

v. 01, n° 01 - jan/jun 2021

ISSN 2763-8685



LATIN AMERICAN JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union



Table of Contents

Editorial	6
<u>DOSSIER: EU-Latin America trade and investment relations</u>	
Las relaciones Eurolatinoamericanas en el marco de la nueva política comercial de la Unión Europea	14
<i>Carlos Francisco Molina del Pozo</i>	
Environmental conditionality in Eu-Latin America trade relations	38
<i>Giulia D’Agnone</i>	
El derecho de los tratados en el arbitraje de inversión intra-Unión Europea	64
<i>Rafael Tamayo-Álvarez</i>	
Sistema de solución de controversias en materia de inversiones en los tratados negociados por la Unión Europea con México y el Mercosur (2019/2020): Un estudio comparativo	109
<i>Gabriela Teresita Mastaglia</i>	
Uma década de política europeia de investimento estrangeiro – balanço e perspectivas futuras	139
<i>Maria João Palma</i>	
Unión Europea-América Latina y el Caribe: comercio e inversión y el acuerdo de asociación Unión Europea-Mercosur en su pilar comercial y sus potenciales efectos en el sector agroindustrial	157
<i>Silvia Simonit</i>	
La integración Centroamericana y el acuerdo de asociación entre esa región y la Unión Europea	200
<i>Nancy Eunice Alas Moreno</i>	

A cooperação jurídica dentro da União Europeia e do Mercosul: 231

a agilização do processo civil internacional no âmbito da regionalização

Marcel Zernikow

A abertura ao comércio internacional da contratação pública no Brasil: 254

entre o Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) e o acordo EU/Mercosul

Nuno Cunha Rodrigues

ARTICLES

Data protection implications through an inner-connected world: 297

European Union's contributions towards the Brazilian legislative scenario

Beatriz Graziano Chow

Clarisse Laupman Ferraz Lima

A União Europeia e a questão Turco-Cipriota: 319

aspectos normativos, geopolíticos e migratórios

Clarice Rangel Schreiner

Eveline Vieira Brígido

Roberto Rodolfo Georg Uebel

INTERVIEW

Por uma aliança estratégica Mercosul e União Europeia: 356

O papel da Europa para o fortalecimento da Sustentabilidade
Entrevista com Ignacio Ybañez - Embaixador da União Europeia no Brasil

Jamile Bergamaschine Mata Diz

El derecho de los tratados en el arbitraje de inversión intra-Unión Europea

¹Rafael Tamayo-Álvarez

RESUMEN: Este artículo aborda ciertas cuestiones de derecho internacional público relacionadas con los arbitrajes inversor-Estado intra-Unión Europea. Es decir, aquellos en los que un inversionista con nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea demanda, con base en un acuerdo internacional de inversión, a otro Estado con membresía en dicho organismo internacional. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que estos arbitrajes se contraponen a ciertas características esenciales del derecho común europeo. Esto reforzó los argumentos que los Estados miembros esgrimen para objetar la jurisdicción de los tribunales de arbitraje que resuelven las demandas de inversión entabladas en su contra, especialmente, con arreglo al Tratado de la Carta de la Energía. Al examinar tales argumentos, los tribunales de arbitraje deben recurrir a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo tiene como objetivo describir la aplicación de algunas de estas disposiciones en el contexto de los arbitrajes de inversión intracomunitarios.

PALABRAS CLAVE: UNIÓN EUROPEA; DERECHO DE LOS TRATADOS; ARBITRAJE DE INVERSIÓN, APLICACIÓN DE TRATADOS SUCESIVOS CONCERNIENTES A LA MISMA MATERIA; INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS.

The law of treaties on intra-European Union Investment arbitration

ABSTRACT: This article addresses certain issues of public international law arising in the realm of intra-EU investment treaty arbitration. That is, when an investor with the nationality of a Member State of the European Union initiates Investor-State arbitration proceedings against another Member State. The Court of Justice of the European Union ruled

1. Abogado y doctor en derecho. Vinculado como profesor de carrera a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, donde también forma parte del grupo de investigación en derecho internacional y codirige la Especialización en Derecho Internacional. Su agenda investigativa se concentra en el área del derecho internacional económico.

recently that *Intra-EU investment treaty arbitrations* are *incompatible with EU Law*. This reinforced the arguments advanced by Member States when objecting the jurisdiction of investment treaty tribunals in charge of settling disputes lodged against them, especially under the arbitration clause of the Energy Charter Treaty. When dealing with these objections, arbitrators apply the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The article thus describes the role of some of those provisions in Intra-EU investment treaty arbitration.

KEY WORDS: EUROPEAN UNION; LAW OF TREATIES; INVESTMENT TREATY ARBITRATION; APPLICATION OF SUCCESSIVE TREATIES RELATING TO THE SAME SUBJECT-MATTER; INTERPRETATION OF TREATIES.

SUMARIO: Introducción; 1. La problemática con el arbitraje intracomunitario; 2. Achmea; 3. El Derecho de los Tratados en las decisiones arbitrales; 3.1 La falta de diversidad de territorios; 3.2 La cláusula de desconexión implícita; 3.3 La primacía del Tratado de Lisboa; Consideraciones finales; Referencias bibliográficas.

Introducción

Los acuerdos internacionales de inversión (All) suelen tener dos características principales: por un lado, establecen un conjunto de disposiciones sustantivas por las que los Estados suscribientes se obligan a proteger al capital extranjero. Por el otro, instituyen un mecanismo para la resolución de controversias inversor-Estado (SDIE), el cual implica que las diferencias surgidas entre inversores y Estados receptores de la inversión serán resueltas por tribunales internacionales de arbitramento. Dicho mecanismo se fundamenta en la prerrogativa que la mayoría de los All confieren a los inversionistas para que demanden directamente a los Estados en sede de arbitraje.² Por consiguiente, mediante los All los Estados prestan su consentimiento para arbitrar, el cual implica extender

2. E. De Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, Cambridge: Cambridge University Press,

una oferta unilateral de arbitraje a todos los inversionistas con la nacionalidad del otro Estado suscribiente.

En el ámbito de la Unión Europea (UE), la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el 2009 puso a los AI en la órbita de las políticas comunes de esta asociación económica y política.³ Específicamente, con la ampliación de la política comercial común, todo lo relacionado con la inversión extranjera directa (IED) pasó a ser competencia exclusiva de la UE. Es decir, la IED es uno de los temas que solamente la propia UE está facultada para gestionar. Ello incluye celebrar tratados internacionales sobre la materia.⁴ Por lo tanto, en relación con la formulación de políticas sobre IED, los Estados miembros deben limitarse a aplicar el derecho de la UE (derecho de la Unión). En otras palabras, el derecho de la Unión regula la totalidad del ciclo de vida de las IED.⁵

Concretamente, se considera que el derecho de la Unión garantiza una adecuada protección a quienes deciden invertir en el mercado común europeo.⁶ Además, les ofrece remedios legales apropiados en caso de infracción de la normatividad comunitaria sobre protección de la inversión, permitiéndoles acudir ante las autoridades administrativas y judiciales que

2014, p. 17.

3. Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007. *Diario Oficial de la Unión Europea* C306, 17 de diciembre de 2007, Art. 3, para. 1, literal e y Art. 207, para. 1. En concreto, la UE tiene competencias exclusivas en el ámbito de la política comercial común, al tiempo que los temas concernientes a la IED están comprendidos dentro de dicha política.

4. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, paras 82 y 83.

5. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo, de 19 de julio de 2018, relativa a la protección de la inversión Intra-UE, Bruselas, COM (2018) 547, p. 5.

6. *Ibid.*, p. 9-17.

integran la estructura institucional de la UE, las cuales operan según un reparto de competencias expresamente concebido para asegurar la autonomía del derecho de la Unión.⁷ Por consiguiente, los inversionistas con nacionalidad de un Estado miembro de la UE que canalicen recursos hacia otro Estado miembro no requieren, en teoría, recurrir a los mecanismos de SDIE que suelen establecer los AI.⁸

Sin embargo, varios Estados miembros de la UE han celebrado entre ellos múltiples AI que contemplan la posibilidad de arbitrar controversias inversor-Estado. De estos surge el arbitraje de inversión intra-UE (arbitraje intracomunitario) objeto del presente artículo. Concretamente, se trata de cuando un inversionista con la nacionalidad de un Estado miembro de la UE demanda, con base en una cláusula de SDIE estipulada en un AI, a otro Estado que también tiene membresía en dicho organismo internacional. Asimismo, previo a la celebración del Tratado de Lisboa, tanto la UE como varios de sus Estados miembros negociaron el Tratado Sobre la Carta de la Energía (TCE) que contiene una cláusula de SDIE.⁹ Con fundamento en el TCE la UE en tanto Parte Contratante, así como todo Estado miembro que también haya suscrito este instrumento internacional, podrán ser sujetos de demandas de inversión. El arbitraje intracomunitario implica aplicar simultáneamente dos regímenes internacionales que se encuentran en una relación de conflicto entre sí: por una parte, el

7. Ibid., pp. 17-25.

8. Ibid., p. 26.

9. Tratado sobre la Carta de la Energía, suscrito en diciembre de 1994, vigente desde abril de 1998, Art. 26.

régimen internacional de las inversiones originado en la red de All y, de la otra, el sistema jurídico creado por el derecho de la Unión. Tal conflicto fue confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al dictaminar, en el caso República Eslovaca v. Achmea, que el arbitraje intracomunitario es incompatible con el derecho comunitario europeo.¹⁰

El presente artículo examina el uso que los tribunales de inversión hacen del Derecho de los Tratados al resolver las objeciones a su jurisdicción que, bajo el entendido de la contrariedad entre el arbitraje intracomunitario y el derecho de la Unión, les son formuladas por Estados miembros de la UE. Específicamente, se mostrará la manera en que los árbitros cimentan sus decisiones en las reglas sobre interpretación de los tratados, y en aquellas relativas a la aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia, ambas codificadas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).¹¹ El artículo está estructurado de la siguiente manera: primero, se expondrá el estado del debate que suscita el arbitraje intracomunitario. Segundo, se hará una reseña del caso *Achmea* para una mejor comprensión del grado de conflicto entre aquel y el derecho de la Unión. Tercero, se analizarán algunas decisiones arbitrales recientes para reflexionar sobre el uso

10. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 6 de marzo de 2018, caso C-284/16, *República Eslovaca v. Achmea*.

11. Véase: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, vigente desde el 27 de enero de 1980, Arts. 30, 31 y 32 respectivamente. La Corte Internacional de Justicia ha manifestado que la CVDT codifica el derecho internacional consuetudinario acerca de la observancia e interpretación de los tratados internacionales. Véase e.g.: Corte Internacional de Justicia, sentencia de 31 de marzo de 2004, *Avena y otros nacionales mexicanos v. Estados Unidos de América*, para. 83.

del Derecho de los Tratados por parte de los árbitros. Por último, se plantearán algunas observaciones como conclusión.

1. La problemática con el arbitraje intracomunitario

La Comisión Europea ha manifestado consistentemente que el derecho de la Unión no permite el arbitraje intracomunitario, porque solamente las instituciones establecidas por los Tratados de la UE están facultadas para dirimir las controversias que se suscitan entre inversionistas con la nacionalidad de un Estado miembro y otros Estados miembros.¹² Como prueba de su oposición al arbitraje intracomunitario, en el 2015 la Comisión instauró procedimientos de infracción en contra de algunos Estados miembros que no acataron la directriz de rescindir los AI intra-UE en los que eran parte.¹³ Además, la Comisión inició un procedimiento de infracción en contra de Rumania por haber ejecutado un laudo proferido en un arbitraje intracomunitario.¹⁴ De acuerdo con la Comisión, el monto pagado por Rumania a los inversionistas de origen sueco con ocasión de la ejecución del laudo configuró una ayuda estatal cuya concesión supuso una ventaja económica que, de otra forma, los inversionistas no habrían encontrado en el mercado común.¹⁵

12. Véase: Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo. Protección de la inversión Intra-UE, Bruselas, COM (2018).

13. H. Lenk, L. Ronnelid, J. Dahlquist, *The Infringement Proceedings over Intra-EU Investment Treaties – An Analysis of the Case against Sweden*, in *Swedish Institute for European Policy Studies*, 2016, p.4.

14. La decisión cuya ejecución originó el procedimiento de infracción se profirió en: International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 11 de diciembre de 2013, caso CIADI No. ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula and Others v. Romania* (I).

15. European Commission, Decision (EU) 2015/1470, of March 30, 2015, on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN), *Implemented by Romania – Arbitral award Micula v Romania*, 11 December 2013.

Así, tratándose de una ayuda estatal prohibida por la normativa europea, Rumania tenía la obligación de recuperar la suma que transfirió como pago de la indemnización decretada por el tribunal de arbitramento.¹⁶

Consecuentemente, si actualmente un Estado miembro decide ejecutar una decisión proferida por un tribunal internacional de inversión, se expone a que la Comisión inicie en su contra un caso de infracción. Por ello, pero principalmente por la decisión del TJCE en *Achmea*, el futuro del arbitraje intracomunitario se encuentra en entredicho. Prueba de ello es que mediante un tratado multilateral (el Acuerdo) veintitrés Estados miembros de la UE acordaron dar por terminados los AI que estaban vigentes entre ellos.¹⁷ Una vez el Acuerdo entre en vigor, los AI intra-EU bilaterales que en él se enuncian quedarán rescindidos.¹⁸ La terminación incluye las llamadas cláusulas de supervivencia¹⁹ con respecto a las cuales el Acuerdo contempla dos situaciones.²⁰ Por un lado, los efectos

16. Sin embargo, en una decisión a la que se le interpuso un recurso de casación, cuya resolución seguía pendiente al momento de escribir este ensayo, el TJUE absolvió a Rumania al considerar que la indemnización pagada por el Estado a los inversionistas suecos buscaba resarcir una acción indebida que tuvo lugar antes de que Rumania se adhiera a la UE. Por consiguiente, Rumania no estaba obligada por las disciplinas que el derecho de la Unión impone a sus miembros en materia de ayudas estatales. Véase: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del 18 de junio de 2019, caso T-624/15, *European Food y otros v. Comisión*.

17. European Commission, *Agreement for the termination of intra-EU bilateral investment treaties* (suscrito el 5 de mayo de 2020), disponible en https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.

18. *Ibid.*, Art. 2 (1).

19. En virtud de este tipo de cláusulas, los AI denunciados por una parte continuarán, durante un lapso determinando, produciendo efectos jurídicos con posterioridad a su terminación. Véase: N. Bernasconi-Osterwalder, S. Brewin, S. Nikiema, *Terminating a Bilateral Investment Treaty*, Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2020, p. 4.

20. *Agreement for the termination of intra-EU bilateral investment treaties*, cit., Arts. 2 (2) y 3.

de la rescisión se extienden a las cláusulas de supervivencia contenidas en los tratados que estaban vigentes. Por el otro, si un All ya había sido terminado con anterioridad, pero sus efectos se mantenían como resultado de la cláusula de supervivencia, dicha cláusula no continuará generando efectos. Esta rescisión masiva significa que las cláusulas de SDIE contenidas en los All que sean objeto de la terminación ya no podrán servir como base legal para iniciar nuevos procedimientos de arbitraje.²¹ No obstante, el Acuerdo no afecta a aquellos procedimientos ya concluidos, ni a los arreglos amigables celebrados entre inversionistas reclamantes y Estados demandados para ponerle fin a controversias de carácter intracomunitario.²²

En lo que concierne a los procedimientos arbitrales en curso, el Acuerdo contempla que los Estados suscribientes deberán informar a los tribunales que conocen de tales litigios, así como a los tribunales nacionales encargados de ejecutar los laudos, que las cláusulas de SDIE son contrarias al derecho de la Unión y, por consiguiente, no deben ser aplicadas.²³ Si bien este Acuerdo parece haber zanjado la problemática asociada con el arbitraje intracomunitario, en la práctica esto no es así por las siguientes tres razones. Primero, no todos los miembros de la UE que en la actualidad se encuentran obligados por All intra-EU que contienen cláusulas de SDIE suscribieron el Acuerdo.²⁴ Segundo, el Acuerdo se circunscribe a la rescisión de los All con carácter bilateral, razón

21. Ibid., Art. 5.

22. Ibid., Art. 6.

23. Ibid., Art. 7.

24. Estados miembros como Austria, Finlandia o Suecia no firmaron el Acuerdo.

por la que no evitará que continúen entablándose demandas con fundamento en instrumentos multilaterales como el TCE. Sobre este particular, el Consejo de la UE confirió a la Comisión Europea un mandato para que adelante la modernización del TCE, impartándole directrices sobre cómo deberá conducir esta negociación.²⁵ No obstante, al momento de escribir este texto, el proceso de reforma del TCE sigue sin cristalizarse.²⁶ Ante este panorama, si los Estados miembros de la UE optaran por denunciar unilateralmente el TCE, seguirían expuestos a demandas de inversión como resultado de la cláusula de supervivencia que está estipulada en dicho tratado.²⁷

Por otro lado, algunas de las Partes Contratantes del TCE que comparten membresía en la UE podrían celebrar otro tratado con efecto *inter-partes* con el fin de modificarlo, en los términos del Artículo 41 de la CVDT. Sin embargo, una modificación de este tipo podría tildarse de incompatible con el objeto y fin del TCE, e incluso podría argüirse que lesionaría los derechos de las Partes Contratantes de este instrumento internacional que no pertenecen a la UE.²⁸ Tercero, los tribunales internacionales de arbitraje se

25. Consejo de la Unión Europea, 2 de julio de 2019, *Directrices de negociación para la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía - Adopción*, Bruselas, (OR. en) 10745/19 ADD 1.

26. Véase: T. Voon, *Modernizing the Energy Charter Treaty: What about termination?*, in *Investment Treaty News (International Institute for Sustainable Development)*, 2019. Disponible en: <https://cf.iisd.net/itn/2019/10/02/modernizing-the-energy-charter-treaty-what-about-termination-tania-voon/>.

27. Tratado sobre la Carta de la Energía, (TCE), cit., Art. 47 (3).

28. *Ibid.*, Art. 46. El razonamiento de algunos tribunales de arbitraje internacional deja dudas sobre si el TCE podría ser modificado mediante un acuerdo *inter-partes* celebrado únicamente por Estados miembros de la UE. Por ejemplo, un tribunal encontró que el Artículo 16 del TCE prohíbe a las Partes Contratantes firmar un acuerdo internacional posterior cuyas condiciones deroguen derechos más favorables para los inversionistas previstos en el TCE, como la posibilidad de

han mostrado renuentes a aceptar que los efectos de *Achmea* se extienden al ámbito de sus competencias.²⁹ Por tales motivos, puede afirmarse que la problemática del arbitraje intracomunitario todavía dista de encontrar una solución definitiva.

2. Achmea

En ejercicio de la competencia exclusiva que sus Estados miembros le delegaron en temas de política comercial, la UE ha celebrado acuerdos de libre comercio que incluyen capítulos de inversión que, a su vez, instituyen mecanismos de SDIE.³⁰ Recientemente, el TJUE reiteró que la facultad que detenta la UE para celebrar tratados internacionales en áreas que son de su exclusiva competencia comprende la posibilidad de crear sistemas de adjudicación que permitan la interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en tales instrumentos.³¹ No obstante, el TJUE también manifestó que los límites de dicha facultad están determinados por la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, así como por el reparto de competencias entre las distintas instituciones de la UE y los Estados miembros con el fin de preservar

demandar a los Estados en sede de arbitraje de inversión. Véase: International Centre for Settlement of Investment Disputes, decisión de 31 de agosto de 2018, caso CIADI No ARB/12/12, *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany*, para. 219.

29. Véase, e.g.: International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 31 de mayo de 2019, caso CIADI No. ARB/15/15, *9REN Holding S.à.r.l. v. Reino de España* para. 173.

30. Véase: C. Titi, *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*, in *European Journal of International Law*, 2015, p. 639 et seq.

31. Véanse: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, para. 182; y Dictamen 1/17 de 16 de mayo de 2017, EU:C:2019:341, para. 106.

dicha autonomía.³² Para comprender mejor el alcance de dicho postulado, es necesario describir las características esenciales del derecho de la Unión, así como algunos de sus principios fundantes.

La UE está dotada de una estructura constitucional como resultado de los rasgos característicos del derecho que rige su funcionamiento. Ciertamente, el derecho de la Unión se caracteriza por proceder de una fuente autónoma (los tratados de la UE), tener primacía sobre el derecho interno de los Estados miembros, y generar un efecto directo sobre estos Estados y sus nacionales.³³ Además, el derecho de la Unión encuentra sustento en una serie de principios que sus Estados Miembros se han comprometido a respetar. Entre ellos están la confianza mutua y la cooperación leal, que se refieren a la creencia que tiene todo Miembro con respecto a que los demás están comprometidos con aplicar y respetar el derecho de la UE, así como los valores comunes que orientan su funcionamiento.³⁴

Para preservar las características esenciales y los principios fundantes del derecho de la Unión, los Tratados de la UE crearon un reparto de competencias enmarcado dentro de un sistema jurídico concebido para garantizar su propia autonomía. El TJUE es el órgano jurisdiccional parte de dicho sistema encargado de asegurar la autonomía del derecho de la Unión. En particular, porque tiene la competencia exclusiva de emitir dictámenes prejudiciales sobre la interpretación del derecho de la Unión, así como respecto a la validez e interpretación de los actos adoptados

32. Dictamen 2/13, cit., para. 183.

33. Dictamen 2/13, cit., para. 158; y dictamen 1/17, cit., paras 109 y 110.

34. Dictamen 2/13, cit., para. 191; y dictamen 1/17, cit., para. 128.

por las instituciones de la UE.³⁵ Para tal efecto, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros integrados en el sistema jurídico de la Unión pueden formular solicitudes de interpretación prejudicial al TJUE, entablando así un diálogo judicial con el TJUE para darle coherencia y unidad a la interpretación del derecho de la Unión, lo que garantiza su eficacia y autonomía.³⁶

En virtud de lo anterior, un mecanismo de SDIE será compatible con el derecho de la Unión cuando no deje en entredicho su autonomía. Para que ello sea así, es indispensable que los tribunales internacionales de arbitramento no tengan la posibilidad de interpretar o aplicar el derecho de la Unión. Solo así se garantiza que, con ocasión de la adjudicación de litigios entre inversionistas y la UE, o entre aquellos y los Estados miembros, no se desvirtúe la atribución de competencias propia del sistema jurisdiccional de la UE. Especialmente, la competencia exclusiva detentada por el TJUE para tramitar solicitudes de interpretación prejudicial remitidas por los órganos jurisdiccionales nacionales integrados a dicho sistema. Así lo expuso el propio TJUE al examinar la conformidad del mecanismo de SDIE creado mediante el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE (CETA) con el derecho de la Unión.³⁷

En la mayoría de AII, los Estados prestan el consentimiento para arbitrar las disputas ante tribunales *ad hoc*. Por su parte, el CETA contempla un tribunal permanente para dirimir controversias sobre

35. Véase: Tratado de Lisboa, cit., Arts. 267 y Art. 344. Véanse también: Dictamen 2/13, cit., paras 174-176 y 246; y dictamen 1/17, cit., para. 111.

36. Dictamen 2/13, cit., para. 176.

37. Dictamen 1/17, cit., paras 107-108 y 118-119.

inversiones.³⁸ Con el objetivo de determinar si el tribunal CETA podría afectar la autonomía del derecho de la Unión al decidir demandas de inversión, el TJUE verificó que aquel no tuviera la competencia de aplicar o interpretar normas jurídicas diferentes a las disposiciones sustantivas consagradas en el propio CETA.³⁹ El análisis del TJUE arrojó una respuesta positiva, ya que el mismo CETA estipula que el derecho aplicable en los procedimientos arbitrales estará compuesto por las disposiciones sustantivas del propio tratado y por el derecho internacional, mas no por el derecho interno de las partes contratantes.⁴⁰ Así, el tribunal CETA solamente quedó facultado para tener en cuenta el derecho de la Unión como un elemento de hecho en sus decisiones.⁴¹

No obstante, la compatibilidad de los mecanismos SDIE con la autonomía del derecho la Unión se torna problemática en el caso de los AI suscritos entre Estados miembros de la UE. La cuestión es que al celebrar tratados que incluyen SDIE, estos Estados eventualmente se encontrarán en la disyuntiva de tener que satisfacer simultáneamente dos tipos de obligaciones internacionales incompatibles entre sí. Por un lado, estarán obligados a acatar las decisiones proferidas en sede de arbitraje producto de demandas formuladas por inversionistas de origen intracomunitario. Del otro lado, deberán asegurarse de que su actuación no erosione la autonomía del derecho de la Unión. En

38. Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, de 14 de enero de 2017. *Diario Oficial de la Unión Europea* L11/23, Arts. 8.18. et seq.

39. Dictamen 1/17, cit., paras 120 et seq.

40. Ibid., para. 125.

41. Ibid., paras 130 y 131.

particular, la disyuntiva surgirá cuando los tribunales de arbitraje examinen el derecho de la Unión con el propósito de establecer la ocurrencia de infracciones a las disposiciones sustantivas del respectivo All. Al hacerlo, erosionarían la autonomía de este derecho por el hecho de desconocer la competencia exclusiva que el marco jurídico europeo le confiere al TJUE para asegurar que haya consistencia en la interpretación y aplicación del derecho de la Unión. Esto sería así porque, al tratarse de órganos de adjudicación ajenos a la institucionalidad creada a través de los tratados de la UE, los tribunales de arbitraje no tendrían la posibilidad de formular solicitudes de interpretación prejudicial ante el TJUE. Este es, en esencia, el problema jurídico subyacente a la cuestión *Achmea*.

En efecto, el debate en torno a *Achmea* comenzó cuando un inversionista de nacionalidad holandesa demandó en sede de arbitraje a la República Eslovaca.⁴² Cabe aclarar que tanto Holanda como Eslovaquia, signatarias del All con base en el cual el inversionista interpuso la demanda, son Estados miembros de la UE. El litigio se produjo luego de que Eslovaquia revirtiera el marco regulatorio a través del cual previamente había privatizado el mercado interno de venta de seguros de salud. Concretamente, el gobierno emitió un conjunto de actos regulatorios que les impidieron a los aseguradores privados distribuir las utilidades provenientes de sus actividades económicas.⁴³ El tribunal de arbitramento determinó que Eslovaquia era internacionalmente responsable por haber infringido varios de los estándares de

42. Permanent Court of Arbitration, laudo de 7 diciembre de 2012, caso PCA No. 2008-13, *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. The Slovak Republic (I)*, para. 1.

43. *Ibid.*, paras. 90-116.

protección a la inversión consagrados en el Tratado, razón por la cual debía compensar al inversionista.⁴⁴

Dado que la ciudad de Fráncfort del Meno había sido designada como el lugar del procedimiento arbitral, Eslovaquia solicitó, conforme al derecho alemán, que se anulara el laudo en cuestión. En este sentido, el derecho alemán admite como posible causal de anulación que el laudo resulte contrario al orden público. Por consiguiente, para Eslovaquia el laudo era incompatible con el derecho de la Unión, el cual hace parte de dicho orden público.⁴⁵ La cuestión llegó a conocimiento del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, quien le solicitó al TJUE que rindiera un dictamen en sede de interpretación prejudicial sobre la compatibilidad entre el arbitraje de inversiones intra-EU y el derecho de la Unión.⁴⁶

Al emitir el dictamen, el TJUE comprobó si, debido al mecanismo de SDIE del AIJ entre Eslovaquia y Holanda, un tribunal arbitral podría estar en posición de interpretar o aplicar el derecho de la Unión.⁴⁷ Al respecto, encontró que el Tratado establecía que, al dirimir una demanda de inversión, un tribunal debía tener en cuenta el derecho vigente de la parte contratante que fungía como demandada, así como cualquier tratado pertinente entre las partes contratantes. Dado que el derecho de la Unión forma parte del derecho vigente de Eslovaquia como estado miembro de la UE, y que tal derecho proviene de instrumentos internacionales que rigen

44. Ibid., paras. 279-281 y 286.

45. J. Pohl, *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 767 et seq.

46. Ibid., p. 771.

47. *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. The Slovak Republic (I)*, cit., para. 39.

el funcionamiento de la UE, el TJUE concluyó que las controversias de inversión incoadas en virtud del AIJ entre Eslovaquia y Holanda eventualmente podrían resultar en que un tribunal arbitral tuviera que interpretar o aplicar el derecho de la Unión. Concretamente, en lo concerniente a la libertad de establecimiento y circulación de capitales.⁴⁸

Acto seguido, el TJUE examinó si el tribunal arbitral estaría inserto dentro del sistema jurisdiccional de la UE, en tanto órgano jurisdiccional de un Estado miembro.⁴⁹ En esencia, de ello dependería de que su actuar pudieran estar sujeto al mecanismo de remisión prejudicial por el cual se asegura la autonomía del derecho de la Unión. La conclusión del TJUE fue que dicho tribunal no podía calificarse como un órgano jurisdiccional interno.⁵⁰ Pese a esto, el TJUE pasó a examinar si un laudo proferido por el tribunal de arbitramento podría ser objeto de control por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de modo que pudieran activarse los mecanismos necesarios para garantizar la autonomía del derecho de la Unión.⁵¹

El TJUE encontró que, en virtud del mecanismo de SDIE contenido en el AIJ celebrado entre Eslovaquia y Países Bajos, le correspondería a un tribunal de arbitramento determinar el lugar de su propia sede y, con ello, las leyes que regularían todo lo relacionado con el control judicial y la ejecución de sus decisiones. En este marco, el alcance del control que pudiera ser realizado

48. Ibid., para. 42.

49. Ibid., para. 43.

50. Ibid., para. 49.

51. Ibid., para. 50.

sobre sus decisiones resultaría contingente a las normas del Estado en cuyo territorio se desarrollara el procedimiento arbitral, y sujeto a las limitaciones propias de tales normas.⁵² Por consiguiente, el TJUE concluyó que el All en cuestión establecía un mecanismo para la resolución de litigios de inversión que no aseguraba que las decisiones de los tribunales arbitrales en las que se interpretara o aplicara el derecho de la Unión estuvieran sometidas a un control que garantizara plenamente la autonomía de aquel.⁵³

En suma, en respuesta a las cuestiones preliminares que le fueron planteadas, el TJUE dictaminó que un mecanismo de SDIE como el previsto en el All entre Eslovaquia y los Países Bajos vulnera la autonomía del derecho de la Unión.⁵⁴ Consecuentemente, aunque varios tribunales de arbitramento han manifestado que este dictamen no les es vinculante,⁵⁵ debe reconocerse que sí exacerba el ambiente contrario al arbitraje intracomunitario. Además, puede decirse que erige una barrera para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.⁵⁶ Efectivamente, un laudo por el cual haya sido dirimida una controversia intracomunitaria podría ser impugnado ante tribunales domésticos bajo el pretexto de que es contrario al orden público del Estado miembro dónde se pretende

52. Ibid., paras 52 y 53.

53. Ibid., paras 56-58.

54. Ibid., paras 59 y 60. Efectivamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea formuló su dictamen en términos que conducen a inferir que sus implicaciones se circunscriben al All entre Eslovaquia y Países Bajos. Al respecto, véase: Stockholm Chamber of Commerce, laudo de 16 de enero de 2019, caso SCC No. 158/2015, *CEF Energia BV v. Italian Republic*, para. 96.

55. Véase e.g.: International Centre for Settlement of Investment Disputes, decisión de mayo 7 de 2019, caso CIADI No. ARB/15/50, *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, paras 178-186.

56. Ibid., paras 231 y 232.

ejecutar, ya que el derecho de la Unión hace parte de dicho orden público.⁵⁷ En este escenario, un tribunal nacional vinculado al sistema judicial de la UE podría invocar la primacía del derecho de la Unión como justificación para no acceder a la ejecución del laudo. En esta medida, la decisión proferida en el caso *Achmea* refuerza los argumentos de la Comisión Europea para iniciar procedimientos de infracción en contra de los Estados miembros que ejecuten los laudos que han sido proferidos en contra de ellos.⁵⁸

No obstante, varios tribunales de arbitramento han manifestado recientemente que sí tienen jurisdicción para dirimir litigios intracomunitarios a pesar de las objeciones presentadas por los Estados demandados que pertenecen a la UE. De hecho, los tribunales de arbitraje internacional han desestimado sistemáticamente la posibilidad de que la decisión del TJUE en la cuestión *Achmea* tenga algún tipo de incidencia sobre su jurisdicción. Los tribunales de arbitramento sustentan su postura en razones de diversa índole. Por ejemplo, contrario a la opinión del TJUE, algunos tribunales argumentan que no existe ninguna incompatibilidad entre el derecho de la Unión y el arbitraje intracomunitario; otros aducen que el precedente de *Achmea* únicamente tiene relevancia en el contexto del All celebrado entre Eslovaquia y los Países Bajos, pero que no produce efectos en el ámbito multilateral del TCE; y un grupo adicional de tribunales simplemente considera que el derecho internacional de las

57. S. Gáspár-Szilágyi, *It Is Not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, Achmea BV*, in *European Papers*, 2018, p. 372.

58. Véase: International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 21 de enero de 2020, caso CIADI No. ARB/15/44, *Watkins Holdings S.à.r.l. and Others v. Kingdom of Spain*, para. 155.

inversiones y el derecho europeo son regímenes internacionales distintos que no se yuxtaponen sino que pueden funcionar paralelamente de forma armónica.⁵⁹

Como lo expuso el tribunal del caso *InfraRed v. España*, aunque estos antecedentes originados en el plano arbitral no sean vinculantes per se para otros tribunales, sí representan una especie de jurisprudencia constante que tiene gran valor persuasivo.⁶⁰ Esto sugiere que, difícilmente, los tribunales cambiarán su postura en relación con las objeciones jurisdiccionales que se fundamentan en la incompatibilidad del arbitraje intracomunitario con el derecho de la Unión. Consecuentemente, la decisión en *Achmea* dista de ofrecer una solución definitiva al problema del arbitraje intracomunitario. Por lo anterior, así como por el hecho de que el Acuerdo para la terminación de los AIIs bilaterales celebrados entre Estados miembros adolece de las limitaciones señaladas en la sección anterior, se colige que el arbitraje intracomunitario continuará generando controversia a corto y mediano plazo.

3. El derecho de los tratados en las decisiones arbitrales

Como se manifestó en la sección anterior, por la competencia exclusiva que le fue delegada a la UE en temas relacionados con la

59. Para un recuento de las posturas de los tribunales de arbitraje de inversión frente a *Achmea*, véase: *ibid.*, paras 207-220.

60. International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 2 de agosto de 2019, caso CIADI No. ARB/14/12, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain*, para. 260. Vale aclarar que, en el ámbito del arbitraje de inversión, los árbitros no están formalmente obligados a seguir la línea jurisprudencial de tribunales anteriores. Sin embargo, al citarse sistemáticamente unos a otros, los tribunales de inversión han creado de facto un sistema de precedente. Véase: R. Chen, *Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration*, in *Harvard Journal of International Law*, 2019, p. 47 et seq.

política comercial común, los Estados miembros aceptaron que las IED realizadas dentro del mercado común estuvieran regidas por el derecho de la Unión. No obstante, en los arbitrajes intracomunitarios puede surgir la necesidad de interpretar y aplicarlo cuando forma parte del derecho aplicable. El *quid* del asunto es que, al no estar insertos dentro del sistema judicial europeo, los tribunales de arbitraje terminarían usurpando la competencia exclusiva del TJUE para interpretar el derecho de la Unión, lo que conllevaría erosionar la autonomía de dicho derecho. Esto, a su vez, significaría ir en contra de los principios fundantes del sistema jurídico europeo, como la confianza mutua y la cooperación leal. Por lo anterior, la primera línea de defensa de los Estados Miembros que son sujetos de demandas de inversión es, por lo general, cuestionar la jurisdicción del tribunal alegando que existe una incompatibilidad insalvable entre el arbitraje intracomunitario y el derecho de la Unión.

No obstante, la objeción intracomunitaria a la jurisdicción de los tribunales de arbitraje reviste matices que se pueden identificar de acuerdo con la manera en que los Estados argumentan cuál es el motivo de tal incompatibilidad. Estas variaciones hacen que los tribunales deban recurrir a diferentes normas del Derecho de los Tratados codificadas en la CVDT. Con el fin de abordar los principales problemas jurídicos que los árbitros resuelven a partir de la aplicación de disposiciones específicas del Derecho de los Tratados, a continuación, se describen y analizan tres maneras de exponer la incompatibilidad entre el arbitraje intracomunitario y el derecho europeo.

En primer lugar, los Estados demandados aducen que en el arbitraje intracomunitario hace falta la diversidad de territorios que exige la cláusula de SDIE del TCE. Es decir, considerando que tanto el Estado de nacionalidad del inversor como el Estado anfitrión pertenecen a la UE, en caso de una controversia entre ellos no se cumple con el requisito jurisdiccional *ratione persone* contemplado por el Artículo 26 del TCE. Según dicho Artículo, pueden someterse a arbitraje las controversias entre *una* Parte Contratante y un inversor de *otra* Parte Contratante, relativas a una inversión de éste en el territorio de la primera. Segundo, encontramos el argumento de la cláusula de desconexión implícita. Este señala que, al prestar el consentimiento para arbitrar mediante la suscripción del TCE, las Partes Contratantes que a la vez tenían membresía en la UE excluyeron implícitamente al arbitraje intracomunitario del ámbito de aplicación de la cláusula de SDIE. Estas dos variaciones en la formulación de la objeción intracomunitaria conducen a la pregunta de cómo debe interpretarse la cláusula de SDIE del TCE. Para ello, los tribunales recurren a las disposiciones sobre interpretación de los tratados internacionales codificadas por los artículos 31 y 32 de la CVDT.

La tercera variable reside en la primacía de los Tratados de la UE sobre las disposiciones del TCE. Ciertamente, la autonomía del derecho de la Unión y el monopolio que el TJUE detenta al momento de interpretarlo, serían factores que excluirían la posibilidad de que tribunales de arbitraje internacional diriman controversias derivadas de las inversiones realizadas dentro del mercado común. Específicamente, el Tratado de Lisboa es el instrumento que colocó

a las inversiones en la órbita de las competencias exclusivas de la UE. Además, dicho instrumento es el fundamento de la distribución de competencias entre las distintas instituciones que están integradas al sistema judicial europeo, para asegurar la autonomía del derecho de la Unión. Considerando la contradicción existente entre el Tratado de Lisboa y el TCE, se vuelve necesario identificar cuál tendría primacía sobre el otro. Para ello, los árbitros recurren a las reglas sobre aplicación de tratados sucesivos concernientes a una misma materia, codificadas por el artículo 30 de la CVDT. A continuación, se describirá el razonamiento efectuado por los tribunales de arbitraje internacional a la luz de estas disposiciones en los litigios originados conforme al TCE.

3.1. La falta de diversidad de territorios

El argumento de la falta de diversidad de territorios gira en torno a la interpretación del Artículo 26 del TCE. Este señala que cuando surge una controversia inversionista-Estado, el primero tiene la potestad de someter la disputa a un procedimiento arbitral de carácter internacional. Para ello, el Artículo menciona que los Estados que son Parte Contratante del TCE han prestado el consentimiento incondicional para ser demandados en sede de arbitraje. El tema es que, en relación con los Estados miembros de la UE, cuando las demandas provienen de inversionistas que tienen la nacionalidad de otro Estado miembro, se excedería el alcance de las disputas cubiertas por este Artículo. Esto se debe a que el Artículo en cuestión trata sobre la solución de controversias entre *una* Parte Contratante y un inversor de *otra* Parte Contratante.

Es decir, se exige la diversidad de territorios. Sin embargo, en el arbitraje intracomunitario tanto el Estado demandado como el inversionista demandante están localizados al interior del mercado común europeo, el cual está conformado por los territorios de todos los Estados miembros. Desde esta óptica, la membresía concurrente a la UE del Estado receptor de la inversión y del Estado de la nacionalidad del inversionista implicaría que, en términos prácticos, se dé la canalización de recursos de capital hacia el territorio de la UE por alguien que también tiene asiento en este mismo territorio.⁶¹

No obstante, el Artículo 26 no dice expresamente que se encuentren excluidas del consentimiento para arbitrar las disputas originadas entre un Estado con membresía en la UE y un inversionista originario de otro Estado miembro. Es decir, el argumento de la falta de diversidad de territorios presupone darle preferencia a cierta manera de interpretar el sentido de dicha disposición. Según el Artículo 31 de la CVDT, el proceso de interpretación de los tratados internacionales se rige por una regla general que está compuesta por tres elementos principales.⁶² Estos son la redacción, el contexto y el objeto y propósito del tratado. Junto con la buena fe que funge como principio rector, cada uno de estos elementos opera simultáneamente como partes de una sola operación combinada.⁶³ De este modo, la redacción se refiere

61. Stockholm Chamber of Commerce, laudo de 12 de julio de 2016, arbitraje SCC V2013/153, *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.C. v. Reino de España*, para. 632.

62. O. Dörr, *Article 31. General Rule of Interpretation*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg: Springer, 2012, p. 521 et seq.

63. *Ibid.*, p. 523.

a que el intérprete recurra al significado ordinario de los términos incorporados al tratado, el cual no debe determinarse en abstracto sino en el contexto del tratado y con fundamento en su objeto y propósito.⁶⁴

Además, el párrafo 2 del Artículo 31 especifica que, para efectos del proceso interpretativo, el contexto comprende la totalidad del tratado, incluyendo tanto el preámbulo como los anexos. Esto quiere decir que un término o una frase del tratado no debe interpretarse aisladamente, sino en relación con la estructura del tratado en su totalidad.⁶⁵ Se trata entonces de una operación holística en la cual se tiene en cuenta el tratado en su conjunto, por lo cual el sentido o alcance de una de las disposiciones de un tratado podrá depender de otras disposiciones del mismo tratado. Además del contexto que proporciona el texto del tratado, también deberá tenerse en cuenta, en virtud del párrafo 3 del Artículo 31, todos los desarrollos posteriores a la celebración del tratado, como lo sería un acuerdo celebrado por las partes contratantes o una práctica adoptada por estas en relación con la aplicación de aquel.⁶⁶

En lo que respecta a la interpretación del Artículo 26 del TCE, con miras a precisar si este excluye al arbitraje intracomunitario producto de la falta de diversidad de territorios, resulta necesario establecer el alcance de los conceptos "Parte Contratante" y "Territorio" incorporados a dicha disposición. Apoyados en la lectura holística del TCE, los Estados demandados han intentado posicionar entre los tribunales de arbitraje una manera particular

64. Ibid., pp. 541-549.

65. Ibid., p. 549.

66. Ibid., p. 552.

de entender los mencionados conceptos. Concretamente, lo hacen recurriendo al Artículo 1 del TCE, que contiene las definiciones de algunos términos empleados en el tratado. El numeral 2 de este Artículo define a las "Partes Contratantes" como los Estados y las "Organizaciones Regionales de Integración Económica" (ORIE) que se vinculan al TCE y para quienes el tratado se encuentra en vigor. Por su parte, el numeral 3 define a las ORIE como organizaciones internacionales constituidas por Estados a las que se les transfieren competencias sobre determinadas cuestiones que, a su vez, son materia de regulación por las propias disposiciones del TCE. Además, la definición puntualiza que dentro de las competencias que se le pueden transferir a una ORIE se incluye la facultad de tomar decisiones vinculantes para todos los Estados miembros en lo concerniente a los asuntos que son regulados por el TCE. Por último, el numeral 10 señala que el ámbito territorial de una ORIE abarca los territorios de sus Estados miembros.

El *quid* del asunto es que el término Parte Contratante que se emplea para describir las controversias susceptibles de arbitraje conforme al Artículo 26 del TCE, debe entenderse a la luz de la noción de Parte Contratante proveída por el Artículo 1(2) de ese mismo instrumento, la cual, a su vez, remite a la definición de ORIE del numeral 3. Justamente, mientras que el Artículo 26 habla de controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante, cuando el Estado demandado y el Estado de nacionalidad del inversionista demandante pertenecen a una misma ORIE, ambos estarían ubicados en un único territorio: el de la ORIE en cuestión. Por consiguiente, todos los Estados que tengan

asiento en la UE estarían dentro del mismo territorio común.⁶⁷ Así, cuando estos Estados prestaron su consentimiento para arbitrar con base en el Artículo 26, lo hicieron de manera calificada, es decir, entendiendo que no se extendería a situaciones de arbitraje intracomunitario. La razón, como ya se mencionó, es que en el arbitraje intracomunitario no se satisface la exigencia consistente en que el inversor y el Estado provengan de territorios distintos, lo que es esencial para que el litigio pueda ser adjudicado conforme a la cláusula de SDIE del TCE.

De la anterior lectura del artículo 26 también se desprende que cuando los Estados miembros de la UE se constituyeron como Parte Contratante del TCE, no contemplaron la posibilidad de ser demandados por inversionistas provenientes de otros Estados miembros, pues al ser la UE una ORIE y a la vez una Parte Contratante del TCE, sus Estados miembros ya le habían transferido competencias exclusivas en todo lo relacionado con la protección y promoción de la inversión.⁶⁸ Es decir, el consentimiento para arbitrar que fue ofrecido a través del Artículo 26 por los Estados para quienes entró en vigor el TCE al tiempo que ya pertenecían a la UE, solo podía estar dirigido a los inversionistas de Estados no pertenecientes a la UE, pues en lo que corresponde al consentimiento para dirimir en sede de arbitraje futuras demandas formuladas por inversionistas comunitarios, tal facultad había sido previamente transferida a la UE.⁶⁹

67. *Vattenfall v. Alemania*, cit., paras. 169-172.

68. *Eskosol v. Italia*, cit., paras. 84 y 86.

69. *Vattenfall v. Alemania*, cit., paras. 179-180.

Sin embargo, los tribunales de inversión han manifestado consistentemente que el sentido corriente del lenguaje utilizado en los Artículos 26, 1(2), 1(3) y 1(10) del TCE no conduce a concluir que, al suscribir este instrumento internacional, la UE y sus Estados miembros, como Partes Contratantes, tuvieran la intención de excluir a las demandas intracomunitarias del consentimiento para arbitrar. Concretamente, los tribunales han manifestado que la transferencia de competencias que se señala en la definición de ORIE constituye una expresión genérica que carece de un significado especial acordado entre los suscribientes del TCE. Es decir, no es inherente al sentido corriente de la expresión "transferencia de competencias" el que los Estados tuvieran la intención de excluir a las demandas intracomunitarias de su consentimiento para arbitrar. Para que ello fuera así, habría sido necesario que, en algún aparte del texto, se le atribuyera un significado especial a la expresión, especificando que, en lo concerniente a la UE, esta aludía a las competencias exclusivas que le fueron transferidas a esta por sus miembros en el marco de la creación de una política comercial común.⁷⁰

Además, varios tribunales han encontrado que el hecho que el territorio de una "ORIE" comprenda los territorios de los Estados que la conforman, no significa que cada uno de ellos carezca de un territorio propio en el sentido del TCE.⁷¹ Como lo manifestó el tribunal en el caso *InfraRed v. España*, el término "Área" para efectos del TCE tiene dos acepciones: con relación a los Estados que son

70. Véase: *Eskosol v. Italia*, cit., paras. 87-88.

71. *Isolux v. España*, cit., para. 634.

Parte Contratante, significa el territorio sobre el cual estos ejercen soberanía; mientras que para una ORIE que también sea Parte Contratante, significa la suma de los territorios bajo soberanía de los Estados que conforman tal entidad.⁷² Como estas dos acepciones no son mutuamente excluyentes, manifestó el tribunal, el sentido corriente de la expresión "Área" no conduce por sí solo a eliminar el elemento de extranjería cuando se está en presencia de arbitrajes intracomunitarios.⁷³

Por lo anterior, una Parte Contratante del TCE que pertenezca a una ORIE que asimismo sea Parte Contratante, no dejará de tener un territorio propio para efectos de atribuirles la nacionalidad a los inversionistas localizados en él y, por consiguiente, la condición de extranjería con respecto a otro Estado, miembro también de la ORIE, contra el cual se interpone la demanda. Llevado al contexto del arbitraje intracomunitario, lo anterior significa que nada en el texto del TCE permite inferir que un inversionista proveniente de un Estado miembro de la UE pierde por ese solo hecho la nacionalidad de dicho Estado para efectos de establecer su procedencia territorial, así como la condición de extranjero con respecto al Estado receptor sujeto de una eventual demanda.⁷⁴ En síntesis, aunque la UE es miembro del TCE, los Estados que la componen no han dejado de serlo también, de manera que todos

72. *InfraRed v. España*, cit., para 263.

73. *Ibid.*

74. *Vattenfall v. Alemania*, cit., para. 181.

tienen legitimación procesal por pasiva para ser demandados en litigios originados en el TCE.⁷⁵

3.2. La cláusula de desconexión implícita

Otra variable del porqué debe entenderse que el arbitraje intracomunitario no está contemplado por el supuesto del Artículo 26, es que el TCE fue negociado en un contexto histórico en el que el objetivo primordial era incentivar la canalización de recursos hacia el sector energético de las economías en transición. La idea era entonces que el TCE generara efectos fuera del mercado común de la UE, no dentro de él.⁷⁶ Por este motivo, el consentimiento para arbitrar prestado por los Estados miembros de la UE contempla como única opción viable la adjudicación de controversias que se originen entre sus inversores y los gobiernos de las economías en transición; mas no que sean sus propios inversores quienes puedan demandar a otros Estados miembros.

En esencia, lo que este argumento plantea es que el TCE contempla una cláusula de desconexión relativa al arbitraje intracomunitario. En el contexto del derecho comunitario europeo, las cláusulas de desconexión son aquellas por las que las partes de un tratado multilateral que al mismo tiempo tienen membresía en la UE modifican, en los términos que sean acordados, el efecto de

75. Stockholm Chamber of Commerce, laudo de 21 de enero de 2016, caso SCC V 062/2012, *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Reino de España*, para. 429.

76. International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 4 de mayo de 2017, caso CIADI No. ARB/13/36, *Eiser infrastructure limited y Energia solar Luxembourg S.à.r.l. v. Reino de España*, para. 205.

aquel en sus relaciones jurídicas *inter-partes*.⁷⁷ De este modo, esta cláusula les permite a los Estados Miembros focalizar la aplicación de los compromisos internacionales adquiridos mediante el tratado a sus relaciones extracomunitarias. El problema es que nada en el texto del TCE excluye inequívocamente al arbitraje internacional de inversión del ámbito de las relaciones jurídicas intracomunitarias.⁷⁸ Al respecto, la explicación de varios Estados es que la cláusula de desconexión está implícita en el texto del TCE.⁷⁹ Como se verá más adelante, el argumento guarda relación con la historia y circunstancias de celebración del TCE. Aunque varios tribunales descartan *in limine* la posibilidad de que el TCE contenga una cláusula de desconexión implícita, al considerar que este tipo de cláusulas debe estipularse de manera expresa,⁸⁰ otros despliegan un análisis más detallado para refutar el argumento. Para ello, recurren al Artículo 32 de la CVDT sobre el uso de medios complementarios en el proceso interpretativo.

Este Artículo dispone que son medios de interpretación complementarios, en particular, los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración.⁸¹ No obstante, el

77. *Watkins v. España*, cit., para. 197.

78. International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 27 de diciembre de 2016, caso CIADI ARB/14/3, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, para. 280.

79. Stockholm Chamber of Commerce, laudo de febrero 15 de 2018, caso SCC No. 2015/063, *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, para. 429.

80. International Centre for Settlement of Investment Disputes, decisión de 6 de junio de 2016, caso CIADI No. ARB/13/30, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, para. 85.

81. O. Dörr, *Article 32. "Supplementary Means of Interpretation"*, in O. Dörr, K. Schmalenbach, (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg: Springer, 2012, p. 571 et seq.

empleo de tales medios complementarios se establece en relación con la regla general de interpretación. Específicamente, se acude a ellos solamente después de que la aplicación de la regla general ha sido infructuosa.⁸² De ahí que el peso que se le debe asignar a estos materiales sea meramente subsidiario. Así, al examinar el argumento de que el contexto en el que se negoció el TCE da cuenta de que los Estados miembros de la UE concibieron la cláusula de SDIE exclusivamente como un remedio para proteger a sus inversionistas que invirtieran por fuera del mercado común, los árbitros han reiterado que los medios complementarios no son materiales autónomos que operen independientemente de la regla general de interpretación. Por ejemplo, en *Eskosol v. Italia*, el tribunal manifestó que la interpretación del Artículo 26 conforme a la regla general no conduce a un resultado absurdo o irrazonable que amerite el empleo de los medios complementarios.⁸³ El tribunal también manifestó que, aun asumiendo que el sentido corriente de los términos empleados en dicho Artículo fuera ambiguo u oscuro, no podría concluirse que, por el solo hecho de haber incluido a las economías en transición en la red de relaciones jurídicas reguladas por el TCE, las Partes Contratantes que eran miembros de la UE tuvieran la intención implícita de circunscribir la posibilidad de iniciar acciones legales conforme al TCE al ámbito de los Estados no miembros.⁸⁴

Por otro lado, una revisión de los trabajos preparatorios del TCE arroja que, en un principio, la UE presionó durante las negociaciones

82. Ibid., p. 571.

83. *Eskosol v. Italia*, cit., para. 103.

84. Ibid., paras 103-107.

para que se incluyera una cláusula de desconexión para sustraer a las relaciones intracomunitarias del ámbito de aplicación del tratado.⁸⁵ De haberse mantenido dicha cláusula, las disposiciones del TCE serían inaplicables a las inversiones que se realizan al interior del mercado común. Sin embargo, la UE renunció finalmente a que tal cláusula fuera incluida en el texto final del tratado. Así, lo único que se deduce de los trabajos preparatorios del TCE es que tanto la UE como sus miembros aceptaron conscientemente el riesgo de que las acciones legales con fundamento en el Artículo 26 se extendieran al ámbito de las relaciones intracomunitarias.⁸⁶

3.3. La primacía del Tratado de Lisboa

De acuerdo con la interpretación que la Comisión Europea hace del Artículo 351 del Tratado de Lisboa, los Tratados de la UE han sido concebidos para tener primacía, en los asuntos regulados por ellos, sobre otros tratados internacionales que hayan sido igualmente celebrados por Estados miembros, bien sea con anterioridad o posterioridad a su ingreso a la UE.⁸⁷ En la parte introductoria de este texto se mencionó que, luego de la ampliación de la política comercial común, todo lo relacionado con las IED pasó a ser competencia exclusiva de la UE y, con ello, materia reglada por el derecho de la Unión. Además, como se expuso en la segunda parte, en la cuestión *Achmea* se dictaminó que el arbitraje intracomunitario es incompatible con la autonomía de dicho derecho. Visto desde

85. Véase: J. Basedow, *The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration*, in *Journal of International Economic Law*, 2020, p. 271-289.

86. *Ibid.*, p. 290. Véase también: *InfraRed v. España*, cit., para. 271.

87. *Eskosol v. Italia*, cit., para. 132.

este ángulo, hay un conflicto entre el Tratado de Lisboa y aquellos All que, tal como lo hace el TCE, hacen posible arbitrar litigios de inversión de carácter intracomunitario. Consecuentemente, otro de los argumentos que los Estados miembros de la UE utilizan reiteradamente para objetar la jurisdicción de los tribunales cuando son demandados por inversionistas de otros Estados miembros con base en la cláusula de SDIE del TCE, es precisamente el de la primacía del Tratado de Lisboa.

Por ejemplo, en una controversia reciente fruto de la demanda de un inversionista luxemburgués, el Estado español objetó la jurisdicción del tribunal alegando, entre otras razones, que tanto España como Luxemburgo eran parte de la UE cuando entró en vigor el TCE y, por lo tanto, le habían transferido a aquella competencias exclusivas en lo relacionado con la regulación del mercado energético.⁸⁸ Así, como Estados miembros de la UE, España y Luxemburgo no podían adquirir compromisos concernientes a dicha área de regulación entre ellos mismos, ya que la normativa europea prevalece sobre el TCE, especialmente en lo tocante a la resolución de conflictos inversionista-Estado.⁸⁹ Seguidamente, España agregó que conferirles competencias a tribunales internacional de arbitraje para decidir sobre asuntos reglados por el derecho de la Unión en litigios surgidos entre actores que comparten asiento en el espacio regulatorio europeo, conlleva interferir con las competencias de las autoridades

88. *Watkins v. España*, cit., para. 144.

89. *Ibid.*

integradas al sistema judicial europeo, las cuales tienen a su cargo la interpretación del derecho de la Unión.⁹⁰

En situaciones en que los Estados están jurídicamente vinculados por diferentes tratados vigentes que versan sobre la misma materia, pero que fueron celebrados en momentos distintos, adquiere importancia el Artículo 30 de la CVDT. Ciertamente, es una realidad que en distintos contextos regulados por el derecho internacional público existe una acumulación de normas convencionales.⁹¹ Como en el derecho internacional público la función legislativa no se encuentra centralizada, es apenas normal que surjan obligaciones mutuamente excluyentes entre las partes contratantes de distintos tratados. Esta falta de articulación evidencia los problemas de fragmentación del derecho internacional que, irremediamente, se extienden al ámbito del funcionamiento de las organizaciones internacionales.⁹² En efecto, la problemática correspondiente al arbitraje intracomunitario existe por la incompatibilidad entre las obligaciones inherentes a la membresía a la UE y aquellas que son producto de la celebración de All por parte de sus Estados miembros. En contextos como este, el Artículo 30 de la CVDT orienta el análisis de cuál de las normas convencionales en conflicto deberá prevalecer, y la suerte que correrán aquellas que le sean contradictorias.⁹³

90. Ibid., paras 145-146.

91. A. López, *Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Análisis del artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados*, in *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2017, p. 51 et seq.

92. K. Odendahl, *Article 30. Application of Successive Treaties Relating to the Same Subject Matter*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg: Springer, 2012, p. 505 et seq.

93. A. López, *Aplicación de tratados sucesivos*, cit., p. 54.

Para que entre a operar el Artículo 30 se requiere de una pluralidad de tratados que estipulen obligaciones sobre una misma materia y que sean sucesivos, es decir, que hayan sido concluidos en distintos momentos de manera que pueda establecerse la relación de anterioridad/posterioridad de uno con respecto de otro.⁹⁴ Para determinar cuál es el tratado anterior y cuál el posterior, generalmente se toma como fecha decisiva el momento de adopción de los correspondientes tratados, pues es allí cuando queda plasmada la intención legislativa de las partes contratantes.⁹⁵ Aunque, ciertamente, solo podrá hablarse de que existe un conflicto en sentido concreto cuando los tratados hayan entrado en vigor.⁹⁶ Por otro lado, se dice que los tratados conciernen a la misma materia cuando el cumplimiento o aplicación simultánea de las obligaciones que se desprenden de cada uno de ellos conduce a resultados incompatibles, de modo que no sea posible cumplir una obligación sin infringir las otras.⁹⁷

El Artículo 30 tiene una estructura lógica.⁹⁸ El segundo párrafo se refiere a las llamadas cláusulas de relación o conflicto contenidas en algunos tratados internacionales. Estas establecen expresamente la manera en que un tratado interactúa con otros. Por ejemplo, estipulando que el tratado se encuentra subordinado a otro, de manera que, en caso de conflicto, primarán las disposiciones del tratado al que se hace reenvío; o estipulando la ausencia de

94. Ibid., p. 57

95. K. Odendahl, *Article 30. Application of Successive*, cit., p. 509.

96. A. López, *Aplicación de tratados sucesivos*, cit., p. 58.

97. Ibid., p. 62.

98. K. Odendahl, *Article 30. Application of Successive*, cit., p. 506.

conflicto entre las disposiciones de los distintos tratados, de modo que sus obligaciones serán compatibles entre sí.⁹⁹ En todo caso, este tipo de cláusulas expresamente consignadas en los tratados tienen prevalencia frente a las reglas de conflicto codificadas en los párrafos tercero y cuarto del Artículo 30. Es decir, estas últimas tienen un carácter residual.

En el párrafo tercero se regula lo relacionado con el conflicto entre tratados sucesivos cuando entre ellos hay identidad de partes contratantes. Sin embargo, si se infiere de la celebración del tratado posterior que las partes contratantes tuvieron la intención de rescindir el tratado anterior o suspender su aplicación, no existiría un conflicto entre tratados propiamente tal, pues este último ya no estaría en vigor o sería improcedente su aplicación.¹⁰⁰ Pero cuando la sucesión entre tratados sobre una misma materia se presenta en pleno, puesto que nada en el nuevo tratado sugiere que las partes hayan querido ponerle fin al primero, el conflicto se resolverá mediante la máxima *lex posterior derogat priori*. Es decir, se reconocerá la primacía del tratado posterior como reflejo de la nueva intención legislativa de las partes contratantes, al tiempo que operará una presunción objetiva de divisibilidad con respecto al tratado anterior,¹⁰¹ la cual permitirá aplicar sus disposiciones únicamente en cuanto no sean incompatibles con las disposiciones del tratado posterior.

99. A. López, *Aplicación de tratados sucesivos*, cit., p. 69.

100. Acerca de la terminación o suspensión implícita de un tratado producto de la celebración de un tratado posterior, véase: Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, cit., Art. 59.

101. A. López, *Aplicación de tratados sucesivos*, cit., p. 76.

Por el contrario, cuando no existe identidad de partes contratantes, el conflicto se resolverá por conducto del párrafo cuarto, el cual establece dos tipos de relaciones. Por un lado, las relaciones entre los Estados que sean partes en ambos tratados se regirán por la regla del párrafo 3. Del otro lado, las relaciones entre un Estado que sea parte de los dos tratados y otro Estado que solo lo sea en uno de ellos, se rigen por el tratado en el que ambos Estados son partes. Así, se asegura que las partes del tratado posterior no priven a las demás partes en el tratado anterior, sin su consentimiento, de los derechos que les corresponden en virtud de dicho instrumento.¹⁰²

Ala luz de lo anterior, al momento de examinar la incompatibilidad o contradicción entre el TCE y el Tratado de Lisboa, los tribunales de arbitraje de inversión comienzan su análisis verificando que sí se satisfagan los supuestos que hacen aplicable al Artículo 30. Es decir, que se esté en presencia de tratados sucesivos y concernientes a una misma materia. Respecto a lo primero, para los Tribunales no ha sido claro que el Tratado de Lisboa realmente sea el tratado posterior en el sentido del Artículo 30, motivo por el cual sus disposiciones tendrían primacía, como *lex posterior*, sobre las del TCE. Ciertamente, el TCE se adoptó en 1994 y entró en vigor en 1998, mientras que el Tratado de Lisboa se adoptó en 2007 y entró en vigor en el 2009. Sin embargo, este Tratado es en realidad una modificación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma), firmado en 1957, y del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht)

102. Ibid., p. 77.

firmado en 1992.¹⁰³ Consecuentemente, varias de las disposiciones del actual Tratado de Lisboa que resultan incompatibles con el Artículo 26 del TCE, ya existían como disposiciones consagradas en los tratados de Roma y Maastricht respectivamente. Es decir, antes de la adopción del TCE.¹⁰⁴

Los tribunales de arbitraje tampoco han aceptado la tesis que el Tratado de Lisboa y el TCE conciernan a una misma materia. Al respecto, algunos han observado llanamente que el Artículo 344 del Tratado de Lisboa, en dónde se prohíbe someter controversias relativas a la interpretación o aplicación del derecho de la Unión a métodos de solución de controversias ajenos al sistema judicial de la UE, se refiere concretamente a controversias entre Estados y no a demandas formuladas directamente por inversionistas en contra de aquellos, como es el caso del Artículo 26 del TCE.¹⁰⁵ Por lo tanto, no existiría conflicto alguno entre ambas disposiciones, ya que conciernen a materias distintas. Por su parte, otros tribunales han llegado a la misma conclusión mediante un análisis más sofisticado.

Por ejemplo, para el tribunal del caso *Eskosol v. Italia* la cuestión de la coincidencia de objeto material entre dos tratados no debe desligarse de la idea de régimen internacional. Esto es, en palabras del tribunal, el vínculo institucional que existe entre varios tratados y que gira en torno a la intención de las partes contratantes de

103. Para una explicación acerca del nexo existente entre el Tratado de Lisboa y los demás Tratados de la UE, véase: International Centre for Settlement of Investment Disputes, decisión de 30 de noviembre de 2012, caso CIADI No. ARB/07/19, *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, p. 24.

104. *Vattenfall v. Alemania*, cit., para. 218.

105. International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 2 de diciembre de 2019, caso CIADI No. ARB/15/1, *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*, para. 135.

concertar esfuerzos para así lograr objetivos comunes.¹⁰⁶ Bajo esta perspectiva, a juicio del tribunal, los Tratados de la UE son entre sí tratados sucesivos sobre una misma materia porque todos fueron concebidos en un mismo contexto institucional para facilitar el surgimiento y consolidación del mercado común europeo.¹⁰⁷ Sin embargo, no podría decirse lo mismo con respecto al TCE, pues si bien este busca promover la cooperación en el sector económico de la energía, corresponde, en tanto iniciativa de integración, a un contexto institucional distinto al de los Tratados de la UE. Considerando que los Tratados de la UE y el TCE se ubican en regímenes internacionales distintos, no conciernen a la misma materia.

No obstante, a juzgar por el razonamiento jurídico de los tribunales, el mayor obstáculo para la primacía del Tratado de Lisboa es que el TCE contiene una cláusula que le da prioridad a este último en ciertos contextos. Se trata del numeral 2 del Artículo 16, el cual estipula que nada de lo dispuesto en un tratado posterior firmado por dos o más Partes Contratantes dejará sin efecto las disposiciones del TCE que establecen protecciones sustantivas a la inversión, así como el derecho de los inversionistas de exigir la solución de controversias mediante arbitraje, si tales disposiciones son más favorables para los inversores o la inversión.

Sobre el particular, el tribunal del caso *Vattenfall v. Alemania* reiteró que la regla de *lex posterior* codificada por el Artículo 30 de la CVDT es de carácter subsidiario, de modo que cuando un

106. *Eskosol v. Italia*, cit., paras 143-146.

107. *Ibid.*, para. 146.

tratado incorpora disposiciones específicas sobre cómo es su relación con otros tratados, estas son las que prevalecen como *lex specialis*.¹⁰⁸ Así, para este tribunal, el Artículo 16 plantea un obstáculo insuperable para la primacía del Tratado de Lisboa sobre el TCE, pues la facultad de recurrir al arbitraje para solucionar disputas con Estados Miembros confiere a los inversionistas una prerrogativa que no encuentran en el Tratado de Lisboa.¹⁰⁹ Por consiguiente, incluso si se aceptara que el TCE y el Tratado de Lisboa son tratados sucesivos sobre una misma materia cuya aplicación genera resultados contradictorios, dicho conflicto debe resolverse a la luz del Artículo 16 del TCE y no con fundamento en las reglas residuales de los párrafos 3 y 4 del Artículo 30 de la CVDT.¹¹⁰ Al respecto, el sentido corriente de la expresión “más favorable” resulta claro, de modo que si bajo el Artículo 26 del TCE el inversor tiene el beneficio de acudir al arbitraje internacional para resolver disputas con los Estados, esta disposición tendrá primacía por ser la más favorable.¹¹¹

Consideraciones finales

El arbitraje intracomunitario proporciona un laboratorio ideal para el estudio de un cúmulo de cuestiones fundamentales de derecho internacional público. Solo por mencionar algunos ejemplos, en él se ven operar los conflictos entre distintos regímenes internacionales que evidencian el carácter fragmentado del

108. *Vattenfall v. Alemania*, cit., para. 217.

109. *Ibid.*, para. 229.

110. *Stadtwerke München v. Alemania*, cit., para. 145.

111. *Eskosol v. Italia*, cit., para. 100.

derecho internacional. En él también tiene ocurrencia el fenómeno de la indeterminación del derecho, ya que es notoria la manera en que los diferentes actores involucrados (estados, inversionistas, árbitros) articulan argumentos jurídicos opuestos, que son el reflejo de sus respectivos intereses políticos, valiéndose de la aparente ambigüedad de ciertas expresiones contenidas en las normas jurídicas relevantes. Visto de esta manera, la problemática del arbitraje intracomunitario resulta ser un recurso útil para la enseñanza del derecho internacional. Por consiguiente, además de explicar los principales problemas jurídicos que subyacen al arbitraje intracomunitario, este artículo buscaba presentar de una manera más concreta la utilidad que este reviste como estudio de caso. Para ello, el artículo se concentró en cómo han sido empleadas algunas normas del Derecho de los Tratados al examinar las distintas maneras de plantear la incompatibilidad entre el derecho de la UE y el arbitraje intracomunitario como una objeción a la jurisdicción de los tribunales. En particular, se analizó el uso que, en este contexto, se hace de las disposiciones sobre interpretación de los tratados internacionales y los conflictos entre ellos.

En este sentido, la principal conclusión que arroja el artículo es que no obstante la constante objeción de los Estados Miembros de la UE demandados en sede de arbitraje, así como de la Comisión Europea, los tribunales de arbitraje internacional han mantenido con vida al arbitraje intracomunitario a través de sus decisiones. De cara al futuro, es importante resaltar que los Estados Miembros de la UE están dando pasos más allá de la esfera de influencia

de las controversias de inversión con miras a encontrar una solución al problema del arbitraje intracomunitario. El Acuerdo multilateral que rescindió varios de los All intra-EU de tipo bilateral ejemplifica esta clase de iniciativas. Al mismo tiempo, algunos órganos que están ubicados dentro de la institucionalidad de la UE han adoptado posturas adversas al arbitraje intracomunitario, como la decisión del TJUE en el caso *Achmea* o los procedimientos de infracción iniciados por la Comisión Europea en contra de los Estados Miembros que han ejecutado laudos arbitrales que dirimen controversias intracomunitarias. Sin embargo, mientras que los Estados Miembros de la UE no logren la terminación definitiva o una reforma estructural del TCE, seguirán siendo blanco de demandas incoadas por inversionistas intracomunitarios. En este escenario, el Derecho de los Tratados continuará proporcionando contraargumentos a la tesis de la exclusión del arbitraje intracomunitario del ámbito del TCE, o de la primacía del Tratado de Lisboa sobre aquel.

Referencias bibliográficas

Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, de 14 de enero de 2017. *Diario Oficial de la Unión Europea* L11/23.

A. López, *Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Análisis del artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados*, in *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2017.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, vigente desde el 27 de enero de 1980.

Corte Internacional de Justicia, sentencia de 31 de marzo de 2004, *Avena y otros nacionales mexicanos v. Estados Unidos de América*.

C. Titi, *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*, in *European Journal of International Law*, 2015.

E. De Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

European Commission, *Agreement for the termination of intra-EU bilateral investment treaties* (suscrito el 5 de mayo de 2020).

H. Lenk, L. Ronnelid, J. Dahlquist, *The Infringement Proceedings over Intra-EU Investment Treaties – An Analysis of the Case against Sweden*, in *Swedish Institute for European Policy Studies*, 2016.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, decisión de 30 de noviembre de 2012, caso CIADI No. ARB/07/19, *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, decisión de 6 de junio de 2016, caso CIADI No. ARB/13/30, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, decisión de 31 de agosto de 2018, caso CIADI No. ARB/12/12, *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany*.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, decisión de mayo 7 de 2019, caso CIADI No. ARB/15/50, *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 11 de diciembre de 2013, caso CIADI No. ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula and Others v. Romania (I)*.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 27 de diciembre de 2016, caso CIADI ARB/14/3, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 4 de mayo de 2017, caso CIADI No. ARB/13/36, *Eiser infrastructure limited y Energia solar Luxembourg S.à.r.l. v. Reino de España*.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 31 de mayo de 2019, caso CIADI No. ARB/15/15, *9REN Holding S.à.r.l. v. Reino de España*.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 2 de agosto de 2019, caso CIADI No. ARB/14/12, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain*.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 2 de diciembre de 2019, caso CIADI No. ARB/15/1, *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, laudo de 21 de enero de 2020, caso CIADI No. ARB/15/44, *Watkins Holdings S.à.r.l. and Others v. Kingdom of Spain*.

J. Basedow, *The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration*, in *Journal of International Economic Law*, 2020.

J. Pohl, *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?*, in *European Constitutional Law Review*, 2018.

K. **Odendahl**, *Article 30. Application of Successive Treaties Relating to the Same Subject Matter*, in **O. Dörr**, **K. Schmalenbach** (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg: Springer, 2012.

N. Bernasconi-Osterwalder, S. Brewin, S. Nikiema, *Terminating a Bilateral Investment Treaty*, Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2020.

O. **Dörr**, *Article 31. General Rule of Interpretation*, in **O. Dörr**, **K. Schmalenbach** (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg: Springer, 2012.

O. **Dörr**, *Article 32. "Supplementary Means of Interpretation"*, in **O. Dörr**, **K. Schmalenbach**, (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg: Springer, 2012.

Permanent Court of Arbitration, laudo de 7 diciembre de 2012, caso PCA No. 2008-13, *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. The Slovak Republic (I)*.

R. Chen, *Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration*, in *Harvard Journal of International Law*, 2019.

S. Gáspár-Szilágyi, *It Is Not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, Achmea BV*, in *European Papers*, 2018.

Stockholm Chamber of Commerce, laudo de 21 de enero de 2016, caso SCC V 062/2012, *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Reino de España*.

Stockholm Chamber of Commerce, laudo de 12 de julio de 2016, arbitraje SCC V2013/153, *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.C. v. Reino de España*.

Stockholm Chamber of Commerce, laudo de febrero 15 de 2018, caso SCC No. 2015/063, *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*.

Stockholm Chamber of Commerce, laudo de 16 de enero de 2019, caso SCC No. 158/2015, *CEF Energia BV v. Italian Republic*.

Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007. Diario Oficial de la Unión Europea C306, 17 de diciembre de 2007.

Tratado sobre la Carta de la Energía, suscrito en diciembre de 1994, vigente desde abril de 1998.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Dictamen 1/17 de 16 de mayo de 2017, EU:C:2019:341.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 6 de marzo de 2018, caso C-284/16, *República Eslovaca v. Achmea*.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 18 de junio de 2019, caso T-624/15, *European Food y otros v. Comisión*.