce la Comisión – puede en última instancia ser determinado fuera de las fronteras de la UE. Con la obligación en los casos españoles de pagar indemnizaciones cercanas a 1000 millones de euros, sólo puede especularse sobre el tiempo que la UE y sus Estados miembros aguantarían antes de rendirse a las presiones de los acreedores que persiguen la ejecución de estas indemnizaciones en los tribunales de Estados que no pertenecen a la UE.

2.1 NACIONALIDAD DE CONVENIENCIA

Es bien conocido que los inversores emplean compañías ficticias para adoptar una 'nacionalidad de conveniencia' a fin de reclamar protección en virtud de un acuerdo de inversiones internacional. Los foros de conveniencia y tratados

de conveniencia son estrategias familiares en los litigios del ISDS: por ejemplo, algunas compañías holandesas que sólo poseen un buzón postal estaban detrás de un número significativo de los casos españoles; y por otro lado, dos demandantes eran ciudadanos españoles adinerados que intentaban obtener una protección segura como si fuesen inversores 'holandeses' a través de dichas compañías.¹¹²

Algunas firmas especializadas en derecho internacional ya están alentando a los inversores de la UE a buscar de forma estratégica el estatuto de 'país de origen' no perteneciente a la UE para sus inversiones en la UE. La popularidad que adquiera esta estrategia dependerá de diversos factores, pero Reino Unido y Suiza ya son considerados como jurisdicciones favorables, debido a su proximidad y facilidad para hacer negocios.¹¹³ Un abogado aconseja: 'Una vez que Reino Unido ha abandonado la UE, un arbitraje del ECT presentado por una compañía británica contra un Estado miembro de la UE o por una compañía de un Estado miembro contra Reino Unido ya no será un arbitraje intra-UE y, por lo tanto, Achmea no sería aplicable en absoluto [...] El hecho de que una compañía inversora de Reino Unido sea propiedad y/o esté controlada por una compañía de la UE sería irrelevante. Los tribunales de tratados de inversiones por lo general declinan mirar más allá del lugar de incorporación de la compañía inversora a la hora de determinar la nacionalidad'.¹¹⁴

Esto abre la posibilidad de que cualquier divergencia intra-UE se dilucidará en última instancia en controversias jurídicas de apoderados sobre estrategias de nacionalidad de conveniencia de los inversores. La determinación de los perfiles de aplicación del ECT – y de la legislación de la UE – podría entonces depender en cierto grado del entorno empresarial de las Partes Contratantes extracomunitarias del ECT, de los recursos de los inversores para estructurar sus inversiones en consecuencia, y del criterio de los tribunales del ISDS para evaluar si esto los hace merecedores de protección en virtud del ECT. Nada de esto parece conducir a un entorno legal predecible y estable.

La propuesta de modernización de la Comisión Europea limitaría la definición de inversores cubiertos a aquellos 'comprometidos en actividades empresariales sustanciales' en el 'país de origen', lo que debe considerarse equivalente a tener un 'vínculo efectivo y continuo' en virtud de la

legislación de la UE.¹¹⁵ Un nuevo artículo sobre ‘demandas frívolas’ también requeriría que los tribunales declinen su jurisdicción, ‘si el litigio *ha surgido, o era previsible* en base de un alto grado de probabilidad, *en el momento en que el demandante adquirió* la propiedad o el control de la inversión’ y el tribunal determina que dicha adquisición tenía como ‘propósito principal presentar una demanda’.¹¹⁶

Que el perfeccionamiento de las definiciones propuesto por la Comisión demostrará ser suficiente para garantizar que las ‘compañías que sólo poseen un buzón postal no puedan presentar litigios en virtud del ECT’¹¹⁷ dependerá en gran medida de la forma en que los futuros tribunales los interpreten. Sin duda, limitando los inversores o las inversiones que cuenten con la cobertura del ECT, o proporcionando mecanismos mediante los cuales las demandas puedan ser excluidas bajo determinados criterios, las Partes Contratantes del ECT podrían reducir los riesgos de la nacionalidad de conveniencia. Pero la jurisprudencia ilustra que términos deficientemente definidos (incluyendo ‘previsibilidad’) han contribuido a unos enfoques ‘inconsistentes e imprevisibles’ por parte de los tribunales.¹¹⁸

La Comisión ha propuesto además reformar la ‘cláusula de denegación de ventajas’ del Artículo 17 del ECT. Este artículo en la actualidad dice que las Partes Contratantes se reservan el derecho de ‘denegar las *ventajas*’ de las disposiciones del ECT en materia de protección de inversiones, limitándose a circunstancias particulares – por ejemplo, cuando ‘ciudadanos o nacionales de un *tercer estado* sean propietarios o controlen’ la inversión y ‘no existan actividades empresariales sustantivas’ en el ‘país de origen’ putativo del inversor. La Comisión pretende añadir al Artículo 17 una aclaración respecto de que las Partes Contratantes *puedan denegar la aplicación* de las disposiciones en materia de protección de inversiones ‘sin alguna publicidad previa o formalidad adicional’.¹¹⁹ Esto tiene presumiblemente la intención de impedir la resolución de litigios, teniendo en cuenta que en la práctica arbitral actual el derecho ha sido interpretado con mucha precisión. No puede servir para imposibilitar la jurisdicción¹²⁰ y debe ser ejercitado de forma proactiva en su debido momento, es decir antes de comenzar cualquier arbitraje.¹²¹

La propuesta de la Comisión no obstante invalidaría cualquier utilidad del Artículo 17 como protección contra la ‘nacionalidad de conveniencia’. En primer lugar, no ha propuesto ninguna enmienda que defina los ‘terceros estados’ en virtud del Artículo 17. Hasta la fecha, esto ha

sido interpretado para ser aplicable *sólo a Partes no Contratantes* del ECT.¹²² Por lo tanto, esto no ayudaría a evitar la nacionalidad de conveniencia por parte de inversores de Partes Contratantes del ECT. Además, la Comisión propone *eliminar* el párrafo relevante sobre ‘propiedad’, ‘control’ o ‘actividades empresariales sustanciales’ del Artículo 17 en su totalidad.

Finalmente, la Comisión propone limitar la definición de ‘inversión’ a ‘inversiones realizadas de acuerdo con la ley aplicable y la ley nacional de la Parte Contratante huésped’¹²³ – una salvedad bastante usual en los BITs. En otra parte, un agregado en nota a pie de página a la cláusula de arbitraje del ECT tiene también la intención de hacer que las demandas sean ‘inadmisibles si la inversión se ha realizado mediante una tergiversación fraudulenta, ocultamiento, corrupción, o conducta que comporte un abuso de procedimiento’.¹²⁴ Las limitaciones a la jurisdicción o admisibilidad en base a estas disposiciones podría haber llegado considerablemente más lejos, no sólo abordando la nacionalidad de conveniencia, sino también vinculando expresamente la protección de los inversores en virtud del ECT con la conformidad de los inversores en cuanto a los estándares de conducta corporativa, obligaciones de diligencia debida, derechos humanos o normativas medioambientales (ver más adelante 3.3).

2.2 DERECHO DE LA COMPETENCIA

La relación de las Normas sobre Ayudas Estatales de la UE con el arbitraje de inversiones se ha convertido en algo bastante crítico para el tema del ECT. La clasificación de la Comisión Europea de la indemnización de compensación en el caso *Micula* como constituyente de una nueva Ayuda Estatal ha surgido como un tema de discordia central en los intentos de la Comisión para frustrar la ejecución forzosa de indemnizaciones. Los Tratados de la UE, por lo general, prohíben subsidios otorgados por Estados miembros, a menos que estos posean las cualificaciones necesarias bajo excepciones particulares. Las normas sobre competencia de la UE – regidas por los Arts. 107 y 108 TFUE – confieren a la Comisión competencias para revisar y aprobar cualquier medida de ‘Ayuda Estatal’ adoptada por los Estados miembros. La Comisión, consecuentemente, aportó sus competencias en materia de derecho de la competencia para influir sobre los casos españoles, pero los resultados de esta estrategia aún son muy inciertos.

INDEMNIZACIÓN COMO 'NUEVA AYUDA ESTATAL': MICULA

En 2005, los inversores demandaron a Rumanía en virtud del BIT Suecia-Rumanía de 2002 por daños y perjuicios derivados de la suspensión de los incentivos fiscales que tenían por objetivo alentar las inversiones en regiones subdesarrolladas. Se esperaba que estos incentivos duraran hasta 2009, pero fueron revocados en 2004 como parte de las negociaciones para la adhesión de Rumanía a la UE, habiendo sido identificados como incompatibles con las normas sobre Ayuda Estatal de la UE. La Comisión se interpuso en los procedimientos del ICSID como *amicus curiae* para objetar que la revocación de los incentivos era una exigencia de la Legislación de la UE y que 'cualquier normativa que *restituya los privilegios abolidos* por Rumanía, o *compense a los demandantes por la pérdida de estos privilegios*, conduciría a la *concesión de nuevas ayudas*, algo que no sería compatible con el Tratado de la CE'.¹²⁵ Sin embargo, en 2013 el tribunal del ICSID dictaminó que las medidas violaban las expectativas legítimas de los Demandantes, incumpliendo la norma de FET, e indemnizó a los inversores con 178 millones de euros.

Mientras que el intento de Rumanía de anular la indemnización del ICSID de 2013 no prosperó, la Comisión emitió un requerimiento para evitar que Rumanía pagase. Posteriormente, la Comisión declaró que el pago de la indemnización de *Micula* 'constituye ayuda Estatal dentro del espíritu del Artículo 107(1) [TFUE]' (Decisión de la CE de 2015 (Rumanía)).¹²⁶ Dado que la ley sobre Ayuda Estatal de la UE es un derecho primario, prevalece sobre las obligaciones internacionales de los Estados miembros', y la Comisión ordenó a Rumanía no pagar indemnización alguna, y recuperar los pagos ya realizados.¹²⁷

No tan rápido...

Entonces, en 2019, el Tribunal General del TJUE dictaminó que la Comisión carecía de competencia para valorar la legalidad de los incentivos en virtud de la Legislación de la UE, dado que el 'derecho a recibir la indemnización' de los inversores emanó cuando Rumanía revocó los incentivos en 2004, pero la Legislación de la UE sólo se convirtió en aplicable en Rumanía en el momento de su adhesión a la UE el 1 de enero de 2007.¹²⁸ Al no considerar esta distinción (entre 'antes y después de la adhesión'), la Comisión excedió 'sus competencias en el ámbito de la revisión de la ayudas Estatales'.¹²⁹ La Decisión de la CE de 2015 (Rumanía) fue entonces anulada en su totalidad. La Comisión ha apelado la sentencia ante el Tribunal de Justicia.

En consecuencia, si una sentencia del ISDS faculta a los inversores a recibir una indemnización igual al beneficio de un incentivo ilegítimo que ha sido revocado, el pago de esa indemnización restablecería indirectamente una Ayuda Estatal ilegal.¹³⁰ Pero para que cualquier medida pueda ser clasificada como 'ayuda', esta debe cumplir con el Artículo 107(1) TJUE, lo que exige, entre otros, que el pago debe ser imputable al Estado miembro.¹³¹ ¿Qué pasa si el pago de una indemnización es 'involuntario'? En la Decisión de la CE de 2015 (Rumanía), la Comisión refutó esta objeción destacando que Rumanía *entró en el BIT* voluntariamente.¹³² Queda por ver si esa posición respecto a la imputabilidad sigue siendo defendible en el contexto de la ejecución de indemnizaciones del ICSID intra-UE en los tribunales de Estados que no pertenecen a la UE.

¿Pagos voluntarios?

Inicialmente al menos, la Decisión de la CE de 2015 (Rumanía) sirvió para que los tribunales de los Estados miembros dejaran de ejecutar la indemnización de *Micula*. Por ejemplo, los tribunales de Reino Unido concedieron a Rumanía una suspensión de la ejecución, citando la 'obligación de sincera cooperación' de los Estados miembros y la (entonces aún pendiente) sentencia del TJUE. No obstante, en febrero de 2020, el Tribunal Supremo de Reino Unido levantó esta suspensión de la ejecución, citando sus obligaciones en virtud del Art. 54 de la Convención del ICSD (tratado más adelante, 2.3.1). El Tribunal argumentó *inter alia* que debido a que la UE *no es una Parte Contratante en la Convención del ICSD*, el TJUE debe trasladar a los Tribunales de Reino Unido lo referente a la interpretación de la Convención.¹³³ Consecuentemente el R.U. está siendo proclamado como 'terreno fértil' para la ejecución de indemnizaciones, habiendo demostrado que está 'preparado para aceptar indemnizaciones intra-UE que no serían del agrado del TJUE'.¹³⁴

Los demandantes de *Micula* también han tenido éxito al conseguir que la indemnización sea ejecutada en EEUU. En mayo de 2020 el Tribunal de Apelación para el Circuito del Distrito de Columbia confirmó la conversión de su fallo del ICSD en una sentencia de 330 millones de dólares.¹³⁵ Interviéndolo como *amicus curiae*, la Comisión presentó objeciones basándose en varias doctrinas del derecho internacional (comité internacional, acto del estado y compulsión de soberanía extranjera), pero sin resultados.



2.2.1 Decisión de la CE de 2017 (España)

Las propuestas de modernización de la Comisión Europea no tratan directamente sobre la 'indemnización como nueva ayuda' (ver Caja 3). No obstante, intentan 'excluir' del ámbito del ISDS en virtud del ECT cualquier disputa relativa a la interrupción de la ayuda Estatal. Estos proyectos de disposiciones afirman que *las cláusulas en materia de protección de inversiones del ECT no deben 'ser interpretadas como un compromiso de una Parte Contratante que no cambiará el marco legal y regulatorio, incluyendo una forma que pudiera afectar negativamente el funcionamiento de las inversiones o las expectativas de beneficios de los inversores'*. Más específicamente en relación a los subsidios, 'la decisión [de un Estado] de no emitir, renovar o mantener un subsidio' no debe constituir un incumplimiento del ECT 'en ausencia de algún compromiso específico en virtud de la ley'.¹³⁶ Estas propuestas son equivalentes a las salvaguardas incluidas en el CETA.

Considerando este enfoque para 'excluir' la interrupción de los subsidios del ámbito del ISDS en virtud del ECT, vale la pena observar la forma en que los tribunales han respondido a las objeciones basadas en las normas en materia de ayuda Estatal de la UE. En 2017, la Comisión Europea publicó una decisión evaluando la compatibilidad de las normas en materia de ayuda Estatal de la UE de las *nuevas disposiciones en materia de energías renovables* introducidas por España en 2013-2014 (Decisión de la CE de 2017 (España)).¹³⁷ Como se ha descrito anteriormente (ver Caja 2), estas medidas abolieron de forma efectiva las ventajas del denominado 'Régimen Especial' (RD 661/2007), desencadenando la ola de Demandas basadas en el ECT contra España.

La Decisión de la CE de 2017 (España) *no evaluó si el Régimen Especial era legal en virtud de la ley en materia de ayudas estatales de la UE, dado que dicha determinación fue considerada 'no relevante'*.¹³⁸ Sin embargo, la Decisión declaró que *cualquier indemnización para compensar a los inversores en los casos españoles 'sería ayuda Estatal notificable con arreglo al Artículo 108(3) TFEU y debería someterse a la obligación de suspensión'*. Según la Legislación de la UE, 'un receptor de ayuda Estatal no puede, en principio, tener expectativas legítimas dentro de la legalidad de una ayuda que *no haya sido notificada* a la Comisión'.¹³⁹ No obstante, es importante señalar que la Decisión exigía solamente que la compensación fuera notificada a la Comisión, pero no establecía 'que una indemnización como compensación por pérdida del [Régimen Especial] sería automáticamente irreconciliable con la ley en materia de ayudas estatales de la UE'.¹⁴⁰

Esta exigencia de notificación no se limita a casos intra-UE. La Comisión además declaró que 'en una situación intra-UE [...] *el principio de trato justo y equitativo no puede tener un mayor alcance que los conceptos del derecho de la Unión respecto a seguridad jurídica y expectativas legítimas en el contexto de un programa de ayudas Estatales'*. Esto también puede ser una cuestión de la Legislación de la UE pero, como se señaló anteriormente, la norma de FET del ECT según la interpretación de la mayor parte de los tribunales en los casos españoles tiene *demostrablemente* un 'mayor alcance' que cualquier principio equivalente de la Legislación de la UE.

La Comisión Europea y España han citado frecuentemente la Decisión de la CE de 2017 (España) en sus alegatos ante los tribunales, tanto en defensa de España para ilustrar que la derogación del Régimen Especial de los incentivos de energías renovables era una exigencia de Ley en materia de Ayudas Estatales de la UE, como para destacar que – como una cuestión de la Legislación de la UE – a España y otros Estados miembros se les exige suspender los procesos de ejecución. Probablemente sea más acertado decir que la derogación del Régimen Especial fue *alentada* por las Normas en materia de Ayudas Estatales de la UE, más que *exigidas* por ellas.¹⁴¹

Como respuesta, varios tribunales han señalado que la Decisión de la CE de 2017 (España) *no valoraba* específicamente si el Régimen Especial o el RD 661/2007 constituía una ayuda estatal ilegal. Más bien, la Decisión se refería *solamente* a las medidas de 2013-2014, que *sustituían* a aquellas medidas en las que se basaban las expectativas de remuneración de los inversores.¹⁴² Más problemáticamente, los tribunales en los casos españoles han usado una variedad de métodos para establecer que España adoptó unos 'compromisos' que dieron lugar a las expectativas legítimas de los inversores. En referencia a la propuesta de modernización de la Comisión, se puede ver que en pocos de estos incumplimientos ostensibles del ECT existía 'ausencia de cualquier compromiso específico en virtud de la ley' y que ninguno de ellos implicaba la interpretación de las *disposiciones en materia de protección de inversiones del ECT* 'como un compromiso' de no 'cambiar el marco legal y regulatorio'. En cambio, muchos tribunales simplemente convirtieron una normativa general (concretamente, el Artículo 44.3 del RD 661/2017) en un 'compromiso específico en virtud de la ley', provocando de esta forma a expectativas legítimas.¹⁴³

En consecuencia, la exclusión de los subsidios del ECT propuesta por la Comisión podría no servir para evitar dichas indemnizaciones. Por ejemplo, como concluyó recientemente el tribunal de Inversores PV, si los árbitros simplemente otorgan compensación sobre la base de las expectativas más generales de los inversores de obtener una 'rentabilidad razonable', en lugar de restablecer alguna pérdida de beneficios en virtud del RD 661/2007, 'no existe sugerencia ni por parte de la Comisión ni de España de que [esto] constituiría ayuda estatal'.¹⁴⁴ De igual forma, el bufete Allen & Overy considera que los demandantes en los casos españoles aún 'tienen la posibilidad de evitar las cuestiones de ayuda estatal tipo Micula'. Si la compensación otorgada puede ser "clasificada como una 'alteración menor' del esquema aprobado [esta] no debería ser notificada en absoluto".¹⁴⁵ Ante tales soluciones provisionales relativas a la definición, está lejos de estar garantizado que las propuestas de la Comisión para excluir los subsidios del ámbito de protección de inversiones funcionen.

La cuestión de la definición de subsidios, de hecho, va más allá de estas cuestiones de competencia y de las normas de competencia de la UE. La cuestión de acordar una metodología para la *identificación* de los subsidios a los combustibles fósiles, uno de los mayores retos de la futura gobernanza de la energía, las subvenciones y el cambio climático (ver 3.2) está totalmente abandonada en el proceso de modernización del ECT.

2.2.2 Demandas mixtas

La posibilidad de que un tribunal otorgue una compensación restableciendo una ayuda estatal ilegal no se limita a los casos que afectan a inversores de la UE. Las normas en materia de Ayudas Estatales de la UE no se ocupan de ninguna distinción semejante y son aplicables a todos los operadores económicos dentro de la UE, sin importar si se encuentran bajo la protección del ECT o de cualquier otro acuerdo en materia de inversiones.

Seis de los casos españoles involucran ya sea a inversores que no pertenecen a la UE o son 'demandas mixtas' que implican a inversores de Estados miembros de la UE y de Estados no pertenecientes a la UE (ver Anexo 1). Hasta la fecha, sólo el caso *Operafund* ha dado lugar a una indemnización. El tribunal del *Operafund* no abordó si la 'objección intra-UE' era apropiada en los procesos relativos a inversores de Malta y Suiza, mientras que las objeciones intra-UE de la Comisión Europea y España estaban orientadas solamente

al primero.¹⁴⁶ El tribunal concluyó en última instancia que los demandantes – Suiza y Malta, sin distinción – *sí tenían* expectativas legítimas, y que se incumplió la norma de TJE.

Vale la pena recordar que el TJUE en el Dictamen 1/17 consideró que situaciones como esta y la del caso *Micula* eran 'altamente improbables' con el CETA.¹⁴⁷ Viendo los casos españoles, esta valoración subestima considerablemente el riesgo. El Tribunal concluyó específicamente que los casos del ICS no podían conducir a un 'trato desigual en cuanto a la desventaja de un inversor de la UE', ya que era '*inimaginable*' que un tribunal del ICS encontrara una violación de la norma de FET, o considerara que dichas medidas sean expropiación indirecta, 'cuando las normas de Competencia han sido *correctamente aplicadas* por la Comisión o por una autoridad de competencia de un Estado miembro'.¹⁴⁸ Este optimismo se mantuvo en gran medida en las disposiciones del CETA que se refieren a 'la importancia de una competencia libre y no distorsionada en sus relaciones comerciales'.¹⁴⁹ Pero al igual que el CETA, el ECT también tiene disposiciones relativas a la ley de la competencia; y en una fecha no muy lejana como 2012, la Comisión y el tribunal *Electrabel* basado en el ECT seguían cantando la misma partitura (ampliamente): el tribunal concluyó que 'el ECT y el Tratado de la CE comparten el mismo objetivo general en la lucha contra las conductas anti-competencia', *incluyendo expresamente el respeto de las Normas en materia de Ayudas Estatales de la UE*.¹⁵⁰ Ese 'objetivo general compartido' ahora, no obstante, ha emergido como una crisis de definiciones para la UE y el ECT.

En cuanto a las otras cinco demandas del ECT pendientes contra España que afectan a inversores 'no pertenecientes a la UE', ¿cómo procederá la Comisión? Si interpone las mismas objeciones basadas en el derecho de la UE, la Comisión ya no puede mantener su posición respecto a que *sólo las disputas del ECT intra-UE* son incompatibles con la Legislación de la UE. Si no lo hace, ¿cómo se justificará esta discriminación de facto a favor de inversores no pertenecientes a la UE?

2.3 CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN

La advertencia de la Comisión Europea respecto a que los tribunales del ECT intra-UE pueden dictar 'sentencias inválidas' no ha disuadido a los tribunales del ejercicio de su jurisdicción.¹⁵¹ Tampoco estas protestas impidieron a los demandantes intentar agresivamente hacer cumplir sus

indemnizaciones en toda la UE y más allá. Los abogados de Allen & Overy, por ejemplo, alentaron con éxito a los demandantes del ISDS intra-UE a 'hacer cumplir sus indemnizaciones fuera de la UE' (en EEUU o Suiza) o incluso a vender las indemnizaciones 'con descuento a terceras partes, tales como fondos de inversiones'.¹⁵²

Para que un fallo del arbitraje pueda hacerse cumplir en un tercer Estado, este debe primero ser reconocido por los tribunales nacionales y reformado mediante un juicio sobre el fallo. Solamente entonces podrán ejecutarse las indemnizaciones contra la propiedad del deudor de la indemnización. Históricamente, ha habido relativamente pocos demandados 'recalcitrantes' (los Estados que rechazan pagar indemnizaciones compensatorias) en los casos del ISDS.¹⁵³ Si estas indemnizaciones intra-UE en última instancia pueden ser cumplidas (y *dónde*) es una pregunta no resuelta que aún está siendo comprobada e impugnada en varias jurisdicciones de la UE y de fuera de la misma: Australia, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Rumanía, Suecia, Reino Unido y EEUU.

Los pasos (si hay alguno) que pueden dar los Estados demandados para hacer frente o impedir el cumplimiento dependen en cierto modo del foro escogido en un litigio del ECT. Los Demandantes que presenten litigios del ISDS basados en el ECT en virtud del ECT pueden escoger entre someterlos al ICSID, a un tribunal bajo las normas de arbitraje UNCITRAL o a la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC).¹⁵⁴ Las sentencias del ICSID pueden hacerse cumplir conforme a la "Convención del ICSID" en las jurisdicciones de 154 Estados; las sentencias fuera del ICSID conforme a la "Convención de Nueva York", que fue ratificada por 164 Estados.¹⁵⁵

2.3.1 Cumplimiento fuera de la UE

Las vías para que los tribunales nacionales revisen la validez de un fallo arbitral en virtud de la Legislación de la UE, así como para remitir cuestiones al TJUE usando el procedimiento de referencia preliminar, sólo estarán disponibles si la *sede del arbitraje* se encuentra dentro de la UE.¹⁵⁶ Aunque varios tribunales del ECT fuera del ICSID se han fijado dentro de la UE, estos tribunales *podrían optar* a fijar su sede fuera de la UE, y de ese modo eludir cualquier revisión de este tipo por parte de tribunales nacionales de la UE.¹⁵⁷ En virtud de la Convención de Nueva York, los tribunales nacionales sólo pueden rechazar reconocer o hacer cumplir

sentencias en circunstancias limitadas. La UE y los Estados miembros podrían argumentar que el tribunal del ECT no tenía jurisdicción, o que hacer cumplir el fallo violaría la política pública de la UE.¹⁵⁸ En Estados no pertenecientes a la UE, los tribunales nacionales pueden tener en cuenta las objeciones basadas en la Legislación de la UE de la Comisión y los Estados miembros antes de hacer cumplir cualquier fallo que no sea del ICSID.¹⁵⁹

No obstante, como sucede generalmente con las demandas del ISDS, la gran mayoría de los casos españoles (35 de 47) se están llevando a cabo en virtud de la Convención del ICSID y con arbitrajes internacionales 'sin sede o lugar legal dentro de la Unión Europea'.¹⁶⁰ Por lo tanto, no existe ninguna posibilidad de que los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE revisen los fallos del ICSID.¹⁶¹ Además, la Convención del ICSID prohíbe cualquier apelación u otro recurso excepto si está contemplado en la Convención, y los procedimientos de anulación del ICSID se limitan estrictamente a cuestiones de procedimiento.¹⁶² En mayo de 2020, un comité *ad hoc* del ICSID tomó la inusual medida de anular por unanimidad el fallo Eiser de 2017 por un conflicto de intereses de un árbitro. .

Los tribunales nacionales han demostrado querer suspender los procedimientos de ejecución pendientes de anulación. Pero si la anulación a través de los procedimientos del ICSID no prospera, la Convención del ICSID prevé el cumplimiento 'automático' de los fallos del ICSID. Todas las Partes Contratantes deben tratar un fallo del ICSID como 'vinculante y hacer cumplir las obligaciones pecuniarias impuestas por ese fallo dentro de sus territorios como si fuese una sentencia firme de un tribunal en ese Estado' (Art. 54.1).

Esta disposición de la Convención del ICSID puede generar conflictos con la Legislación de la UE. En *Electrabel*, la Comisión advirtió que, en caso de que los demandantes intenten hacer cumplir un fallo del ICSID que es contrario a la Legislación de la UE *dentro de la UE*, 'los procesos deberían suspenderse en virtud del Artículo 267 TFUE, para que el TJUE decida sobre la aplicación del Artículo 54 de la Convención del ICSID'.¹⁶³ Sin embargo, aún no se ha solicitado ninguna decisión del TJUE sobre esta disposición. En su opinión sobre *Achmea*, AG Wathelet puntualiza de forma interesante que tales preocupaciones acerca de la legalidad de la UE no han sido suficientes para impedir que la Comisión incluya el ICSID en los acuerdos comerciales y de inversión subsiguientes de la UE.¹⁶⁴

Dicha recomendación puede no ser necesaria. Los Demandantes en los casos españoles están haciendo cola – tras Micula – para hacer cumplir sus fallos en el Tribunal de Distritos de EEUU del Distrito de Columbia,¹⁶⁵ y en cualquier otro lugar.

2.3.2 ¿El ‘auténtico campo de batalla’?

¿Podría la futura ‘autonomía de la Legislación de la UE’ resistir la tenacidad de los abogados de los inversores para identificar los activos comerciales de España en Estados no pertenecientes a la UE? Es posible que no tengamos que esperar mucho para obtener una respuesta.

La capacidad de un inversor para ejecutar un fallo arbitral dependerá de ‘la ley de inmunidad del Estado en el que [el inversor] busca la ejecución’.¹⁶⁶ En virtud de la Convención del ICSID, la ejecución de fallos del ICSID está regulada por ‘las leyes relativas a la ejecución de sentencias en vigor en el Estado en cuyos territorios dicha ejecución es requerida’, pero las leyes relativas a inmunidad soberana seguirán aplicándose.¹⁶⁷ La aceptación del arbitraje en tratados de inversiones constituye una renuncia a la inmunidad *jurisdiccional*, pero la ejecución de los fallos seguirá requiriendo superar la inmunidad de *ejecución*, de la cual se beneficiarían los activos no comerciales soberanos. Por lo tanto, los inversores necesitan *identificar los activos comerciales* del Estado deudor.¹⁶⁸

En febrero de 2020, el Tribunal Federal de Australia rechazó las objeciones de España al cumplimiento de dos Fallos del ICSID: Antin y Eiser (el último posteriormente anulado).¹⁶⁹ Estas objeciones estaban relacionadas con interpretaciones de la legislación australiana sobre inmunidad estatal y las disposiciones de cumplimiento de la Convención del ICSID. Con este desarrollo, ha aumentado la presión para que España pague. En palabras de los abogados de los demandantes: ‘Si España no lo hace, los demandantes continuarán con sus esfuerzos de cobro en Australia y en todo el mundo’.¹⁷⁰ Mientras España mantenga su rechazo a pagar, la *ejecución* de las sentencias contra los activos soberanos

propiedad de España en terceros países apuntan a convertirse en el ‘auténtico campo de batalla’. Los bufetes de abogados se están alineando para ofrecer a los inversores ‘análisis periciales’ para ‘identificar los activos propiedad del deudor soberano’ tales como fondos en cuentas bancarias, bienes inmuebles, aviones, barcos y/o carga’.¹⁷¹

El cuento no ha acabado, pero conviene considerar que los desafíos aquí son considerablemente mayores para la UE que para el régimen del ISDS. Incluso si decayeran los esfuerzos de los inversores para la ejecución fuera de la UE, los impactos en el mundo de la ley de inversiones serían posiblemente insignificantes. Un motivo por el que los ‘Estados recalcitrantes’ sean tan raros en el ISDS es porque el rechazo a pagar indemnizaciones conduce a la estigmatización, no solamente con respecto a las inversiones, sino también fundamentalmente para las preferencias comerciales y préstamos para el desarrollo.¹⁷² La mayor parte de los estados cumplen *voluntariamente* los fallos del ICSID, no porque tienen miedo de que los activos comerciales soberanos puedan ser incautados, sino porque los costes en reputación y políticos son demasiado altos en caso de no hacerlo.

Si esto prospera, las opciones de la Comisión Europea quedarán limitadas. Como ha señalado recientemente un tribunal, la Comisión podría eventualmente clasificar cualquier importe cobrado a activos extranjeros como ayuda estatal ilegal, y requerir que un Estado miembro ‘busque recuperar [del inversor] un monto equivalente’.¹⁷³ Pero la posibilidad de que la Comisión pueda hacer eso en virtud de la Legislación de la UE depende de si estos pagos pueden *clasificarse* como Ayuda Estatal. ¿Pueden los actos de recuperación contra inversores también dar lugar a más demandas basadas en el ECT? La perspectiva de que el conflicto jurisdiccional pendular entre instituciones de la UE y tribunales arbitrales probablemente no beneficiaría para nada a la UE. Pero como los árbitros y abogados del ISDS tienen un interés personal en la existencia de lucrativos litigios del ISDS, un arbitraje interminable podría servir bien al sector del ISDS.



3. Pavimentando el camino a París

En su estado actual, el ECT está lejos de ser un ‘complemento’ al Acuerdo de París, y el proceso de modernización no es probable que vaya a dar lugar a ninguna modificación significativa. La Comisión Europea ha reconocido que las ‘disposiciones desactualizadas ya no son viables o adecuadas para los desafíos actuales’ del ECT,¹⁷⁴ y en línea con su mandato de negociación, propone para la modernización del ECT un conjunto de nuevos artículos de ‘Desarrollo Sostenible’.¹⁷⁵ Casi exclusivamente limitados a un lenguaje promocional, cooperativo o de ‘mejores intenciones’, estos nuevos artículos contienen poco que sea suficientemente específico para ser efectivo. El mecanismo propuesto para gestionar litigios sobre la implementación de estas disposiciones – similar a los de los capítulos sobre ‘comercio y desarrollo sostenible’ del FTA en la UE – sólo puede emitir ‘recomendaciones’ no vinculantes, que las Partes Contratantes litigantes solo tienen que ‘tener en cuenta’ al discutir las ‘acciones o medidas apropiadas a ser implementadas’.¹⁷⁶

Existen entonces muy buenas razones medioambientales para abogar por una rescisión inmediata del ECT o la retirada de las Partes Contratantes individuales. No obstante, *el caso para un acuerdo multilateral sobre energía que actualmente complementa el Acuerdo de París es igualmente apremiante*. La implementación del Acuerdo de París puede implicar una amplia gama de medidas comerciales y relacionadas con las inversiones, incluyendo reforma de los subsidios, transferencia de tecnología, normas de eficiencia y ajustes de carbono en frontera. Pero el Acuerdo de París en sí mismo no hace ninguna mención a la cuestión sobre cómo serán encuadradas estas medidas de implementación con las obligaciones de las Partes en virtud de los tratados de inversiones y comerciales.¹⁷⁷

Las propuestas alternativas existentes destacan en qué forma una reforma en profundidad del ECT, o su rescisión por medio de un nuevo tratado alternativo, podría contribuir de forma significativa a la consecución de los objetivos del Acuerdo de París.¹⁷⁸ Una demanda de reforma prominente implicaría que cualquier ECT modernizado debe ‘diferenciar inversiones de *bajo nivel de carbono intensivo*’.¹⁷⁹ En particular, las propuestas de la Comisión Europea no hacen referencia a los combustibles fósiles ni siquiera una vez. Un firme defensor del ECT sugirió recientemente que la diferenciación de carbonos ‘puede dar lugar a discriminación’.¹⁸⁰ No

obstante, la ‘misión’ ostensible actual del ECT mandata precisamente dicha diferenciación: las fuentes de energías renovables son cruciales para garantizar la seguridad energética de los Estados; la dependencia de los combustibles fósiles, por otra parte, convierte a los Estados en ‘vulnerables’ inherentemente.¹⁸¹ Por lo tanto, si se tratan los combustibles fósiles y las fuentes de energías renovables de forma diferenciada parecería que fuera absolutamente primordial para los objetivos en materia de seguridad energética del ECT.

Esta sección ofrece una breve reseña de tres elementos nucleares que debería abordar cualquier acuerdo relativo a la gobernanza energética y al cambio climático. No son ni globales ni exhaustivos, pero están destinados a destacar omisiones sustanciales en el proceso de modernización del ECT. Por su parte, la preocupación de la UE por las implicaciones del ISDS en la arquitectura de la Legislación de la UE ha significado que gran parte del sentido de la política climática del ECT haya sido lamentablemente rechazado.

3.1 MEAS (AMUMAS) Y MEDIDAS DE RESPUESTA AL CAMBIO CLIMÁTICO

La propuesta de ECT de la Comisión Europea obliga a las Partes Contratantes a ‘implementar de forma efectiva’ los Acuerdos Medioambientales Multilaterales (MEAs) que han ratificado, y reafirma ‘el derecho de cada Parte Contratante a adoptar o mantener medidas para promover los objetivos de los MEAs de los cuales es una parte’.¹⁸² Cada Parte Contratante estaría específicamente obligada a ‘implementar de forma efectiva el UNFCCC y el Acuerdo de París [...] incluyendo sus compromisos con respecto a su Contribución Determinada a Nivel Nacional [NDC]’, y a ‘promover y mejorar el apoyo mutuo de las políticas y medidas en materia de inversiones y clima’.¹⁸³

Estas propuestas no abordan en absoluto el Artículo 16 del ECT. Como se trató anteriormente (1.2.2), los tribunales arbitrales han interpretado esto como una barrera infranqueable para hacer cumplir las disposiciones de cualquier otro acuerdo internacional que pudiera ofrecer términos menos favorables a los inversores que los estándares de inversiones del ECT.

Este esfuerzo putativo para reconciliar los objetivos de protección climática con las obligaciones en materia de comercio e inversiones del ECT desatiende el hecho de que muchos MEAs no obligan a las Partes a emprender ninguna acción específica en absoluto y a menudo carecen de algún mecanismo de cumplimiento efectivo. Para tomar como ejemplo el Acuerdo de París, cualquier nueva obligación de 'implementar de forma efectiva' ese acuerdo nos acerca un poco más a lo que debería parecerse a una implementación efectiva: hasta ahora, la obligación común de las Partes a someterse a NDCs voluntarias, autónomas y no vinculantes ha provocado que algunas NDCs sean 'bastante inconsistentes con los objetivos del Acuerdo de París'.¹⁸⁴ Por lo tanto, los llamamientos al denominado 'apoyo mutuo' para la interpretación de los acuerdos internacionales sirven para minimizar la implementación del MEA, en favor de compromisos comerciales y de inversiones más rigurosos de los Estados que los cumplen.

Cualquier acuerdo sobre comercio e inversiones en el sector energético debe estipular expresamente la supremacía de los compromisos del MEA de las Partes en caso de inconsistencia. También debe abordar el hecho de que los MEAs con bastante frecuencia no contienen normas obligatorias u obligaciones específicas definiendo tales conflictos extensamente, con el objeto de incluir situaciones 'en las cuales una disposición de un tratado supone un obstáculo para la implementación de otro tratado', como cuando las disposiciones "de un tratado *capacitan o alientan* a una Parte para emprender acciones o adoptar e implementar medidas que están prohibidas por otro tratado'. De esta forma, un acuerdo como el ECT debe garantizar que el cumplimiento de las Partes de sus NDCs tenga prioridad sobre los compromisos comerciales o de inversiones.

Aún más exhaustivo sería someter cualquier disputa relativa a las medidas de respuesta a la cuestión climática a un procedimiento de referencia preliminar obligatorio,¹⁸⁵ que implicaría a un panel de expertos en cuestiones climáticas para determinar si los impactos sobre los inversores de una medida controvertida están justificados por los objetivos en materia climática de la medida. Esta determinación debe priorizar una evaluación científica del impacto de la medida sobre la reducción de emisiones de GEI y, de este modo, imposibilitar un pleito ya sea de inversores cubiertos u otras Partes Contratantes.¹⁸⁶

3.2 SUBSIDIOS A COMBUSTIBLES FÓSILES

Se estima que la eliminación de los subsidios a combustibles fósiles haría aumentar globalmente los ingresos gubernamentales en 2,9 billones de dólares, y reducirían las emisiones globales de carbono más del 20%.¹⁸⁷ El potencial de contenidos administrativos en virtud del ECT por parte de inversores de combustibles fósiles es significativo, como se ha demostrado en la historia reciente del ECT. Pero está lejos de ser evidente que la 'exclusión' de todas las demandas del ISDS propuesta por la Comisión Europea contra la supresión de los subsidios sea efectiva en la limitación de los obstáculos a la reforma de los subsidios a los combustibles fósiles. Ante la ausencia de una metodología común para *identificar* los subsidios a los combustibles fósiles, la definición de esos subsidios puede convertirse cada vez más en un tema polémico. Debido a cuestiones de transparencia y adjudicación, estas incumben al ojo avizor de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en parte debido al hecho de que los requisitos en materia de notificación del Acuerdo de la OMC sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASCM) sólo son aplicables a subsidios 'específicos' (dentro del significado del ASCM), algo que afectaría adversamente al comercio.

En 2019, expertos de medio ambiente de Naciones Unidas, la OCDE y la Iniciativa Global de Subsidios publicaron una metodología integral para identificar y evaluar los subsidios a los combustibles fósiles, a modo de instrumento indicativo para conseguir el Objetivo de Desarrollo Sostenible (específicamente, SDG 12, para 'garantizar unos patrones de consumo y producción sostenibles').¹⁸⁸ Si se incorpora como referencia a un acuerdo multilateral, esta metodología puede servir tanto para reforzar cualquier 'exclusión' en materia de protección de inversiones en relación a subsidios, así como para proporcionar un impulso muy necesario a debates multilaterales más amplios (en la OMC y en otra parte) sobre reforma de subsidios a combustibles fósiles. La transparencia e información son 'requisitos previos' para la negociación y planificación de eliminación de subsidios a los combustibles fósiles, y los Estados pueden acordar obligaciones con plazo para aplicar este marco y y notificar los subsidios a los combustibles fósiles usando un patrón común.¹⁸⁹ También podrían estipular otras obligaciones, como la de redirigir los ahorros de ingresos de todas las reformas de subsidios a combustibles fósiles a programas de protección social y reducción de la pobreza.¹⁹⁰

3.3 OBLIGACIONES DE LOS INVERSORES

En diciembre de 2019, la Comisión sobre Derechos Humanos de Filipinas se convirtió en el primer organismo de derechos humanos del mundo en reconocer la contribución de las corporaciones de combustibles fósiles al cambio climático e identificó 47 empresas propiedad de inversores que podrían ser legalmente responsables por sus impactos sobre los derechos humanos.¹⁹¹ La implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU (UNGPs) – algo decisivo en los esfuerzos globales para abordar la justicia y rendición de cuentas corporativa, a la que la UE y los Estados miembros prometieron un respaldo pleno en 2011¹⁹² – y las negociaciones encaminadas a un Tratado Vinculante de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos también han avanzado significativamente en los últimos años. Los UNGPs destacaron expresamente que los acuerdos internacionales sobre comercio e inversiones pueden ser un obstáculo en la regulación de la conducta empresarial, y recomendaron que los Estados sean cautelosos para ‘mantener una capacidad política y regulatoria adecuada’.¹⁹³

Desde esta perspectiva, la propuesta de la Comisión Europea de un nuevo artículo del ECT sobre ‘Prácticas Empresariales Responsables’ es escasamente adecuada. Este proyecto de artículo simplemente obliga a las Partes Contratantes a ‘promover’ la ‘aceptación de la responsabi-

lidad social corporativa o conductas empresariales responsables, en línea con los instrumentos internacionales relevantes’. Las referencias de acompañamiento a las normas internacionales no vinculantes es probable que no tengan ningún impacto sustancial.

Las opciones de política de inversiones alternativas respecto de las obligaciones y responsabilidades del inversor hace tiempo que están disponibles, pero han sido totalmente ignoradas por la Comisión.¹⁹⁴ Como mínimo indispensable, las cuestiones de conducta de los inversores debe asociarse a cualquier protección o beneficio que obtengan los inversores en virtud de un acuerdo internacional, según se trató anteriormente (ver 2.1). La Comisión, sin embargo, sólo ha solicitado limitar el recurso de los inversores al ISDS en virtud del ECT en casos notorios. Pero los acuerdos comerciales y de inversiones también pueden obligar a las Partes Contratantes a adoptar e implementar de forma efectiva las *leyes de diligencia debida de derechos humanos obligatoria, los mecanismos judiciales y la supervisión de las instituciones*. Esto se podría modelar en los Planes de Acción Nacional de los Estados encaminados a la diligencia debida en materia de derechos humanos obligatoria para las corporaciones.¹⁹⁵ Tales normativas para las inversiones en energía son urgentemente necesarias no sólo en lo que respecta a la industria de los combustibles fósiles, sino también cada vez más en el sector de las energías renovables en expansión.¹⁹⁶



4. Conclusión

Más allá del control y más allá de la reforma, el ECT brinda una clara advertencia de lo que puede suceder si la política comercial y de inversiones de la UE va mal. De momento, el único acuerdo de inversiones vigente del cual la propia UE es una Parte Contratante, esta 'invención' de la Comisión, se ha convertido en un dolor de cabeza importante para los Estados Miembros de la UE y la propia Comisión. A medida que la Comisión Europea avanza en las negociaciones encaminadas hacia un exceso de nuevos acuerdos comerciales y de inversiones con socios alrededor del mundo, los Estados miembros de la UE no deben olvidar las lecciones del ECT, ni el rol de la Comisión en su concepción.

Los intentos posteriores de la Comisión para refrenar la aplicación del ECT con referencia a la doctrina legal de la UE se han convertido en un asunto tortuoso y enrevesado. Aunque la UE puede aún tener éxito en mantener ocultos los casos del ECT 'intra-UE', esta designación territorial no se corresponde con los múltiples problemas que plantea el ECT – *ni siquiera con respecto a la ley de la competencia de la UE, y aún menos con respecto a los objetivos de protección ante el cambio climático.*

De hecho, en su esencia, la 'objeción intra-UE' de la Comisión equivale a un simple rechazo a compensar en exceso a los inversores protegidos, en comparación con los inversores nacionales, por los impactos del cambio regulatorio.¹⁹⁷ Por lo tanto, la pregunta sigue vigente: ¿Por qué esa defensa no puede ser aplicable a casos del ISDS que afectan a inversores o Estados no pertenecientes a la UE? Es conocido que desde enero de 2020 18 países han estado trabajando con vistas a la adhesión al ECT.¹⁹⁸ La defensa jurisdiccional *sui generis* en la que la Comisión ha avanzado durante los últimos diez años es – por definición – inaccesible para ellos. Pero los desafíos actuales a los que se enfrenta la UE con respecto a la transición energética *no son los únicos*. Afrontar estos desafíos no sólo está relacionado con la inversión pública, sino también con mecanismos compensatorios, para apoyar a los trabajadores y las comunidades más vulnerables en la eliminación de los combustibles fósiles. Pero el ISDS en virtud del ECT está impulsando a los especuladores de los mercados energéticos a ponerse al frente de la cola para obtener montos de indemnización injustificados. Ante las amplias medidas regulatorias y distri-

butivas que requiere una transición energética equitativa, cualquier expansión de la cobertura del ECT puede resultar catastrófica, tanto desde el punto de vista medioambiental como social.

Aunque no es la primera vez que el máximo tribunal de Europa ha frustrado las expectativas legítimas de los ciudadanos de la UE,¹⁹⁹ la ratificación de 2019 del ICS por parte del TJUE ilustra aún más que la 'compatibilidad con la Legislación de la UE' es un barómetro bastante débil para evaluar los impactos de los acuerdos de protección de inversiones de la UE sobre la política pública. En efecto, la dependencia de la Comisión en la Legislación de la UE como su punto de referencia de base en última instancia ha significado que la relación del ECT con el Acuerdo de París apenas ha sido abordado. Uno se queda preguntando qué pasaría si la Comisión abogara porque las obligaciones de los Estados en virtud del Acuerdo de París prevalezcan sobre las disposiciones en materia de protección de inversiones del ECT con algo próximo al entusiasmo que ha demostrado defendiendo la jurisdicción exclusiva del CJEU, o sus propias competencias en la ley de la competencia.

La justicia climática puede requerir precisamente que busquemos soluciones más allá de los límites de la Legislación de la UE. Con la agenda de modernización del ECT ya fijada, hay pocas posibilidades de conseguirlo en las próximas negociaciones. Las propuestas de la Comisión no son convincentes incluso en lo que respecta a la legalidad de la UE, y en los aspectos relacionados con el clima como puede ser la gobernanza energética, el proceso de modernización es simplemente una oportunidad perdida. Si el ECT pudiera convertirse en un 'complemento' al Acuerdo de París, sería necesario mucho más que un *lifting*, que es lo que propone actualmente la Comisión. En este panorama sombrío, el único rayo de luz parece venir – involuntariamente – del Secretario General de la Secretaría de la Carta de la Energía, Urban Rusnák, que recientemente especuló con que, si el proceso de modernización fracasa, es posible que el ECT no sobreviva.²⁰⁰

Esa podría ser la mejor opción de reforma: si el ECT no tiene un futuro, nosotros deberíamos tenerlo.

5. Notas finales

- ¹ Urban Rusnák, entrevistado por K. Beckman. 'A new Energy Charter Treaty as a complement to the Paris Agreement on climate change' (Un nuevo Tratado sobre la Carta de la Energía como complemento al Acuerdo de París sobre cambio climático), Borderlex, 18 de junio de 2020. Disponible en: <https://borderlex.eu/2020/06/18/interview-a-new-energy-charter-treaty-as-a-complement-to-the-paris-agreement-on-climate-change/> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ² Open letter on the Energy Charter Treaty (ECT) (Carta abierta sobre el Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT)), 9 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://energy-charter-dirty-secrets.org/open-letter/> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ³ *Electrabel S.A. v. República de Hungría*, caso del ICSID No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, párrafo 4.6
- ⁴ Secretaría de la Carta de la Energía, 'Energy Charter Treaty (1994)' (Tratado sobre la Carta de la Energía (1994)). Disponible en: <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ⁵ C. Kuzemko, M.F. Keating y A. Goldthau, *The Global Energy Challenge: Environment, Development and Security* (El Desafío Energético Mundial: Medio Ambiente, Desarrollo y Seguridad) (Nueva York: Palgrave, 2016), p. 85, citado en K. Tienhaara y C. Downie, 'Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes' (¿Negocio arriesgado? El tratado sobre la Carta de la Energía, Energía Renovable y Litigios Inversor-Estado). *Global Governance* (Gobernanza Global) 24 (2018), p.454
- ⁶ Véase P. Eberhardt, C. Olivet & L. Steinfort, *One Treaty To Rule Them All: The ever-expanding Energy Charter Treaty and the power it gives corporations to halt the energy transition* (Un Tratado para Gobernarlo todo: El siempre en expansión Tratado sobre la Carta de la Energía y el poder que otorga a las corporaciones para detener la transición energética) (CEO/TNI, junio de 2018)
- ⁷ Para una buena reseña de estos y otros casos, véase Eberhardt et al, *One Treaty* (Un Tratado). También: Secretaría de la Carta de la Energía, Estadísticas actualizadas sobre casos de arbitraje de inversiones en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía, 5 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.energycharter.org/media/news/article/updated-statistics-on-investment-arbitration-cases-under-the-energy-charter-treaty/> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ⁸ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. República Federal de Alemania* (Caso del ICSID No. ARB/09/6). Solicitud de arbitraje, 30 de marzo de 2009; *Vattenfall AB y otros v. República Federal de Alemania* (II) (Caso del ICSID No. ARB/12/12)
- ⁹ F. Lavopa, 'Crisis, Emergency Measures and the Failure of the ISDS System: The Case of Argentina' (Crisis, Medidas de Emergencia y el Fracaso del Sistema ISDS: El Caso de Argentina), *Resumen de Política de Inversiones de Centro del Sur*, No. 2 (Centro del Sur, julio de 2015). Disponible en: <https://www.southcentre.int/investment-policy-brief-2-july-2015/> [Con acceso el 15 June 2020]; N. Bernasconi-Osterwalder, S. Brewin, N. Maina, *Protecting Against Investor-State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments (Protección contra demandas Inversor-Estado en medio de la COVID-19: Una propuesta de actuación para los gobiernos)*. (Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, abril de 2020) p.4
- ¹⁰ Basado en los datos incluidos en el Anexo 1, 14 fallos a favor de los inversores hasta la fecha alcanzan un total de deudas de indemnización por un importe de 944,7 millones € (sin incluir el Fallo *Eiser* recientemente anulado). Este importe no incluye intereses ni costos, que representan millones de euros más. La responsabilidad total por las demandas pendientes ascienden a 3 300 millones €. No se conocen todos los casos ni todos los montos reclamados para los casos informados. Saheb recientemente estimó la cifra más alta de 8 190 millones € 'para los 37 casos, cuya información está disponible al público' (Y. Saheb, *Modernisation of the Energy Charter Treaty: A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers* (Modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía: Una Tragedia Global con un Alto Coste para los Contribuyentes) (OpenExp, enero de 2020)). Esto parecería que incluye tanto las demandas establecidas como las pendientes; Uno de estos inversores (PV Investors) informó que originalmente interpuso una demanda por un total de 1 900 millones €, pero le fueron otorgados mucho menos: 91 millones €. Una evaluación anterior de la responsabilidad total dejó la cifra cercana a los 10 000 millones de dólares US (Ver L.E. Peterson, 'As another Spain award looms, four more previously-confidential renewables cases surface; potential liability for all pending claims now exceeds USD\$9.5 billion' (Como otro conjunto de demandas de España, cuatro casos más de renovables previamente confidenciales; la responsabilidad potencial para todas las demandas pendientes ahora superan los 9 500 millones de dólares US), *Investment Arbitration Reporter* (Ponente de Arbitraje de Inversión), 7 de feb. de 2018. Disponible en: <https://www.iareporter.com/articles/as-another-spain-award-looms-four-more-previously-confidential-renewables-cases-surface-potential-liability-for-all-pending-claims-now-exceeds-9-5-billion/> [Con acceso el 15 de junio de 2020. Se requiere suscripción]
- ¹¹ P. Pinzler, 'Warum der Kohleausstieg so teuer ist'. *Die Zeit*, 3 de julio de 2020 (alemán solamente). Disponible en: <https://www.zeit.de/wirtschaft/2020-07/kohleausstieg-energiewende-leag-rwe-entschaedigung-bundesregierung> [Con acceso el 3 de julio de 2020]
- ¹² Marie-Amélie Brun, 'Sued for acting on climate breakdown?' (¿Demandado por actuar en el colapso climático?), *Oficina Europea del Medio Ambiente*, 7 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://meta.eeb.org/2019/11/07/sued-for-acting-on-climate-breakdown/> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ¹³ Art. 47(3), El Tratado sobre la Carta de la Energía [1994] 2080 UNTS 95 ("ECT")
- ¹⁴ El reto de la cláusula de extinción del ECT no se trata aquí en detalle, pero quizás merece mayor atención. Recientemente, Y. Saheb propuso que la cláusula de extinción del ECT puede ser fácilmente solventada, si los Estados Miembros de la UE simplemente acuerdan *inter se* (entre ellos mismos) poner fin a dicha cláusula, de esa manera finalizando de forma efectiva los casos intra-UE inmediatamente, sin ninguna extensión de 20 años de las obligaciones (Saheb, *Modernisation of the ECT* (Modernización del ECT), p.42). Esta estrategia se adapta a una reciente innovación con respecto a la rescisión mutua de los BITs intra-UE y sus cláusulas de extinción (e.g. Art. 3, Acuerdo para la rescisión de los Tratados de Inversiones Bilaterales entre los Estados Miembros de la Unión Europea. SN/4656/2019/INIT, OJ L 169, 29.5.2020). En particular, incluso esta rescisión de las cláusulas de extinción del BIT intra-UE puede hacer frente a los futuros desafíos del ISDS. No obstante, para el ECT *multilateral*, dichos desafíos son razonablemente ciertos, dado que los tribunales del ECT han rechazado de forma consistente cualquier argumento basado en derogaciones *inter se*. En este sentido, la estrategia de Saheb para las cláusulas de extinción no difiere significativamente de las obje-

- ciones jurisdiccionales intra-UE previas planteadas de momento por la Comisión (tratado en la Parte 1). Incluso si la UE adoptó seriamente dicha estrategia, esto podría conducir a los mismos resultados nuevamente: es decir, los tribunales que traten casos de ECT intra-UE la ignorará. En este caso, las únicas vías de la UE para su cumplimiento serían los estados nacionales de los Estados Miembros y los procedimientos de incumplimiento de la UE. Actualmente aún se está comprobando la efectividad de estas vías con respecto al 'bloqueo' de las demandas del ISDS intra-UE (como se trató en la Parte 2).
- ¹⁵ 80 % incluyendo inversores de países del EFTA. Saheb, *Modernisation of the ECT (Modernización del ECT)*, p. 5, 42
- ¹⁶ Las omisiones incluyen disposiciones propuestas en Financiación de Terceros, Transparencia en Transferencias, o normativas que permiten intervenciones por 'Terceras Partes'.
- ¹⁷ Caso C-284/16 República Eslovaca v Achmea BV [2018] ECLI:EU:C:158 ("Achmea"); Opinión 1/17 Acuerdo CET UE-Canadá [2019] ECLI:EU:C:2019:341 ("Opinión 1/17")
- ¹⁸ Ver S. Hindelang, 'The Price for a Seat at the ISDS Reform Table – CJEU's clearance of the EU's investment protection policy in Opinion 1/17 and its impact on the EU constitutional order' (El Precio de un Asiento en la Mesa de la Reforma del ISDS – el desentendimiento del CJEU de la política de protección de inversiones de la UE en Opinión 1/17 y su impacto sobre el orden constitucional de la UE), en A. Biondi y G. Sangiulio (eds), *Judicial Protection and EU Free Trade Agreements (Protección Judicial y Acuerdos de Libre Comercio de la UE)*, Serie de libros LAWTTIP (Edward Elgar Publishing, próxima publicación en 2020). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3548204 [Con acceso el 15 June 2020] p.17
- ¹⁹ El CJEU puede abordar la cuestión del ECT en virtud del derecho de la UE respondiendo una solicitud de una decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París en septiembre de 2019 (Caso C-741/19, relativo al tribunal UNCITRAL basado en el ECT, *Energoalians SARL v. la República de Moldova*). Anteriormente, en 2019 el Tribunal de Apelación de Svea (Estocolmo) rechazó solicitar una decisión prejudicial del CJEU 'para aclarar si el Artículo 26 del ECT es aplicable entre los estados miembros de la Unión Europea, y si en ese caso, el Artículo 26 del ECT es compatible con el derecho primario de la Unión Europea'. (Caso No. T 4658-18, Tribunal de Apelación de Svea, 25.4.2019)
- ²⁰ C. Cross & V. Kube, *Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States? (¿Es la cláusula de arbitraje del Tratado sobre la Carta de la Energía compatible con el derecho de la UE en su aplicación entre los Estados Miembros de la UE?)* (El Instituto Medioambiental de Munich, febrero de 2018), p.11; también M. Happold y M. De Boeck, 'The European Union and The Energy Charter Treaty: What Next After Achmea?' (La Unión Europea y el Tratado sobre la Carta de la Energía: ¿Qué es lo siguiente después de Achmea?) en M. Andenas, M. Happold y L. Pantaleo (eds), *The European Union as an Actor in International Economic Law (La Unión Europea como un Actor en el Derecho Internacional Económico)* (T.M.C. Asser Press: próxima publicación) Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3261590 [Con acceso el 20 de junio de 2020] p.22; J. Kleinheisterkamp, 'Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty (Protección de las Inversiones y derecho de la UE: La dimensión Intra y Extra-UE del Tratado sobre la Carta de la Energía). *Publicación del Derecho Internacional Económico* 15(1) (2012) p.105–106.
- ²¹ Opinión 1/17, párrafo 117
- ²² Art. 216.2, Tratado Consolidado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea [2016] OJ C326/47 ("TFEU")
- ²³ Comisión Europea, Propuesta de texto de la UE para la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT). 27 de mayo de 2020. Disponible en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf [Con acceso el 10 Jun 2020] ("Propuesta de modernización del ECT de la UE")
- ²⁴ Parte V [ECT] Resolución de litigios, Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.15
- ²⁵ Véase, Love Rönnelid, *Research Report: An Evaluation of the Proposed Multilateral Investment Court System (Informe Técnico: Una Evaluación del Sistema de Tribunal de Inversiones Multilateral)* (GUE/NGL, octubre de 2018)
- ²⁶ En Opinión 1/17, el CJEU destacó los requisitos en materia de independencia e imparcialidad para futuros miembros de los tribunales del ISDS, incluidos en las disposiciones del CETA en las condiciones de nombramiento (duración y experiencia), remuneración, así como conducta, conflictos de intereses y ética de los árbitros. Ver párrafos 223, 230-1, 238 y 242, en referencia a los Arts. 8.27 al 8.31, CETA.
- ²⁷ Ver el debate en Opinión 1/17 sobre el riesgo de que el CETA pudiera debilitar la eficacia de la ley de la competencia de la UE. párrafos 54-55. En el contexto de las negociaciones del TTIP, la Comisión también destacó que los conflictos como *Micula con la ley de Ayudas Estatales de la UE* podrían evitarse impidiendo las demandas que emanan de la eliminación de los subsidios. Ver Estudio Conceptual de la Comisión Europea 'Investment in TTIP and beyond – the path for reform' (Inversión en TTIP y más allá – la vía para la reforma) (5 de mayo de 2015). Disponible en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF [Con acceso el 4 de mayo de 2020]
- ²⁸ N. Basener, *Investment Protection in the European Union: Considering EU law in investment arbitrations arising from intra-EU and extra-EU bilateral investment agreements (Protección de Inversiones en la Unión Europea: Considerando el derecho de la UE en arbitrajes de inversiones que emanan de acuerdos de inversiones bilaterales intra-UE y extra-UE)* (Nomos Verlag, 2017) p.155
- ²⁹ El ECT contempla un alcance limitado de excepciones de política pública a compromisos de protección de inversiones: medidas 'necesarias' para la protección de intereses de seguridad esenciales, el respeto de políticas de no proliferación (Art. 24.3), o 'para el mantenimiento del orden público'; o medidas 'necesarias' para proteger la vida o la salud humana, animal o de las plantas (Art. 24.2(b)). Sin embargo, ningún conjunto de excepciones puede aplicarse a las obligaciones de las Partes Contratantes de aportar a los inversores una seguridad y protección total (Art. 12) o protección contra expropiaciones (Art. 13). En contraste, en virtud del derecho de la UE, 'todas las libertades fundamentales del mercado interno (es decir, también la libertad de movimiento de bienes, trabajadores y capital) están sujetas a dichas excepciones de la política pública': Jan Kleinheisterkamp, 'Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty' (Protección de Inversiones y el derecho de la UE: La dimensión Intra y Extra-UE del Tratado sobre la Carta de la Energía). *Publicación de la Ley Internacional Económica* 15(1), 85–109 (2012), 91. Ver también J. Kokott & C. Sobotta, 'Investment Arbitration and EU Law' (Arbitraje de Inversiones y derecho de la UE), *Anuario de Estudios Legales Europeos de Cambridge*, 18 (2016)
- ³⁰ Las disposiciones en materia de transferencia de capitales del ECT son en gran medida equivalentes a aquellas disposiciones existentes en varios BITs extra-UE que estaban sometidos a procedimientos por incumplimiento en 2009. El CJEU encontró tres estados miembros – Austria, Suecia y Finlandia – responsables de no eliminar incompatibilidades entre el TFEU (Arts. 64(2), 66 y 75) y estas disposiciones del BIT. Casos C-205/06, Comisión v Austria, ECLI:EU:C:2009:118; C-249/06, Comisión v Suecia, ECLI:EU:C:2009:119; C- 118/07,

- Comisión v Finlandia, ECLI:EU:C:2009:715. Ver el debate en T. Roe and M. Happold, 'Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty' (Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía), *Prensa de Universidad de Cambridge*, 2011, p. 89; T. Eilmansberger, 'Bilateral Investment Treaties and EU Law' (Tratados de Inversiones Bilaterales y Derecho de la UE) (2009) 48 *Revisión de Ley del Mercado Común* 383 a 411-12; G. Coop, 'Energy Charter Treaty and the European Union: Is Conflict Inevitable?' (Tratado sobre la Carta de la Energía y la Unión Europea: ¿Es Inevitable el Conflicto?), *Publicación de Ley de Energía y Recursos Naturales*, 27:3, 404-419, (2009) p. 418
- ³¹ Consejo de la Unión Europea, *Negotiating Directives for the Modernization of the Energy Charter Treaty* (Negociando Directivas para la Modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía), Bruselas, 2 de julio de 2019, p.3, 4
- ³² Opciones Políticas para la Modernización del ECT, Decisión de la Conferencia de la Carta de la Energía, Bruselas, 6 de octubre de 2019. CCDEC 2019
- ³³ Saheb, *Modernisation of the ECT, (Modernización del ECT)*, p.42
- ³⁴ Confederación Sindical Internacional, Informe de los procedimientos e incidencia sindical de la 38va sesión del Grupo III de UNCITRAL sobre la Reforma del ISDS, 14 al 18 de octubre de 2019, Sede Central de las NU, Viena
- ³⁵ J.R. Basedow, 'The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration' (La sentencia de Achmea y la Aplicabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía en Arbitrajes Intra-UE). *Publicación de la Ley Internacional Económica* 23 (2020) p.289
- ³⁶ E.g. *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l v. Reino de España*, Caso del ICSID No. ARB/13/30. Decisión sobre Jurisdicción, 6 de junio de 2016, párrafo 85; *Watkins Holdings S.à r.l. y otros v. Reino de España*, Caso del ICSID No. ARB/15/44. Fallo, 21 de enero de 2020, párrafos 197-202
- ³⁷ Art. 19, Texto refundido del Tratado sobre la Unión Europea [2012] OJ C 326/13; Arts. 251-281 y Art. 344 TFEU
- ³⁸ Opinion 1/17, párrafos 106-11
- ³⁹ Art. 267, TFEU
- ⁴⁰ *Achmea*, párrafo 56-9
- ⁴¹ *Ibid.* párrafos 40-2. Conviene tener en cuenta que el BIT de Achmea (Art. 10(5), 10(7)) es considerablemente más impreciso que el ECT con respecto a la ley aplicable, otorgando al tribunal competencias para 'determinar su propio procedimiento' y para emitir una sentencia 'sobre la base del [BIT] y otros Acuerdos relevantes entre las dos Partes Contratantes, los principios generales del derecho internacional, así como las normas generales de la ley que el tribunal considera aplicable'.
- ⁴² Opinion 1/17, párrafo 107
- ⁴³ Hindelang, 'The Price for a Seat' (El Precio de un Asiento), p.7
- ⁴⁴ S. Gáspár-Szilágyi, 'Between fiction and reality: The external autonomy of EU law as a 'shapeshifter' after Opinion 1/17' (Entre ficción y realidad: La autonomía externa del derecho de la UE como un 'shapeshifter' tras Opinion 1/17) (próxima publicación, en los archivos del autor), p.5
- ⁴⁵ Declaración de los Estados Miembros del 15 de enero de 2019 sobre las consecuencias legales de la sentencia de Achmea y sobre protección de inversiones. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en [Con acceso el 15 de junio de 2020]
- ⁴⁶ *PV Investors v. Reino de España*, Caso No. De caso PCA 2012-14. Fallo Final, 28 de febrero de 2020, párrafo 547
- ⁴⁷ Opinion 1/17, párrafo 118
- ⁴⁸ Consulte Hindelang, 'The Price for a Seat' (El Precio de un Asiento), fn. 34; Happold y De Boeck, 'EU and ECT' (UE y ECT), p.11-13
- ⁴⁹ *Achmea*, párrafo 41
- ⁵⁰ Art. 26.6, ECT
- ⁵¹ Art. 26.6, Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.16
- ⁵² Consulte el Art. 8.31.1-2 CETA; Opinion 1/17, párrafos 106, 118, 131
- ⁵³ Gáspár-Szilágyi, 'Between fiction and reality' (Entre ficción y realidad), p.12; S. Gáspár-Szilágyi y M. Usynin, 'The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment' (La Dificil Relación entre Tribunales de Inversiones Intra-UE y la Sentencia de Achmea del Tribunal de Justicia), *Ley de Inversiones Europea y Revisión de Arbitraje* (Vol. 4, dic. de 2019); A. Van Den Berghe, 'The Commission's draft proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty: Legal briefing' (El proyecto de propuesta de la Comisión para la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía: Briefing legal), ClientEarth, abril de 2020, fn. 9
- ⁵⁴ Hindelang describe a *Eskosol* y otros tribunales como exhibiendo 'abierta hostilidad' a la aplicación del derecho de la UE (ver Hindelang, 'The Price for a Seat' (El Precio de un Asiento), p.10): *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. República Italiana*, Caso del ICSID No. ARB/15/50. Decisión sobre Solicitud de Rescisión y Objeción Intra-UE, 7 de mayo de 2019, párrafos 115-130.
- ⁵⁵ Por ejemplo: *Maffezini v. España*, Caso del ICSID No. ARB/97/7; *Safa v. Grecia*, Caso del ICSID No. ARB/16/20; *Flemingo DutyFree v. Polonia*, UNCITRAL, Fallo del 12 de agosto de 2016; *Gazprom v. Lituania*, Caso de PCA No. 2011-16 (2012). Ver el debate en L. Ankersmit y L. Hughes, *Implications of Achmea: How the Achmea Judgment Impacts Investment Agreements with Non-EU Countries (Implicaciones de Achmea: En qué forma la Sentencia de Achmea Impacta en los Acuerdos de Inversiones con países no pertenecientes a la UE)* (ClientEarth / CIEL, abril de 2018), p.5
- ⁵⁶ *RREEF v. España*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 73; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Reino de España*, Caso del ICSID No. ARB/15/36. Fallo, 6 de septiembre de 2019, párrafos 330-331
- ⁵⁷ Art. 27, Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, 1155 UNTS 331 ("VCLT")
- ⁵⁸ *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft v La República de Hungría*, Caso del ICSID No. ARB/07/22, Fallo, 23 de septiembre de 2010, párrafos 7.6.5 -7.6.6.
- ⁵⁹ Art. 46, VCLT
- ⁶⁰ Art. 30, VCLT
- ⁶¹ *OperaFund v. España*, Fallo, párrafo 319
- ⁶² Es cuestionable si (y cómo) el Art. 351 TFEU debe aplicarse al ECT, o a la Convención del ICSID. El CJEU ha dictaminado que el Art. 351 TFEU no preserva derechos u obligaciones entre Estados Miembros (Caso 10/61 *Comisión v Italia* ECLI:EU:C:1962:2). Pero el Tribunal Supremo del R.U. recientemente dictaminó que, mientras que el Art. 351 TFEU sólo puede aplicarse si existen obligaciones en virtud del tratado previo pertenecientes a un estado no miembro, esto 'no impone una exigencia adicional de que el litigio particular antes del tribunal debe estar relacionado con actividades o transacciones

- extra-UE*. Además, 'la existencia y alcance de las obligaciones en virtud de tratados previos, en el contexto del Art. 351 TFEU, no están reservados a los tribunales de la UE y dado que la UE ni siquiera es una parte en la convención del ICSID, el CJEU debería trasladarlo a 'los tribunales nacionales del Reino Unido como Estado Contratante' con respecto a la interpretación de la Convención. Ver *Micula y otros v Rumanía* [2020] UKSC 5, párrafos 100, 112, 116..
- ⁶³ Happold y De Boeck, EU and ECT (UE y ECT), p.16; Cross y Kube, 'Arbitration clause of the ECT' (Cláusula de arbitraje del ECT), p.31
- ⁶⁴ *Electrabel v. Hungría*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 4.78, citando las propuestas de Hungría
- ⁶⁵ Desde la perspectiva del Art. 16 ECT, Art. 41 VCLT probablemente excluya cualquier utilidad de la regla *lex posterior* en el Art. 30 VCLT.
- ⁶⁶ *Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. v. Reino de España*, Caso SCC Case No. 062/2012. Fallo Final, 21 de enero de 2016, párrafo 438; *RREEF v. España*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 82-87; *RREEF v. España*, Fallo, 11 de diciembre de 2019, párrafo 75; *OperaFund v. España*, Fallo, párrafo 327; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, Caso del ICSID No. ARB/13/36. Fallo, 4 de mayo de 2017, párrafo 202; *Stadtwerke München GmbH y otros v. Reino de España*, Caso del ICSID No. ARB/15/1, Fallo, 2 de diciembre de 2019, párrafo 145-6; *SolEs Badajoz GmbH v. Reino de España*, Caso del ICSID No. ARB/15/38. Fallo, 31 de julio de 2019, párrafos 164-5
- ⁶⁷ *Electrabel v. Hungría*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 4.105, citando la propuesta de la CE
- ⁶⁸ Decisión de la Comisión Europea del 10 de noviembre de 2017 sobre Ayuda Estatal.40348 (2015/NN) – España: Apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes de Energía Renovable, cogeneración y residuos. C(2017) 7384 final, párrafo 161 ("Decisión de la CE de 2017 (España)")
- ⁶⁹ *OperaFund v. España*, Fallo, párrafo 317.
- ⁷⁰ *Achmea*, párrafo 32 y derecho del caso del CJEU citado por el Tribunal
- ⁷¹ Opinión 1/17, párrafo 74, 132 y 140, en referencia al Art. 8.21, CETA. Conviene hacer notar que la evaluación positiva del CJEU pasó por alto un vacío sustancial en el CETA: dado que la UE no determinó el demandado adecuado dentro de 50 días, el inversor tiene derecho a determinar el demandado adecuado en función de que las medidas cuestionadas sean 'exclusivamente' las de un Estado Miembro, o si también incluyen 'medidas de la Unión Europea' (Art. 8.21.4-5, CETA). En vista de la importancia acordada a la asignación de responsabilidades internas de la UE, es sorprendente que esta disposición fuera considerada aceptable. Ver Hindelang, 'The Price for a Seat' (El Precio de un Asiento), p.6
- ⁷² C. Kovács, *Attribution in International Investment Law (Atribución en la Ley Internacional de Inversiones)* (Ley Kluwer, 2018) § 9.03; Cross & Kube, 'Arbitration clause of the ECT' (Cláusula de arbitraje del ECT), p.10
- ⁷³ Declaración presentada por las Comunidades Europeas a la Secretaría de la Carta de la Energía, en virtud del Artículo 26(3)(b)(ii) ECT. 9 de marzo de 1998, OJ L 69/115: 'En ese caso, ante la solicitud del Inversor, las Comunidades y los Estados Miembros involucrados realizarán dicha determinación dentro de un período de 30 días'. También nota a pie de página 1: 'Esto es sin perjuicio del derecho del inversor a iniciar procedimientos contra las Comunidades y sus Estados Miembros.'
- ⁷⁴ Art. 13.1, ECT
- ⁷⁵ Opinión 1/17, párrafos 157-158
- ⁷⁶ Art. 10 (1), Propuesta de modernización del ECT de la UE, p. 5-6. Estas disposiciones son equivalentes a aquellas previstas en el Art. 8.10, CETA
- ⁷⁷ Art. 8.10 (3), CETA
- ⁷⁸ Anexo X (Expropiación), Propuesta de modernización del ECT de la UE, p. 7; cf. Anexo 8-A, CETA. La única modificación del Anexo del CETA reside en que la propuesta del ECT omite cualquier referencia a interferencia con 'expectativas inequívocas y razonables de la inversión'. En cualquier caso tales expectativas por lo general informan de evaluaciones de violaciones de la norma de FET, en lugar de expropiación regulatoria.
- ⁷⁹ García Castrillón resume el enfoque del CJEU de la siguiente forma: 'Los elementos que deben ponderarse son los siguientes: las expectativas legítimas de las partes interesadas deben derivar de acciones concretas que creen de forma objetiva tales expectativas y que proporcionen unas garantías específicas, incondicionales y coherentes conforme a la ley aplicable; los operadores económicos no pueden tener expectativas legítimas mediante la continuación de una situación que está sujeta al ejercicio discrecional de poder por parte de la autoridades públicas, en particular en áreas que requieren una adaptación constante a las circunstancias económicas o que responden a situaciones excepcionales o transitorias, así como a la necesidad de actuar en el interés público general; la imprevisibilidad de los cambios normativos que conducen a la eventual frustración de las expectativas legítimas de un operador prudente cuando tiene en consideración las circunstancias del mercado o sector económico; y los cambios normativos deben tener en cuenta las situaciones específicas de esos operadores económicos y aportar adaptaciones que minimicen, compensen o vuelvan a equilibrar las expectativas legítimas frustradas mediante medidas alternativas proporcionales a los objetivos declarados'. C.O. García Castrillón, *Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion. Investor-State Arbitration Series Paper No. 17 (España y el Arbitraje de Inversiones: La Explosión de la Energía Renovable. Estudio de Arbitrajes Inversor-Estado No. 17)* (Centro para la Innovación de la Gobernanza Internacional, noviembre de 2016) p.9
- ⁸⁰ Decisión de la CE de 2017 (España), párrafo 164
- ⁸¹ C. Cross, *Investor protection in CETA: Gold standard or missed opportunity? (Protección del inversor en CETA: ¿Regla de oro u oportunidad perdida?)* (Centro Internacional para Derechos Sindicales y Greenpeace, octubre de 2016), p.7-9
- ⁸² Esto también es referido por la Comisión Europea como el 'programa económico premium'
- ⁸³ Para un análisis sucinto de estos Fallos, consulte N. Briercliffe y D. Ingle, 'Dispute Resolution in the European Energy Sector' (Resolución de Litigios en el Sector Energético Europeo), en T. Soliman Hunter et al (eds.), *Manual de la Ley Energética Routledge* (Routledge 2020).
- ⁸⁴ García Castrillón agrega que las demandas han incluso tenido como consecuencia una fuga de cerebros: una docena de abogados españoles abandonaron temporalmente sus roles administrativos para trabajar para bufetes de abogados que representan a inversores. Ver *España y Arbitraje de Inversiones*, p.18
- ⁸⁵ Según Eberhardt et al, tantas como el 88% de las demandas. Un Tratado, p.45

- ⁸⁶ K. Tienhaara y C. Downie, 'Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes' (¿Negocio Arriesgado? El Tratado sobre la Carta de la Energía, Energía Renovable, y Litigios Inversor-Estado). *Gobernanza Global* 24 (2018), p.458-9
- ⁸⁷ Ver Saheb, *Modernisation of the ECT (Modernización del ECT)*, p.14; P. Pérez-Salido, 'Royal Decree-Law 17/2019: An Opportunity for Spain to Leave Behind the Renewable Energy Arbitrations?' (Real Decreto Ley 17/2019: ¿Una Oportunidad para España de dejar atrás los Arbitrajes de Energías Renovables?) Blog de Arbitrajes Kluwer, 30 de diciembre de 2019. Disponible en: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/30/royal-decree-law-17-2019-an-opportunity-for-spain-to-leave-behind-the-renewable-energy-arbitrations/?doing_wp_cron=1592306511.2984879016876220703125 [Con acceso el 15 de junio de 2020]
- ⁸⁸ P. Nacimiento, 'The Energy Charter Treaty' (El Tratado sobre la Carta de la Energía), en B. Legum (ed.), *Investment Treaty Arbitration Review: Third Edition (Revisión de Arbitrajes del Tratado de Inversiones: Tercera Edición)* (Law Business Research Ltd, 2018), p.331-2
- ⁸⁹ N.B. Los demandantes de *Charanne* sólo cuestionaron las modificaciones al Régimen Especial realizadas en 2010. Los casos subsiguientes se han enfocado en las *medidas de 2013-14*.
- ⁹⁰ *Charanne v. España*, Fallo Final, párrafo 493
- ⁹¹ *OperaFund v. España*, Fallo, párrafo 513; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L et al v. Reino de España*, Caso de SCC No. 2015/150. Fallo, 14 de noviembre de 2018, párrafo 553; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR v. Reino de España*, Caso de SCC No. 063/2015. Fallo Arbitral Final, 15 de febrero de 2018, párrafos 553-4
- ⁹² *OperaFund v. España*, Fallo, párrafo 485; *9REN Holding S.a.r.l. v. Reino de España*, Caso del ICSID No. ARB/15/15, Fallo, 31 de mayo de 2019, párrafo 257; *Watkins v. España*, Fallo, párrafo 527
- ⁹³ Los tribunales de *Novenergia* y *Masdar* consideraron que la disposición (Art. 17(c) RD 661/2007, que requiere inscripción en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial o "RAIPRE") crea dicho compromiso. El tribunal de *NextEra* desestimó expresamente esta interpretación. Ver *Novenergia II v. España*, Fallo de Arbitraje Final, párrafos 665-667; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Reino de España*, Caso del ICSID No. ARB/14/1. Fallo, 16 de mayo de 2018, párrafos 512-521; *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Reino de España*, Caso del ICSID No. ARB/14/11, Fallo, 31 de mayo de 2019, párrafo 585
- ⁹⁴ *Eiser v. España*, Fallo, párrafo 363; *Foresight v. España*, Fallo, párrafo 336; *Stadtwerke v. España*, Fallo, párrafo 198
- ⁹⁵ *Eiser v. España*, Fallo, párrafo 363-5; *Novenergia II v. España*, Fallo de Arbitraje Final, párrafo 695; *REEF v. España*, Fallo, párrafo 337; *NextEra v. España*, Fallo, párrafo 599
- ⁹⁶ *Stadtwerke v. España*, Fallo, párrafo 258-261
- ⁹⁷ *Ibid.* y párrafo. 364
- ⁹⁸ Sentencia de la Sección Tres del Tribunal Supremo Español del 15 de diciembre de 2005, Apelación No. 73/2004; Sentencia de la Sección Tres de Tribunal Supremo del 25 de octubre de 2006, Apelación No. 12/2005. Consulte el debate en *PV Investors*, Fallo Final, párrafos 605-606
- ⁹⁹ *Charanne v. España*, Fallo Final, párrafos 504, 514, 804
- ¹⁰⁰ *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Reino de España*, Caso de SCC No. 2013/153. Fallo, 12 de julio de 2016, párrafo 787
- ¹⁰¹ *PV Investors*, Fallo Final, párrafo 612, 616, 647. También en la cuestión de diligencia debida: *Charanne v. España*, Fallo Final, párrafo 504; *Stadtwerke v. España*, Fallo, párrafos 277-8
- ¹⁰² *Watkins v. España*, Fallo, párrafo 654. Consultar especialmente la opinión discrepante del Prof. Dr. Hélène Ruiz Fabri, *Watkins v. España*, Discrepancia sobre responsabilidad y Quantum, 21 de enero de 2020, párrafos 11-12
- ¹⁰³ Opinion 1/17, párrafo 150
- ¹⁰⁴ Esto incluye medidas relativas a 'orden público o seguridad pública, la protección de la moral pública, la protección de la salud y la vida de humanos y animales, la preservación de la seguridad alimentaria, la protección de las plantas y el medio ambiente, el bienestar laboral, la seguridad de los productos, la protección del consumidor o, de igual forma, los derechos fundamentales'. Consulte Opinion 1/17, párrafos 160 & 154, en referencia a los Arts. 8.9.1-2, CETA.
- ¹⁰⁵ Principalmente los innumerables artículos sobre 'Medidas Regulatorias' y 'Desarrollo sostenible - Derecho a regular y niveles de protección', Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.4, 10
- ¹⁰⁶ Hindelang, 'The Price for a Seat' (El Precio de un Asiento), p.9
- ¹⁰⁷ E.g. *Eiser v. España*, Fallo, párrafos 362, 371; *Foresight v. España*, Fallo, párrafo 364; *9REN v. España*, Fallo, párrafo 253
- ¹⁰⁸ Opinion 1/17, párrafo 144
- ¹⁰⁹ Una notable excepción es *Bernhard von Pezold y Otros v. República de Zimbabue*, Caso del ICSID No. ARB/10/15, Fallo, 28 de julio de 2015
- ¹¹⁰ Opinion 1/17, párrafo 149-150
- ¹¹¹ Basedow, 'The Achmea Judgment' (La Sentencia de Achmea), p.290
- ¹¹² Concretamente, *Isolux y Charanne*. Ambas demandas fueron infructuosas, pero no fueron excluidas debido a la nacionalidad de conveniencia. Consulte Eberhardt et al, *One Treaty (Un Tratado)*, p.45
- ¹¹³ R. Power, Clyde & Co, 'Brexit, the Energy Charter Treaty and Achmea: A ray of light?' (Brexit, el Tratado sobre la Carta de la Energía y Achmea: ¿Un rayo de luz?), *Voz de la Energía*, 02/01/2019. Disponible en: <https://www.energyvoice.com/opinion/189343/brexit-the-energy-charter-treaty-and-achmea-a-ray-of-light/> [Con acceso el 15 de junio de 2020]; W. Wyss, 'Achmea-Earthquake - Time to Consider a Swiss Solution' (Terremoto Achmea - Tiempo de Considerar una Solución Suiza), *Lexology*. Disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=475fa99b-9c5c-4800-bc68-c854cd806525> [Con acceso el 15 de junio de 2020, se requiere suscripción]
- ¹¹⁴ Power, 'Brexit, ECT and Achmea' (Brexit, ECT y Achmea)
- ¹¹⁵ Art. 1(7)(a)(ii) y nota a pie de página 2 que lo acompaña, Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.3
- ¹¹⁶ Nuevo Artículo: Demandas Frívolas [ubicación por decidir], Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.16. cf Arts 8.32 y 8.33, CETA
- ¹¹⁷ Consejo de la Unión Europea, Directrices de Negociación para la Modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, Bruselas, 2 de julio de 2019, p.4
- ¹¹⁸ T. Voon, A. Mitchell y J. Munro, 'Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration' (Respuestas Legales a Maniobras Corporativas en Arbitrajes de Inversiones Internacionales). Publicación de *Resolución de Litigios Internacionales* 2014 5, p.67
- ¹¹⁹ Art. 17, Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.9
- ¹²⁰ *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso del ICSID No. ARB/03/24, Fallo, 27 de agosto de 2008, párrafo 147-9
- ¹²¹ Consulte el debate K. Hobér, 'Overview of Energy Charter Treaty Cases' (Aspectos Generales de Casos del Tratado sobre la Carta de

- la Energía), en M. Scherer (ed.), *International Arbitration in the Energy Sector (Arbitraje Internacional en el Sector Energético)* (Prensa de la Universidad de Oxford, 2018) p.188-192
- ¹²² *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. La Federación Rusa*, UNCITRAL, Caso del PCA No. 2005-04/AA227, Demanda Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, párrafos 543-555
- ¹²³ Art 1(6), Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.2
- ¹²⁴ 26.4 [FN1], Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.15
- ¹²⁵ Como se ha citado en la Decisión de la Comisión Europea (2015/1470) del 30 de marzo de 2015 sobre Ayuda Estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implementada por Rumanía — Demanda arbitral Micula v Rumanía del 11 de diciembre de 2013. C(2015) 2112 final, párrafo 25 (“Decisión de la CE de 2015 (Rumanía)”)
- ¹²⁶ *Ibid.*, Art. 1
- ¹²⁷ Arts. 107 y 108, TFEU; Decisión de la CE de 2015 (Rumanía), párrafo 104
- ¹²⁸ Casos T-624/15, T-694/15 y T-704/15 *European Food SA y Otros v Comisión Europea* [2019] EU:T:2019:423, párrafos 78-79, 86
- ¹²⁹ *Ibid.* párrafos 91, 108
- ¹³⁰ *Ibid.*, párrafo 103. También C. Tietje y C. Wackernagel, ‘Outlawing Compliance? – The Enforcement of intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law’ (¿Conformidad de Proscripción? – El Cumplimiento de Fallos de Inversiones intra-UE y la Ley de Ayuda Estatal de la UE). No. 41 Informes de Política sobre Ley Económica Transnacional (2014), p.7; T. Kende, ‘Arbitral Awards Classified as State Aid under European Union Law’ (Fallos Arbitrales Clasificados como Ayuda Estatal en virtud del Derecho de la Unión Europea), *Revista de Derecho ELTE* 2015 1, p.43
- ¹³¹ *European Food v. Comisión*, párrafo 101: ‘[P]rimero debe haber una intervención por parte del Estado o a través de recursos del Estado; segundo, la intervención debe ser responsable del comercio entre Estados Miembros; tercero, debe conferir una ventaja sobre el beneficiario y, cuarto, debe falsear o amenazar con falsear la competencia.’
- ¹³² Decisión de la CE de 2015 (Rumanía), párrafo 118
- ¹³³ *Micula y otros v Rumanía* [2020] UKSC 5, párrafos 100, 112, 116
- ¹³⁴ G. Croisant, ‘Micula Case: The UK Supreme Court Rules That The EU Duty Of Sincere Co-operation Does Not Affect The UK’s International Obligations Under The ICSID Convention’ (Caso Micula: El Tribunal Supremo del R.U. Dictamina que el deber de Sincera Cooperación de la UE No Afecta las Obligaciones Internacionales del R.U. en virtud de la Convención del ICSID), Blog de Arbitraje Kluwer, 20 de febrero de 2020. Disponible en: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/20/micula-case-the-uk-supreme-court-rules-that-the-eu-duty-of-sincere-co-operation-does-not-affect-the-uks-international-obligations-under-the-icsid-convention/?doing_wp_cron=1592903569.9045419692993164062500 [Con acceso el 20 de junio de 2020]; A. Stanic, ‘Enforcement of Intra-EU BIT and ECT Awards in the UK Post Micula’ (Cumplimiento de Fallos del BIT y ECT Intra-UE en el R.U. Post Micula), Blog de Arbitraje Kluwer, 25 de abril de 2020. Disponible en: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/25/enforcement-of-intra-eu-bit-and-ect-awards-in-the-uk-post-micula/?doing_wp_cron=1592903574.0474169254302978515625 [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ¹³⁵ La cantidad ‘refleja que la suma total de pagos netos de la Demanda efectuados por Rumanía, además de los intereses previos a la sentencia a partir del 2 de noviembre de 2018, con la tasa identi-
- ficada en la Demanda’ consulte el Caso No. 17-cv-02332 (APM) *Micula v. Rumanía* (I), Memorando del Tribunal de Distritos de Estados Unidos para el Distrito de Columbia, 11 de septiembre de 2019. 404 F. Sup. 3ro 265 (D.D.C. 2019) párrafo 60; también Caso No. 19-7127, Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia, 19 de mayo de 2020
- ¹³⁶ [Nuevo artículo] Medidas Regulatorias, Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.4-5
- ¹³⁷ Decisión de la Comisión Europea del 10 de noviembre 2017 sobre Ayuda Estatal SA.40348 (2015/NN) — España: Apoyo para generación de electricidad de fuentes de Energía Renovable, cogeneración y residuos. C(2017) 7384 final (“Decisión de la CE de 2017 (España)”)
- ¹³⁸ Decisión de la CE de 2017 (España), párrafo 156
- ¹³⁹ *Ibid.* párrafo 83
- ¹⁴⁰ D. Busse y S. Lange, ‘European Law and Investment Treaties’ (Derecho Europeo y Tratados de Inversiones), en B. Legum (ed.), *Investment Treaty Arbitration Review: Third Edition (Revisión de Arbitrajes del Tratado de Inversiones: Tercera Edición)* (Law Business Research Ltd, 2018) p.346
- ¹⁴¹ F. Montanaro, “Ain’t No Sunshine”: Photovoltaic Energy Policy in Europe at the Crossroads Between EU Law and Energy Charter Treaty Obligations’ (“¿No brilla el sol?”: Política de Energía Fotovoltaica en Europa en Encrucijadas entre el derecho de la UE y las Obligaciones del Tratado sobre la Carta de la Energía), en *Ley Económica Internacional: Temas Contemporáneos*, editado por G. Adinolfi et al. Springer 2017, p. 2.
- ¹⁴² *OperaFund v. España*, Fallo, párrafo 442; *PV Investors*, Fallo Final, párrafo 635
- ¹⁴³ *OperaFund v. España*, Fallo, párrafo 485; *9REN v. España*, Fallo, párrafo 257; *Watkins v. España*, Fallo, párrafo 527; *Novenergia II v. España*, Fallo de Arbitraje Final, párrafos 665-667; *Masdar v. España*, Fallo, párrafos 512-52
- ¹⁴⁴ *PV Investors*, Fallo Final, párrafo 637
- ¹⁴⁵ Consulte Allen y Overy, ‘Increased enforcement risk in intra-EU investment treaty arbitration’ (Riesgo de ejecución incrementado en arbitraje de tratados de inversiones intra-UE). Disponible en: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/legal-and-regulatory-risks-for-the-finance-sector/europe/increased-enforcement-risk-in-intra-eu-investment-treaty-arbitration> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ¹⁴⁶ *OperaFund v. España*, Fallo, párrafo 336
- ¹⁴⁷ Opinion 1/17, párrafo 86
- ¹⁴⁸ *Ibid.* párrafo 185
- ¹⁴⁹ *Ibid.* párrafos 86, 185-6, citando en particular los Arts. 8.9, y 17.2, CETA
- ¹⁵⁰ *Electrabel v. Hungría*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 4.137-4.141
- ¹⁵¹ *Electrabel v. Hungría*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 5.16; *Eskosol v. Italia*, Decisión sobre Solicitud de Rescisión, párrafos 232-4
- ¹⁵² Allen y Overy, ‘Increased enforcement risk in intra-EU investment treaty arbitration’ (Riesgo de ejecución incrementado en arbitrajes de tratados de inversiones intra-UE). Disponible en: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/legal-and-regulatory-risks-for-the-finance-sector/europe/increased-enforcement-risk-in-intra-eu-investment-treaty-arbitration> [Con acceso el 20 de junio de 2020]

- ¹⁵³ Incluyen Argentina, Kazajistán, Kirguistán, Rusia, Tailandia y Zimbabue. Un estudio de 2008 estimó que el cumplimiento voluntario de los fallos de inversiones se produjo en el 90% de los casos: L. Mistelis y C. Baltag, 'Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices' (Reconocimiento y Cumplimiento de los Fallos Arbitrales y Acuerdo en Arbitraje Internacional: Comportamientos y Prácticas Corporativas), 19 *Estudio Americano de Arbitraje Internacional* (2008) p. 319, 324. Consulte también O. Gerlich, 'State Immunity from Execution in the Collection of Awards Rendered in International Investment Arbitration: The Achilles' Heel of the Investor-State Arbitration System?' (Inmunidad estatal ante la Ejecución en el Cobro de Fallos dictados en Arbitrajes Internacionales de Inversiones: ¿El Talón de Aquiles del Sistema de Arbitraje Inversor-Estado?) 26/1 *Estudio Americano de Arbitraje Internacional* (2015), p.48; A. K. Bjorklund, 'Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards: The Re-Politicization of International Investment Disputes' (Inmunidad Soberana como Barrera al Cumplimiento de los Fallos Arbitrales Inversor-Estado: La Repolitización de Litigios de Inversiones Internacionales) 21 *Estudio Americano de Arbitraje Internacional* (2010), p.213-4
- ¹⁵⁴ Artículo 26 (4), ECT
- ¹⁵⁵ Convención sobre resolución de litigios de inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados 1965, 575 UNTS 159 ("Convención del ICSID"); Convención sobre el Reconocimiento y Cumplimiento de Demandas Arbitrales Extranjeras 1959, 330 UNTS 3 ("Convención de Nueva York")
- ¹⁵⁶ En *Achmea*, el Tribunal señaló que los tribunales del ISDS constituidos en virtud del BIT de Países Bajos-Eslovaquia deben tener libertad para determinar su 'propio procedimiento aplicando las normas de arbitraje de UNCITRAL' y escoger su sede de arbitraje (Art 8(5) del BIT), de ese modo determinando tanto si el fallo arbitral alguna vez estará sujeto a revisión por un tribunal de un Estado Miembro de la UE como el estándar de la revisión judicial aplicable en virtud de la ley nacional del Estado (párrafos 52-55).
- ¹⁵⁷ Como se destacó en la presentación de la Comisión a los tribunales del ECT, consulte: *OperaFund v. España*, Fallo, párrafo 377
- ¹⁵⁸ Artículo 5(2)(a) y (b), Convención de Nueva York
- ¹⁵⁹ No obstante, '[e]l valor de un mandato o una decisión de la Comisión de la UE en relación a ayuda Estatal debe estar bastante limitado en aquellos estados que son terceras partes del [TFEU]'. T. Kende, 'Arbitral Awards' (Fallos Arbitrales), p.56
- ¹⁶⁰ *Electrabel v. Hungría*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 4.199
- ¹⁶¹ Algunos eruditos sugieren que los Estados Miembros deberían sin embargo revisar o rechazar hacer cumplir Fallos del ICSID. C.H. Schreuer et al, 'Artículo 54 - Cumplimiento', *La Convención del ICSID* (Prensa de Universidad de Cambridge, 2009), 1115-1150, párrafo 91; Hanno Wehland, 'The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond' (El Cumplimiento de Fallos del BIT Intra-UE: Micula v Rumania y Más allá) (2016) 17 *La Revista de Inversión y Comercio Mundial* 942, 959, 961-962.
- ¹⁶² ICSID Art 52 y Artículo 53(1)
- ¹⁶³ *Electrabel v. Hungría*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 5.19
- ¹⁶⁴ Concretamente, Art. 9.16 del Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur. Consulte la opinión del Abogado General Wathelet, Caso C-284/16, Slowakische Republik v Achmea, ECLI:EU:C:2017:699, nota a pie de página 199
- ¹⁶⁵ P. Pérez-Salido, 'Enforceability of Intra-EU Awards at the U.S. District Court for the District of Columbia: The Spanish Cases' (Obligatoriedad de los Fallos Intra-UE en el Tribunal de Distritos de EE.UU. para el Distrito de Columbia: Los Casos Españoles), *Blog de Arbitraje Kluber*, 21 de junio de 2020. Disponible en: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/21/enforceability-of-intra-eu-awards-at-the-u-s-district-court-for-the-district-of-columbia-the-spanish-cases/?doing_wp_cron=1593514466.1786530017852783203125 [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ¹⁶⁶ Bjorklund, 'Inmunidad Soberana' (Inmunidad Soberana), p.213
- ¹⁶⁷ Arts. 54(3) y 54, Convención del ICSID
- ¹⁶⁸ Bjorklund, 'Sovereign Immunity' (Inmunidad Soberana), p.211, 213, 228; C. Annacker, L. Ahtouk-Spivak, Z. Bouraoui, 'ICSID Awards' (Fallos del ICSID) en E. Gaillard y G.E. Kaiser (eds.), *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards May* (La Guía para Cuestionar y Hacer Cumplir Fallos de Arbitraje) (Law Business Research Ltd, 2019)
- ¹⁶⁹ *Eiser Infrastructure Ltd v Reino de España* [2020] FCA 157
- ¹⁷⁰ S. Perry, 'Spain solar awards enforced in Australia' (Fallos solares de España ejecutados en Australia), Publicación de Arbitraje Global, 24 de febrero de 2020. Disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/article/1214857/spain-solar-awards-enforced-in-australia> [Con acceso el 20 de junio de 2020, se requiere suscripción]
- ¹⁷¹ F. Bannon y W. Stefanidis, 'Path cleared for ICSID Award enforcement by investors in Australia' (Camino despejado para el cumplimiento de Fallos del ICSID por inversores en Australia), Clayton Utz, 28 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.claytonutz.com/knowledge/2020/may/path-cleared-for-icsid-award-enforcement-by-investors-in-australia> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ¹⁷² Bjorklund, 'Sovereign Immunity' (Inmunidad Soberana), p.237-8; C. Annacker et al, 'Fallos del ICSID', p.146-7
- ¹⁷³ El Tribunal declinó hacer comentarios 'sobre la idoneidad de dichos desarrollos potenciales como una cuestión del derecho internacional.' *Eskosol v. Italia*, Decisión sobre Solicitud de Rescisión, párrafos 232-3
- ¹⁷⁴ Comisión Europea, Recomendación para que una decisión del Consejo autorice la iniciación de negociaciones sobre la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, 14 de mayo de 2019, p.1
- ¹⁷⁵ I.e. sobre el 'Derecho a regular niveles de protección', 'Acuerdos medioambientales multilaterales y convenios laborales', 'Cambio climático y transición a una energía limpia', 'Prácticas Comerciales Responsables', 'Transparencia' y 'Evaluaciones de Impactos'
- ¹⁷⁶ Nuevo Artículo 28A: Resolución de litigios sobre disposiciones en materia de desarrollo sostenible y comercio entre Partes Contratantes, Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.20
- ¹⁷⁷ Consulte C. Cross, *Anchoring Climate & Environmental Protection in EU Trade Agreements (Afianzamiento de la Protección Climática y Medioambiental en Acuerdos Comerciales de la UE)* (Powershift, 2020), p.17-36
- ¹⁷⁸ N. Bernasconi-Osterwalder & M.D. Brauch, 'Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition' (Rediseñando el Tratado sobre la Carta de la Energía para Avanzar en la Transición hacia Bajas Emisiones de Carbono), TDM 1 (2019) Disponible en: <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2632> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ¹⁷⁹ Van Den Berghe, 'Commission's draft proposal' (Proyecto de propuesta de la Comisión), p.4
- ¹⁸⁰ A.V. Belyi, 'New Challenges to the Liberal World Order: Reassessing Controversies Surrounding the Energy Charter Treaty' (Nuevos Desafíos al Orden Liberal Mundial: Reconsiderando Controversias en Torno al Tratado sobre la Carta de la Energía), Centro Internacional para la Defensa y Seguridad, 1 de julio de 2020. Disponible

- en: <https://icds.ee/new-challenges-to-the-liberal-world-order-reassessing-controversies-surrounding-the-energy-charter-treaty/> [Con acceso el 2 de julio 2020]
- ¹⁸¹ Un Mundo Nuevo: La Geopolítica de la Transformación Energética (Comisión Global sobre Geopolítica de la Transformación Energética /Agencia Internacional de Energía Renovable IRENA, 2019) p.6, 36. Disponible en: <http://www.geopoliticsofrenewables.org> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ¹⁸² Nuevo Artículo de Desarrollo Sostenible – Acuerdos medioambientales multilaterales y convenios laborales, 2(a), 3, Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.10-11
- ¹⁸³ Nuevo Artículo de Desarrollo Sostenible – Cambio climático y transición hacia una energía limpia, subpárrafos. (a) y (b), Propuesta de modernización del ECT de la UE, p.11
- ¹⁸⁴ E.g. Japón. Consulte las valoraciones de NDCs en Seguimiento de Acción por el Cambio Climático: <https://climateactiontracker.org/countries/japan/> [Con acceso el 1 de julio de 2020]
- ¹⁸⁵ Van Den Berghe, 'Commission's draft proposal' (Proyecto de propuesta de la Comisión), p.6. Para propuestas similares en el contexto de FTA, consulte J. Lawrence y L. Ankersmit, Making EU FTAs 'Paris Safe': Three studies with concrete proposals ('París Seguro' Tres estudios con propuestas concretas (El Centro de Ámsterdam Verdes/EFA, para el Derecho y Gobernanza Europeos, Universidad Central Europea; 8 de marzo de 2019) p.7; Cross, *Anchoring Climate Protection (Afianzando la Protección Climática)*, p.19
- ¹⁸⁶ En 2012, fue propuesto durante el proceso de modernización del ECT para desarrollar un mecanismo destinado a otorgar a los tribunales 'orientaciones sobre interpretación' a la hora de adjudicar demandas del ISDS relacionadas con el cambio climático, lo que es necesario, en vista del amplio margen de criterio en la interpretación del tratado y la determinación de violaciones. Después del auge de ocho años en pleitos basados en el ECT, el tiempo para una simple 'orientación' ya ha pasado. Consulte P. Cameron, *The Energy Charter Treaty Provisions On Low Carbon Investment, Final Report (Disposiciones del Tratado sobre la Carta de la Energía sobre Inversiones con bajo nivel de emisiones de carbono, Informe Final)*, 12 de abril de 2013. Disponible en: <https://www.energycharter.org/what-we-do/investment/investment-thematic-reports/low-carbon-investment-2013/> [Con acceso el 20 de junio de 2020], p.23
- ¹⁸⁷ Secretaría de la OMC y Medioambiental de las NU, Haciendo que el Comercio Funcione para el Medio Ambiente, la Prosperidad y la Resiliencia (OMC/ UNE, 2018), p.25
- ¹⁸⁸ *Evaluando los Subsidios a los Combustibles Fósiles en el Contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, Programa Medioambiental de las Naciones Unidas* (Instituto Medioambiental / Internacional para el Desarrollo Sostenible) (2019).
- ¹⁸⁹ Cameron, *The Energy Charter Treaty (El Tratado sobre la Carta de la Energía)*, p.17, 77
- ¹⁹⁰ Consulte el debate en Cross, *Anchoring Climate Protection (Afianzamiento de la Protección Climática)*, p.29-30
- ¹⁹¹ Greenpeace International, 'La Comisión sobre Derechos Humanos declara que las compañías de combustibles fósiles pueden ser consideradas responsables de las vulneraciones de los derechos humanos relacionadas con el clima'. 10 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.greenpeace.org/international/press-release/27881/commission-on-human-rights-declares-fossil-fuel-companies-can-be-held-responsible-for-climate-related-human-rights-harms/> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ¹⁹² *Comunicado de la Comisión: Una estrategia renovada de la UE 2011-14 para Responsabilidad Social Corporativa (COM/2011/0681 final)*
- ¹⁹³ Principio rector 9 de estados: 'Los estados deben mantener un espacio para una política nacional adecuada a fin de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos en la consecución de los objetivos políticos relacionados con el comercio con otros Estados o empresas comerciales, por ejemplo mediante tratados o contratos de inversión.' El comentario del UNGP aclara que el Principio 9 también es aplicable a los acuerdos de libre comercio. OHCHR, *Principios rectores sobre Comercio y Derechos Humanos, Implementando el marco de "Protección, Respeto y Reparación" de las Naciones Unidas*, 2011, p. 11
- ¹⁹⁴ Para dos ejemplos bastante completos, consulte: UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development (2015)*, Section 7, Investor Obligations and Responsibilities (Marco de Política de Inversiones para un Desarrollo Sostenible (2015), Sección 7, Obligaciones y Responsabilidades de los Inversores), p.109-111; SADC, *Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary (2012)*, Part 3: Rights and Obligations of Investors and State Parties (Patrón de Tratado de Inversiones Bilateral Modelo con Comentario (2012), Parte 3: Derechos y Obligaciones de las Partes de Inversores y Estados), p.31-41
- ¹⁹⁵ E.g. Francia, el R.U., los Países Bajos, Italia, Dinamarca, Finlandia, Lituania, Suecia. Consulte Sandra Cossart, 'What lessons does France's Duty of Vigilance law have for other national initiatives?' (¿Qué lecciones tiene la ley de Deber de Vigilancia de Francia para otras iniciativas nacionales?) *Centro de Recursos Comerciales y de Derechos Humanos*, 27 de junio de 2019 Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/what-lessons-does-frances-duty-of-vigilance-law-have-for-other-national-initiatives> [Con acceso el 20 de junio de 2020]; también Cross, *Anchoring Climate Protection (Afianzando la Protección Climática)*, p.36-39
- ¹⁹⁶ A. Signorelli, 'Ensuring human rights underpin the global energy transition' (Garantizando que los derechos humanos sustentan la transición energética global), *Derechos de la Unión Internacional: asunto del Cambio Climático 26/4* (Centro Internacional para los Derechos Sindicales, 2019)
- ¹⁹⁷ Aunque sin dirigirse a las demandas del ECT, la Comisión en la Decisión de la CE de 2017 (España) hace referencia expresa a la ayuda Estatal en estos términos: Decisión de la CE de 2017 (España), párrafo 120, 156
- ¹⁹⁸ Saheb, *Modernisation of the ECT (Modernización del ECT)*, p.39
- ¹⁹⁹ Por ejemplo: Caso C-438/05 Federación Internacional de Trabajadores del Transporte v Viking Line ABP (2007) ECLI:EU:C:2007:772; Caso C-341/05 Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet (2007) ECLI:EU:C:2007:809; Caso T-330/18 Carvalho y otros v Parlamento y Consejo, Orden del Tribunal General (Segunda Cámara) del 8 de mayo de 2019. ECLI: EU:T:2019:324 (pendiente de apelación ante el Tribunal de Justicia). Consulte también A. Berthier, 'The General Court of the EU rejects the people climate case as inadmissible' (El Tribunal General de la UE rechaza el caso del clima de las personas como inadmisibles), ClientEarth, 3 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.clientearth.org/the-general-court-rejects-the-people-climate-case-as-inadmissible/> [Con acceso el 20 de junio de 2020]; 'Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen' (Entrevistado con Fritz Scharpf, alemán solamente), Hans Boeckler Stiftung, 2008. Disponible en: <https://www.boeckler.de/de/magazin-mitbestimmung-2744-aposder-einzige-weg-ist-dem-eugh-nicht-zu-folgenapos-11173.htm> [Con acceso el 20 de junio de 2020]
- ²⁰⁰ Entrevistado por K. Beckman, Borderlex, 18 de junio de 2020.

Anexo 1 – Casos del TCE contra España¹

	DECISIÓN (a favor de)	DEMANDANTE / No. de CASO
1	Estado	<i>Stadtwerke München GmbH y otros</i> Caso CIADI No. ARB/15/1
2	Estado	<i>Isolux Infrastructure Netherlands B.V.</i> Caso SCC No. 2013/153
3	Estado	<i>Charanne B.V. y Construction Investments S.a.r.l.</i> Caso SCC No. 062/2012
4	Inversor	<i>9REN Holding S.a.r.l.</i> Caso CIADI No. ARB/15/15
5	Inversor	<i>Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V.</i> Caso CIADI No. ARB/13/31
6	Inversor	<i>Cube Infrastructure Fund SICAV y otros</i> Caso CIADI No. ARB/15/20
7	Inversor	<i>Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L., Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A y GWM Renewable Energy II S.P.A</i> Caso SCC No. 2015/150
8	Inversor	<i>InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros</i> Caso CIADI No. ARB/14/12
9	Inversor	<i>Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.</i> Caso CIADI No. ARB/14/1
10	Inversor	<i>NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V.</i> Caso CIADI No. ARB/14/11
11	Inversor	<i>Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR.</i> Caso SCC No. 063/2015
12	Inversor	<i>OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG</i> Caso CIADI No. ARB/15/36
13	Inversor	<i>The PV Investors</i> Caso PCA No. 2012-14
14	Inversor	<i>RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l.</i> Caso CIADI No. ARB/13/30
15	Inversor	<i>SoEs Badajoz GmbH</i> Caso CIADI No. ARB/15/38
16	Inversor	<i>Watkins Holdings S.à r.l. y otros</i> Caso CIADI No. ARB/15/44
17	Anulado (Mayo 20)	<i>Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l.</i> Caso CIADI No. ARB/13/36
18	Pendiente	<i>Alten Renewable Energy Developments BV</i> Caso SCC No. 2015/036
19	Pendiente	<i>BayWa r.e. Renewable Energy GmbH y BayWa r.e. Asset Holding GmbH</i> Caso CIADI No. ARB/15/16
20	Pendiente	<i>Aharon Naftali Biram, Gilatz Spain SL, Redmill Holdings Ltd y Sun-Flower Olmeda GmbH</i> Caso CIADI No. ARB/16/17

¹ Datos basados en Navegador de resolución de litigios de inversiones de UNCTAD: investmentpolicy.unctad.org [con acceso 15 de junio de 2020] e investigación adicional del autor. Dado que no todas las demandas del ISDS se hacen públicas, es posible que haya casos adicionales contra España que aún no han sido informados.

² Las cifras sólo representan daños y perjuicios demandados por violaciones del ECT. Éstas no incluyen intereses o costas.

FORO	ESTADO DE ORIGEN de demandantes	DAÑOS Y PERJUICIOS ² (millones EUR)
CIADI	Alemania	423 (reclamado)
SCC	Países Bajos	68.9 (reclamado)
SCC	Luxemburgo, Países Bajos	17.8 (reclamado)
CIADI	Luxemburgo	40
CIADI	Luxemburgo, Países Bajos	101
CIADI	Luxemburgo, Francia	33.7
SCC	Luxemburgo, Dinamarca, Italia	39
CIADI	R.U.	28.2
CIADI	Países Bajos	64.5
CIADI	Países Bajos	290.6
SCC	Luxemburgo	53.3
CIADI	Malta, Suiza	29.3 mín USD
PCA	Dinamarca, Alemania, Irlanda, R.U., Luxemburgo, Países Bajos	91.1 (520 reclamado)
CIADI	Luxemburgo, R.U.	59.6
CIADI	Alemania	40.5
CIADI	Luxemburgo, Países Bajos	77
CIADI	Luxemburgo, R.U.	128
SCC	Países Bajos	59.4
CIADI	Alemania	67.4
CIADI	Alemania, R.U.	69

	DECISIÓN (a favor de)	DEMANDANTE / No. de CASO
21	Pendiente	<i>Canepa Green Energy Opportunities I, S.á r.l. y Canepa Green Energy Opportunities II, S.á r.l. Caso CIADI No. ARB/19/4</i>
22	Pendiente	<i>Cavalum SGPS, S.A. Caso CIADI No. ARB/15/34</i>
23	Pendiente	<i>Cordoba Beheer B.V., Cross Retail S.L., Sevilla Beheer B.V., Spanish project companies Caso CIADI No. ARB/16/27</i>
24	Pendiente	<i>CSP Equity Investment Sarl Caso SCC No. 094/2013</i>
25	Pendiente	<i>DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG, DCM Energy GmbH & Co. Solar 2 KG, Edisun Power Europe A.G., Hannover Leasing Sun Invest 2 Spanien Beteiligungs GmbH, y Hannover Leasing Sun Invest 2 Spanien GmbH & Co. KG Caso CIADI No. ARB/17/41</i>
26	Pendiente	<i>E.ON SE, E.ON Finanzanlagen GmbH y E.ON Iberia Holding GmbH Caso CIADI No. ARB/15/35</i>
27	Pendiente	<i>EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) y Tubo Sol PE2 S.L. Caso CIADI No. ARB/18/42</i>
28	Pendiente	<i>EDF Energies Nouvelles S.A.</i>
29	Pendiente	<i>European Solar Farms A/S Caso CIADI No. ARB/18/45</i>
30	Pendiente	<i>Eurus Energy Holdings Corporation y Eurus Energy Europe B.V. Caso CIADI No. ARB/16/4</i>
31	Pendiente	<i>FREIF Eurowind Caso SCC No. 2017/060</i>
32	Pendiente	<i>Green Power K/S y Obton A/S Caso SCC No. 2016/135</i>
33	Pendiente	<i>Hydro Energy 1 S.à r.l. y Hydroxana Sweden AB Caso CIADI No. ARB/15/42</i>
34	Pendiente	<i>Infracapital F1 S.à r.l. y Infracapital Solar B.V. Caso CIADI No. ARB/16/18</i>
35	Pendiente	<i>Itochu Corporation Caso CIADI No. ARB/18/25</i>
36	Pendiente	<i>JGC Corporation Caso CIADI No. ARB/15/27</i>
37	Pendiente	<i>Frank Schumm, Joachim Kruck, Jürgen Reiss y otros Caso CIADI No. ARB/15/23</i>
38	Pendiente	<i>KS Invest GmbH y TLS Invest GmbH Caso CIADI No. ARB/15/25</i>
39	Pendienteg	<i>Landesbank Baden-Württemberg, HSH Nordbank AG, Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale y Norddeutsche Landesbank-Girozentrale Caso CIADI No. ARB/15/45</i>
40	Pendiente	<i>Portigon AG Caso CIADI No. ARB/17/15</i>
41	Pendiente	<i>RENERGY S.à r.l. Caso CIADI No. ARB/14/18</i>
42	Pendiente	<i>RWE Innogy GmbH y RWE Innogy Aersa S.A.U. Caso CIADI No. ARB/14/34</i>
43	Pendiente	<i>Saptec, S.A. Caso CIADI No. ARB/19/23</i>
44	Pendiente	<i>STEAG GmbH Caso CIADI No. ARB/15/4</i>
45	Pendiente	<i>Triodos SICAV II Caso SCC No. 2017-194</i>
46	Pendiente	<i>M Solar GmbH & Co. KG, M Solar Verwaltungs GmbH, Solarizz Holding GmbH & Co. KG y otros Caso CIADI No. ARB/19/30</i>
47	Interrump.	<i>Solarpark Management GmbH & Co. Atum I KG Caso SCC No. 2015/163</i>

FORO	ESTADO DE ORIGEN de demandantes	DAÑOS Y PERJUICIOS (millones EUR)
CIADI	Luxemburgo	-
SCC	Portugal	60
CIADI	Países Bajos	20.5
CIADI	Luxemburgo	840
CIADI	Alemania, Suiza	-
CIADI	Alemania	324.7
CIADI	Suiza	-
SCC	Francia	52.8
CIADI	Dinamarca	-
CIADI	Japón, Países Bajos	263
CIADI	R.U.	53
UNCITRAL	Dinamarca	76.1
CIADI	Luxemburgo, Suecia	133.1
CIADI	Luxemburgo, Países Bajos	-
CIADI	Japón	-
CIADI	Japón	93.5
CIADI	Alemania	67.4
CIADI	Alemania	80
CIADI	Alemania	482.5
CIADI	Alemania	-
CIADI	Luxemburgo	206
CIADI	Alemania	273
CIADI	Bélgica	-
CIADI	Alemania	96.6
SCC	Luxemburgo	-
ICSID	Alemania	-
SCC	Alemania	6.1

**¡OTRA
EUROPA
ÉS POSIBLE!**



www.guengl.eu