



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en el Ejercicio de la Abogacía

El Arbitraje Internacional y el Derecho Comunitario Europeo de las ayudas de Estado: una difícil convivencia y un futuro incierto

Trabajo fin de estudio presentado por:	Adela Martín Gadea
Tipo de trabajo:	Teórico
Área jurídica:	Derecho de arbitraje y Derecho comunitario de ayudas de Estado
Director/a:	Dr. Rolando Joaquín Ortega Hernández
Fecha:	14 de julio de 2020

Resumen

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia Achmea ha determinado que, en tanto que las partes en conflicto residan en Estados miembros, el sometimiento a un tribunal arbitral de sus controversias en materia de inversiones conculca el Derecho de la Unión Europea. Además de transgredir otros principios, las indemnizaciones que, en virtud del laudo arbitral, hubiesen de satisfacer los Estados miembros a una empresa de otro Estado miembro constituyen ayudas de Estado ilegales e incompatibles con el mercado interior.

Se analiza aquí la contradicción planteada entre los laudos arbitrales y la normativa vigente en materia de ayudas de Estado a partir de las respectivas configuraciones, la práctica decisoria de la CE y la pertinente jurisprudencia del TJUE. La vocación de este análisis es constituir un elemento más que ayude a vislumbrar la evolución de la utilización del arbitraje internacional de inversiones dentro del ámbito de la Unión Europea.

Palabras clave: Arbitraje internacional de inversiones; ayudas de Estado; laudo arbitral; incompatibilidad con el mercado interior.

Abstract

The Court of Justice of the European Union (CJEU) in its Achmea judgment has ruled that, as long as the parties to the conflict reside in Member States, the submission to an arbitral tribunal of their investment disputes violates European Union law. In addition to transgressing other principles, compensations to be paid by Member States to an undertaking of another Member State under the arbitral award constitutes unlawful State aid and incompatible with the internal market.

In this paper, the contradictions raised between the arbitral awards and the State aids rules in force are analyzed on the basis of their respective configurations, the European Commission's decision-making practice and of the relevant case law of the CJEU. The purpose of this analysis is to provide an additional element that will help to glimpse the evolution of the use of international investment arbitration within the European Union.

Key words: *International investment arbitration; State aids; arbitral award; incompatibility with the internal market.*

Índice de contenidos

Lista de abreviaturas, acrónimos y siglas	6
1. Introducción	8
1.1. Justificación del tema elegido	8
1.2. Problema y finalidad del trabajo	9
1.3. Metodología	9
1.4. Objetivos	11
1.5. Agradecimientos	11
2. Marco teórico y desarrollo	12
2.1. El arbitraje internacional de inversiones	12
2.1.1. Conceptos.....	12
2.1.2. El laudo arbitral: características y ejecutividad	16
2.1.2.1. Contenido	16
2.1.2.2. Ejecutividad	17
2.1.2.3. Excepciones al reconocimiento y la ejecución obligatorios	18
2.1.2.4. Solicitud de nulidad e imposibilidad de recurso	18
2.1.2.5. Renuncia a la acción de anulación	21
2.1.3. Razones de la aceptación del arbitraje internacional de inversiones	22
2.1.4. Instrumentos	23
2.1.4.1. Los TBI	24
2.1.5. Instituciones	26
2.1.5.1. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)	26
2.1.5.2. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).....	27

2.1.5.3.	International Chamber of Commerce International Court of Arbitration (ICC)	28
2.1.5.4.	Otras instituciones arbitrales	28
2.2.	Las ayudas de Estado	29
2.2.1.	Conceptos: el artículo 107.1 del TFUE	29
2.2.1.1.	Empresa, ventaja y ventaja selectiva	31
2.2.1.2.	Fondos estatales o atribuibles al Estado	32
2.2.1.3	Falseamiento o amenaza de falseamiento de la competencia en el mercado interior y alteración de los intercambios comerciales entre los estados miembros	33
2.2.2.	Procedimiento: El artículo 108 del TFUE.....	35
2.2.3.	Las excepciones a la prohibición y la normativa comunitaria de desarrollo	36
2.2.4.	La razón de ser de las ayudas de Estado	37
2.2.4.1.	El principio de cohesión del TFUE	38
2.2.4.2.	La competencia en igualdad de condiciones en el mercado interior	40
2.2.5.	Instituciones comunitarias competentes en materia de ayudas de Estado	41
2.2.5.1.	La Comisión Europea	41
2.2.5.2.	El Tribunal General de la Unión Europea	42
2.2.5.3.	El Tribunal de Justicia de la Unión Europea	42
2.3.	El arbitraje internacional de inversiones dentro del mercado interior	43
2.3.1.	La posición de la Comisión Europea	44
2.3.1.1.	La protección de las inversiones dentro del mercado interior.....	45
2.3.1.2.	Tratamiento de la ejecución del laudo arbitral como ayuda de Estado: la Decisión Micula	49
2.3.2.	La posición del TJUE: la sentencia Achmea y sus consecuencias	52
2.3.2.1.	Las consecuencias	53

2.3.3. Asuntos que afectan a España en el ámbito de la energía.....	55
3. Conclusiones.....	57
Referencias bibliográficas	59

Lista de abreviaturas, acrónimos y siglas

AGE	Administración General del Estado
AII	Acuerdo Internacional de Inversión
APPRI	Acuerdo de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones
CCIADI	Convenio del CIADI, dictado en Washington D.C. en 1965
CE /Comisión	Comisión Europea
CIADI/ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNY	Convenio de Nueva York
COVID-19	Enfermedad infecciosa causada por coronavirus
CPA	Cour Permanente d'Arbitrage (Corte permanente de arbitraje)
Decisión Micula	Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión de 30 de marzo de 2015 relativa al asunto Micula/Rumanía
DGCOMP	Dirección General de Competencia
e. en v.	Entrada en vigor
EM	Estado miembro
EE.MM.	Estados miembros
I+D+I	Investigación, desarrollo e innovación
ICC/CCI	International Chamber of Commerce International Court of Arbitration
ISDS	Investor-state dispute settlement (Arreglo de disputas inversor-Estado)
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje
La Carta	La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
La Comunicación	Comunicación COM(2018) 547 final de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. «Protección de la inversión intra-UE»

La Declaración	Declaración de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de 15 de enero de 2019
Ley Modelo	Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la CNUDMI
NMF (Cláusula)	Cláusula de nación más favorecida
NOA	Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01)
núm.	Número
p.	Página
pp.	Páginas
Resolución 2/2002	Resolución 2/2002 de la International Law Association
Sentencia Achmea	Sentencia del TJUE
SCC	Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo
SSTJUE	Sentencias del TJUE
STGUE	Sentencia del TGUE
STJUE	Sentencia del TJUE
TBI	Tratado bilateral de inversión
TCE	Tratado de la Carta de la Energía
TDI (TPI)	Tratados con disposiciones sobre inversiones
TFUE/Tratado	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa)
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLC	Tratado de Libre Comercio
TN (Cláusula)	Cláusula de trato nacional
TUE	Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastrich)
UE	Unión Europea

1. Introducción

Recientemente, España ha sido demandada ante los Tribunales arbitrales por empresas del sector de las energías renovables de varios Estados miembros de la Unión Europea¹².

El origen de estas demandas, fundadas en la violación de la Carta de la Energía, se encuentra en los cambios legislativos que se produjeron entre los años 2010 y 2014³ para disminuir drásticamente, hasta reducir a cero, los incentivos a las energías renovables que, en apoyo de este tipo de energías, se aplicaron durante los años 2004 a 2008⁴.

En algunos de estos casos, los Tribunales arbitrales han dado la razón a la empresa demandante y han considerado que España debía pagar una indemnización. Pero para ejecutar estos laudos arbitrales, con arreglo a las instrucciones emitidas por la Comisión Europea, las autoridades del correspondiente Estado miembro han debido iniciar el procedimiento de notificación previa establecido en el artículo 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE). En virtud de este artículo, la Comisión, una vez informada por el EM sobre las ayudas que proyecta conceder, tiene que realizar una evaluación de éstas para declararlas compatibles o incompatibles con el mercado interior. En ningún caso una ayuda de Estado puede ejecutarse antes de que la CE emita esta declaración de compatibilidad.

1.1. Justificación del tema elegido

Desde 2005, una gran parte de la actividad profesional de quien suscribe este trabajo ha tenido que ver con el Derecho Comunitario y particularmente, con la parte de éste que se

¹ A título de ejemplo: Novaenergía, propiedad del fondo de inversión en infraestructuras francés Antin; OperaFund, compañía maltesa; Infrared Environmental Infrastructure cuya propiedad ostenta el fondo de inversión británico InfraRed Capital Partners; EISER Finance Limited («EISER»), fondo gestor de activos londinense, y su filial Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. (laudo anulado en fecha 15 de junio de 2020 por conflicto de intereses de uno de los árbitros); 9REN Holding S.a.r.l, empresa luxemburguesa; Greentech Energy (compañía danesa) conjuntamente con Foresight Luxembourg Solar y GWM Renewable Energy.

² A la vista del informe 2019 del CIADI, España ha sido el Estado más demandado durante 2019, y a esto hay que añadir que no todos los arbitrajes han sido llevados a cabo por este centro internacional.

³ Medidas regulatorias del 2010: RD 1565/2010 y RDL 14/2010; Medidas regulatorias de 2013-2014: RDL 9/2013, RD 413/2014 y Orden Ministerial IET/1045/2014.

⁴ RD 661/2007, de 26 de mayo y RD 1578/2008, de 26 de septiembre.

ocupa de las ayudas de Estado y esto, tanto en el ámbito de los sectores industriales, como en el de la I+D+I y en el económico. A través de esta actividad, me han suscitado un especial interés, y pienso que no solo a mí, las implicaciones jurídicas, económicas y procedimentales de la controversia surgida entre los tribunales arbitrales, que defienden la ejecutividad de sus laudos, y la CE y el TJUE que abogan por su inejecutabilidad en evitación de la violación de principios comunitarios y de la distorsión del mercado interior que estos laudos pueden provocar.

En consecuencia, este trabajo se ceñirá a las controversias suscitadas por los laudos de arbitrajes internacionales de inversión que resuelven disputas entre un Estado miembro de la UE y una persona jurídica inversora residente en otro Estado miembro de la UE. Esta persona jurídica, responderá al concepto de empresa acuñado por el Derecho de Competencia de la UE. Esto es así porque en el caso de que el conflicto se planteara con una persona física, no podría hablarse de ayuda de Estado si el Tribunal arbitral fallase a su favor.

En todo caso, no se tratará aquí de las diferencias entre Estados miembros de la UE e inversores de terceros países.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

En medio de esta controversia, o más bien entre dos fuegos, se encuentran las autoridades de los Estados miembros condenados a pagar indemnizaciones, que por un lado se ven presionadas para llevar a efecto cuanto antes la ejecución de los laudos y por otro, se ven obligadas a enfrentar toda una serie de complicaciones procedimentales impuestas por la CE, que les exige entablar el procedimiento de notificación previa regulado en los artículos 2 a 5 del Reglamento 2015/1589 y les indica que, de pagar antes de una Decisión de la Comisión de compatibilidad, deberán ocuparse de obtener la recuperación de lo pagado en virtud de lo establecido en los artículos 13 y 16 de este mismo Reglamento.

1.3. Metodología

La controversia sobre la aplicabilidad del procedimiento de arbitraje internacional de inversiones y su ejecución dentro del mercado interior, involucra tanto a las instituciones de

la UE, encargadas de velar por el cumplimiento de las normas que configuran este mercado y que garantizan su buen funcionamiento, como a los inversores que han acudido a esta forma extrajudicial de resolución de disputas y a los Estados emisores y receptores de estas inversiones. También las instituciones que se encargan de la gestión de estos arbitrajes tendrían algo que decir en todo esto.

Habrà que acudir por tanto al estudio y análisis de las normativas europeas, en teoría «*molestadas*» por los arbitrajes y sus laudos y verificar y explicar su violación. Hablamos aquí del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en primer lugar y de las normas tanto de «*hard law*»⁵ como de «*soft law*»⁶⁷ cuya conculcación es alegada por la Comisión Europea y por los Tribunales Europeos, en particular nos referiremos a la normativa comunitaria vigente en materia de ayudas de Estado. El estudio de la jurisprudencia del TGUE y del TJUE y la práctica decisoria de la Comisión van a ser imprescindibles para interpretar los conceptos contenidos tanto en el TFUE como en el resto de esta normativa y sentar la posición de estas instituciones frente al problema. Se prestará especial atención a las sentencias de los Tribunales Europeos Achmea y Micula, así como a algunas de las que han marcado un hito para la fijación de criterios de las ayudas de Estado, Azores, Altmark y la reciente Eesti Pagar, entre otras. Se acudirá asimismo a la doctrina de especialistas y juristas que han estudiado partes del problema.

Por lo que se refiere al arbitraje internacional de inversiones, se estudiará la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (LA), que marca el contexto legal en nuestro país para el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros. Se prestará especial atención a las normas que constituyen el patrón regulatorio de estos procedimientos: La Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la CNUDMI (en adelante «*Ley Modelo*» y el Convenio de Nueva York de 1958 (en adelante «*CNY*»), al que la Ley anteriormente citada se somete. Se estudiarán particularmente algunos de los tratados bilaterales y multilaterales de protección de las inversiones, que sirven de soporte a las cláusulas arbitrales, y se acudirá a

⁵ En el ámbito de la UE es el conjunto de normas de obligado cumplimiento. En principio, los Tratados vigentes y los Reglamentos, estos son directamente aplicables en los EE.MM desde su aprobación. Las Decisiones y Directivas, son también obligatorios, pero cabe aplicar algunos matices (artículo 288 TFUE).

⁶ Dictámenes, Comunicaciones, Recomendaciones, etc.

⁷ Sobre este tema, véase Alonso García, R. del CEPC

las regulaciones de algunas de las instituciones de arbitraje internacional, así como a la doctrina y las opiniones emitidas por juristas y especialistas en torno al arbitraje y su probable evolución en relación con la normativa europea.

1.4. Objetivos

El problema será abordado desde diferentes puntos de vista. Desde el punto de vista jurídico, en lo referente a los principios generales del TFUE afectados y a las características jurídicas del laudo. Desde el punto de vista económico en función de los intereses económicos que pueden subyacer a cada una de las partes implicadas: instituciones de arbitraje, Estados miembros y empresas inversoras. Finalmente, y desde el punto de vista procedimental, la ejecución del laudo y la de las ayudas de Estado.

Se procederá inicialmente a analizar la figura del arbitraje internacional de inversión, su razón de ser, características y regulación, los instrumentos a través de los que las partes se someten a esta forma de resolución de conflictos Estado-inversor, las instituciones encargadas de este tipo de arreglos internacionales y los laudos y sus características. Posteriormente, se estudiará la razón de ser y el concepto de las ayudas de Estado, su regulación jurídica y procedimental y las instituciones comunitarias competentes en la materia. Se pasará seguidamente a estudiar la posición de la CE frente a la ejecución de los laudos, a través de alguna de sus Decisiones, y la posición del TJUE a este respecto, expresada en la sentencia Achmea. El llamado caso Micula servirá además para exponer las vicisitudes procedimentales que debe afrontar el Estado miembro demandado. Finalmente, se expondrá el estado de situación a fecha de redacción de este trabajo y algunas conclusiones que de la situación se derivan.

1.5. Agradecimientos

Quiero mostrar aquí mi agradecimiento a Wenceslao Rodríguez Curiel, eminente jurista de la AGE, uno de los mejores especialistas en ayudas de Estado de España y una de las mejores personas que he encontrado en mi vida profesional. De la forma más generosa, me introdujo en el conocimiento jurídico de esta rama del Derecho Comunitario. Sin él, sin la

confianza que demostró en mí, no habría podido desarrollar mi trabajo posterior, ni aunque parezca raro, *disfrutar* con la práctica de este campo del derecho.

También quiero expresar mi agradecimiento a Alejandro Rubio González, otro especialista en ayudas de Estado y en otras áreas del derecho, que ha representado a España más de una vez ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Él me animó a hacer este máster y confió en mi capacidad para llevarlo adelante. Su calidad profesional y personal hicieron mi trabajo estimulante y enriquecedor.

Asimismo, tengo que agradecer a mi director de TFM, Rolando Joaquín Ortega Hernández, su paciencia y amabilidad para conmigo y sus acertadísimas observaciones en torno a este texto.

No quiero olvidar a mis sacrificados tutores de la UNIR, que siempre han procurado buscar soluciones a mis problemas y facilitarme en todo lo posible la realización de este máster. A todos ellos, gracias.

Y a Luis, mi marido. Si no hubiera sido por él, mi vida habría sido un auténtico desbarajuste en estos últimos tiempos.

Sin duda he tenido mucha suerte en mi vida. Hay un montón de personas a las que tengo que dar miles de gracias. Espero, de una forma u otra, antes o después, poder dárselas a todos.

2. Marco teórico y desarrollo

2.1. El arbitraje internacional de inversiones

Este tipo de arbitraje tiene la peculiaridad de que las partes las constituyen por un lado, un inversor, o varios conjuntamente, residente en un determinado país y por el otro lado, el Estado de un país distinto receptor de la inversión. Es necesario en primer lugar, aclarar de qué tipo de inversión hablamos y cuáles son las características de este arbitraje.

2.1.1. Conceptos

Conviene en primer lugar tratar de centrar el concepto de «*inversión directa internacional*». Si bien no existe una definición precisa en derecho internacional de este concepto (JUILLARD 2015) -- incluso el Tratado de Lisboa (TFUE) lo incluyó en sus artículos 64,

206 y 207 sin entrar en una definición precisa⁸ -- puede decirse que la inversión directa internacional consiste en adquisiciones de valores (movimientos de capital) realizadas por personas físicas o jurídicas de un país, a través de las cuales el inversor pretende obtener una rentabilidad y alcanzar un grado significativo de influencia en los órganos de decisión de una empresa situada en un país distinto, con carácter de una cierta permanencia. Según la OCDE, para que pueda considerarse la existencia de inversión directa, el porcentaje de propiedad adquirido no debe ser menor del 10%.

Tomando como referencia las transacciones de capital utilizadas por el Banco de España para la elaboración de sus informes y estadísticas sobre inversión directa extranjera, los movimientos de capital a través de los que se materializan estas inversiones son: adquisición de acciones (si la participación adquirida total supera el 10% del capital social) u otro tipo de títulos representativos del capital; reinversión de beneficios; financiación entre empresas intragrupo y compra de bienes inmuebles.

Siguiendo la definición de arbitraje de CALVO CARAVACA Y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1989), el arbitraje se configura como un medio de resolución de conflictos en parte voluntario en su origen, por cuanto las partes deciden a priori someterse a él, y en parte obligatorio por lo que se refiere al resultado, el laudo. Cabe dudar de la voluntariedad del arbitraje cuando las partes se sienten obligadas a elegir este medio de resolución de conflictos. Es el caso por ejemplo, en el ámbito internacional, de los inversores en energía que se ven compelidos a ello a través de un tratado sectorial como es la Carta de la Energía.

En cuanto a la internacionalidad del arbitraje, siguiendo a los mismos autores, dos son los criterios principales que siguen los ordenamientos jurídicos para atribuir a un arbitraje la nacionalidad del Estado regulador: la sede en la que se ha desarrollado el procedimiento y dictado la sentencia arbitral y la legislación estatal aplicada a las cuestiones de procedimiento⁹. Este último criterio puede no ser operativo en algunos casos, si se tiene en

⁸ La CE la define de la siguiente forma: «*where an investor sets up or buys a company (or a controlling share in a company) in another country,*», es decir, «*cuando un inversor crea o compra una empresa (o una participación de control en una empresa), en otro Estado*». European Commission, Trade Policy (Accessing Markets & Investment).

⁹ Los autores citan a R. BRUNS y H. MOTULSKY. «Tendances et perspectives de l'arbitrage international (À propos de la réforme de la Convention de Genève de 1927)», *Revue internationale de droit comparé*. 1957, pp.719 y 724. Así como a REMIRO BROTONS, A. «La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères». *R des C.*, 1984-I, Vol. 184, pp. 169–354.

cuenta que un arbitraje puede estar encuadrado entre los llamados «*arbitrajes de equidad*» y no estar, por tanto, sometido a ninguna regulación estatal, sino al leal saber y entender de los árbitros.

En España, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, establece en su artículo 3 qué arbitrajes considera de carácter internacional, siendo aquéllos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

«a) *Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.*

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.»

Asimismo, el artículo 46 de la LA entiende que un laudo es extranjero cuando es pronunciado fuera del territorio español.

Visto todo lo anterior, el concepto de arbitraje internacional de inversiones puede definirse como el procedimiento extrajudicial para la resolución de controversias en materia de inversiones entre un inversor particular perteneciente a un Estado determinado y el Estado receptor de la inversión (Estado anfitrión), siempre distinto del anterior. Este procedimiento es también conocido como ISDS, siglas en inglés de *Investor-state dispute settlement*. Cabe señalar que la inversión de la que se trata en estos casos es la ya mencionada inversión directa.

Este procedimiento debe desarrollarse con arreglo a los principios de igualdad, audiencia y contradicción, única restricción a respetar, el resto vendrá determinado por la voluntad de las partes.

El tipo de arbitraje que aquí se trata suele ser mayoritariamente institucional, aunque también pueden darse casos en los que se prefiere el procedimiento *ad hoc*. Este último procedimiento es elegido cuando se trata de grandes litigios en los que las partes disponen de la infraestructura necesaria para llevar a cabo el procedimiento de arbitraje y además exigen un alto nivel de confidencialidad (CALVO CARAVACA Y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1989).

Sobre las instituciones que se encargan de asistir a las partes en el arbitraje internacional de inversiones se hablará más adelante.

Se afirma a menudo que los arbitrajes internacionales de inversiones son arbitrajes de equidad, resueltos al «*leal saber y entender*» de los árbitros y con arreglo a las normas de la institución a cargo del procedimiento (GONZÁLEZ, J. 2015). Tal vez esta afirmación contenga un punto de exageración, ya que estos arbitrajes están sometidos a unos límites legales que son los convenios o tratados en base a los que el inversor ha realizado la inversión y en base a los que ambas partes (inversor y Estado) se someten al arbitraje. Pero además, los árbitros deben mostrar el máximo respeto hacia las normas de *ius cogens* o de orden público y a los usos en este tipo de transacciones de capital¹⁰. Si bien parece cierto, que la normativa anglosajona tiende a extenderse, como teme el profesor GONZÁLEZ, J.

El acuerdo sobre el sometimiento a Derecho o Equidad debe estar establecido previamente por las partes. Así, hay que referirse al artículo 42. (3) del convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, dictado en Washington DC en 1965 (en adelante «*CCIADI*»)¹¹. La norma en cuestión señala que «*(...) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono (...)*», en ella, la locución latina «*ex aequo et bono*» hace referencia a la facultad de los árbitros de decidir en base a «lo equitativo y bueno». Se trata por tanto, de aplicar la solución que los árbitros estimen más conveniente para el caso concreto y según las propias circunstancias y contexto, sin estar ceñidos estrictamente al Derecho. Sin embargo, hay que recalcar que esta facultad de la equidad no es un cheque en blanco para inobservar disposiciones de orden público, sino para que el órgano decisor, el Tribunal Arbitral, actúe con un mayor grado de libertad.

En cualquier caso, como sucede en la «Ley modelo», la voluntad de las partes de someter el Arbitraje a Derecho se presume, debiendo ser expresa la voluntad de someterlo a equidad. De la propia redacción del Art.42(1) del CCIADI, que establece: «*(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho*

¹⁰ Más adelante se verá lo estipulado en este sentido en el Convenio de Nueva York.

¹¹ BOE. Núm. 219 (13-09-1994)

internacional que pudieren ser aplicables.», se desprende cómo la norma realiza una remisión directa a la aplicación de normas jurídicas a menos que las partes acuerden someter sus controversias a la equidad.

2.1.2. El laudo arbitral: características y ejecutividad

El arbitraje comienza con la solicitud por parte del inversor del inicio del procedimiento arbitral, tal inicio dependerá de las reglas de arbitraje que sean aplicables. Muy comúnmente suele preverse un período de unos meses, generalmente 6, de negociaciones previas antes de que comience el procedimiento propiamente dicho.

Si durante el procedimiento no se ha producido abandono de éste por las partes durante un tiempo determinado, ha habido acuerdo, desistimiento o no han llegado los árbitros a la conclusión de innecesariedad o imposibilidad de las actuaciones, el procedimiento se termina por una resolución del tribunal arbitral en forma de laudo. Cuando el procedimiento se termina por acuerdo de las partes, normalmente, éstas podrán solicitar del tribunal un laudo ratificando dicho acuerdo.

2.1.2.1. Contenido

La Ley modelo, sobre la que se hablará posteriormente, en su artículo 31 establece la forma y el contenido mínimo imprescindible que debe incluir un laudo, esto es: a) debe dictarse por escrito; b) contendrá la firma del/los árbitros. En caso de haber intervenido varios árbitros, bastará con la firma de la mayoría siempre que se deje constancia de las razones por las que falta el resto; c) deberá ser motivado, salvo que las partes acuerden otra cosa y d) deberán constar la fecha y el lugar de emisión del laudo.

Además, las instituciones de arbitraje en sus reglamentos añaden contenidos adicionales como es el caso del Convenio del CIADI (en adelante CCIADI) que añade como imprescindibles: a) la identificación precisa de cada parte; b) la constatación de que el Tribunal ha sido constituido con arreglo al convenio y descripción del método de constitución; c) los nombres de los miembros del Tribunal, y la identificación de quien designó a cada uno; d) los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes; e) las fechas y lugares en que tuvieron lugar las reuniones del Tribunal; f) un resumen del procedimiento; g) un resumen de los hechos apreciados por el Tribunal así como las pretensiones de las partes entre otros.

2.1.2.2. Ejecutividad

El laudo arbitral es vinculante y obligatorio y sólo puede contener las cuestiones directamente relacionadas con la controversia a tratar por el árbitro¹², límite similar al que debe respetar una sentencia judicial. Pero además, tiene fuerza ejecutiva y efecto de cosa juzgada.

En el caso español, por lo que se refiere al *exequátur*, la LA se somete a los convenios internacionales en los que España es parte y en especial, al CNY. Dado que España no ha formulado reservas, este convenio es directamente aplicable y no hay, en consecuencia, necesidad de un régimen legal interno de *exequátur* de laudos extranjeros.

La existencia de numerosos Convenios internacionales y en especial del CNY ha propiciado que, los laudos arbitrales tengan ejecutividad en gran cantidad de países del mundo, entre los que se encuentran España¹³ y una buena parte de los países de la UE. El artículo III del CNY dispone que:

«Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales».

Solo por lo que se refiere al CNY, más de 150 países forman parte de él, así pues, con arreglo al artículo III anterior, cada uno de estos países se compromete a hacer cumplir los laudos arbitrales dictados en otros Estados firmantes.

¹² Véase artículo V del Convenio de Nueva York.

¹³ España no se adhirió a este convenio hasta el 12 de mayo de 1977.

2.1.2.3. Excepciones al reconocimiento y la ejecución obligatorios

Ahora bien, el artículo V del CNY ofrece una lista de excepciones en virtud de las cuales es posible denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo. Cabe hacer notar estas excepciones que, como veremos, coinciden con los motivos de nulidad contemplados en el artículo 34 de la Ley Modelo y guardan una importante similitud con los motivos de anulabilidad contemplados en el artículo 41 LA. En forma resumida, los Estados podrán negarse a reconocer y ejecutar un laudo si las partes hubiesen estado sujetas a alguna incapacidad en el momento del acuerdo o éste careciera de validez; si la parte contra la que ha fallado el tribunal arbitral no ha sido notificada de la designación del árbitro, o del procedimiento, provocándole indefensión; si la constitución del tribunal o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo de las partes o, a la ley del país donde se ha realizado el arbitraje; si la sentencia no es aún obligatoria o ha sido anulada o suspendida; si, con arreglo a las leyes del país contra el que se emitió el laudo, el objeto de la disputa no es susceptible de solución por vía de arbitraje o el reconocimiento o ejecución del laudo es contrario al orden público.

Como consecuencia de lo anterior, los Estados contratantes de la CNY están obligados al reconocimiento y ejecución del laudo emitido en otro país, siempre que no exista motivo para la exención de cumplir con esta obligación y ello se hará en condiciones y costes similares a los aplicables en el caso de laudos nacionales. Con arreglo al artículo 53 del CCIADI, además estos laudos no podrán ser recurridos ante instancias judiciales.

2.1.2.4. Solicitud de nulidad e imposibilidad de otro recurso.

El 11 de diciembre de 1985 La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional que junto con el CNY, son los referentes sobre los que se basa el marco jurídico internacional de la resolución de conflictos mediante los arbitrajes.

Esta Ley Modelo se ocupa de la anulación de los arbitrajes en su artículo 34 y establece los motivos de nulidad de forma que coinciden casi totalmente con las excepciones anteriormente vistas del CNY, recogidas también en su propio artículo 36 de la misma forma y en el mismo sentido que en éste. Un motivo de nulidad que no se corresponde con las

excepciones de su propio artículo 36, es el que recoge el apartado e), es decir, que el laudo no sea aún obligatorio para las partes o haya sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo. Pero el apartado 1 del artículo 34 estipula: «*Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo*». La Ley Modelo por tanto, contempla un solo tipo de recurso a un órgano judicial y dispone una lista taxativa de motivos de nulidad. Con ello, según REMÓN, J. (2008), la Ley Modelo intenta compatibilizar la eficacia del arbitraje con las obligadas garantías del procedimiento esta es la razón de que el juez no conozca de las cuestiones de fondo, que son competencia de los árbitros, limitándose éste a controlar los posibles vicios del procedimiento y la violación del orden público cuya garantía actúa como mero límite.

Ahora bien, el apartado 1. Del artículo V del CNY dispone que: «*Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (...)*», a continuación detalla las excepciones anteriormente especificadas y a éstas añade la causa de nulidad contemplada en el artículo 34 e) de la Ley Modelo antes mencionada¹⁴.

En consecuencia, la declaración de nulidad de un laudo en la jurisdicción del país en el que éste ha sido dictado es causa de denegación de su reconocimiento y ejecución en el resto de Estados firmantes. No obstante, ha habido casos en los que algunos Estados han reconocido laudos anulados por la jurisdicción del país en que se dictaron¹⁵.

Otros motivos de nulidad distintos de los anteriores son contemplados por las normas de las instituciones encargadas del procedimiento del arbitraje, éstas son solo oponibles ante el propio organismo, como por ejemplo el CCIADI que prevé la solicitud de anulación ante el Secretario General cuando hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; hubiere habido quebrantamiento grave de una norma de procedimiento o no se hubieren expresado

¹⁴ Que el laudo no sea aún obligatorio para las partes o haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente, o conforme a una ley, del país en el que ha sido dictado

¹⁵ REMÓN GONZÁLEZ, J. cita, entre otros, el Chromalloy Case (1996). Los jueces egipcios anularon un laudo favorable a una empresa norteamericana en relación con un contrato de suministro militar a las fuerzas aéreas egipcias. No obstante, los Tribunales americanos y franceses decidieron reconocer y ejecutar el laudo por considerar que se ajustaba a la legislación de los EE.UU y al amparo del artículo VII de la CNY.

en el laudo los motivos en que se funde¹⁶, entre otras causas. En estos casos el procedimiento se desarrolla dentro del organismo y de confirmarse la nulidad, a petición de una de las partes se iniciará un nuevo arbitraje ante un tribunal distinto.

Como se ha visto, no existe segunda instancia jurisdiccional cuando se trata de arbitrajes y éstos, además, no pueden ser recurridos por cuestiones de fondo¹⁷ ante el juez¹⁸. Asimismo y en base a lo anteriormente dicho, las causas de nulidad son fundamentalmente referentes a defectos del procedimiento o a defectos del convenio en el que se han basado las partes para realizar la transacción en litigio, salvo por lo que se refiere al orden público del Estado que debe ejecutarlo. Sí es posible, sin embargo, acudir al apoyo judicial cuando se trata del reconocimiento de un laudo o de su ejecución forzosa, así como de la adopción de medidas cautelares anteriores al inicio del procedimiento o durante éste.

Pero la cuestión de orden público merece una especial atención. Teniendo en cuenta el objetivo de este trabajo, esta atención se centrará en el ámbito del Derecho de la UE.

Así, el punto 20 de la sentencia Achmea señala que *«(...) como ha declarado el Tribunal de Justicia en relación con ciertos laudos arbitrales que resolvían litigios entre particulares, la facultad de los órganos judiciales nacionales de controlar un laudo arbitral relativo a una controversia entre un particular y un Estado miembro puede circunscribirse válidamente a las infracciones de las normas fundamentales del Derecho de la Unión.»*

Cabe asimismo acudir a la sentencia del TJUE de 1 de junio de 1999¹⁹, muy anterior a la Achmea, en cuyo apartado 37 establece que *« (...) en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.»* (el artículo 85 al que se refiere la

¹⁶ Artículo 52 CCIADI.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 53 CCIADI en donde expresamente se dice *« (...) no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio.»*

¹⁸ Ahora bien, el hecho de que el laudo arbitral no pueda ser objeto de apelación en sede judicial no impide que pueda existir una segunda instancia en sede arbitral. Esta posibilidad de segunda instancia está denominada en la doctrina como segunda instancia ad intra. PELAYO JIMÉNEZ, (2014). Asimismo, la «Ley modelo» establece en su artículo 7 a) que: *«...nada impide que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad...»*

¹⁹ STJUE de 1 de junio de 1999, C-126/97, Eco Swiss

sentencia es el actual artículo 105 TFUE que se refiere la aplicación de las normas de competencia en el mercado interior).

2.1.2.5. Renuncia a la acción de anulación

En los pactos previos o convenios mediante los que se estipula el recurso al arbitraje en el caso de litigios, puede acordarse la renuncia *a priori* del ejercicio de la acción de anulación mediante una cláusula conocida como «*pacto de exclusión*» (*exclusion agreement*).

Las razones a favor de una tal cláusula invocan sobre todo la eficacia del arbitraje, en tanto que al renunciar al recurso de nulidad, se imprime una mayor agilidad al procedimiento evitando que la parte perdedora adopte maniobras dilatorias para retrasar la ejecución del laudo. Por otro lado, se arguye que el control de nulidad a llevar a cabo en el Estado en el que se emite el laudo y el control para el reconocimiento y ejecución del Estado en el que debe ser ejecutado, conforman una doble vía judicial que puede provocar disfunciones que a la postre restarán la tan buscada eficacia del arbitraje.

Las razones en contra fundamentalmente se centran en una posible violación del *ius cogens* y del orden público. Como ya se ha visto, el CNY recomienda la especial atención que los árbitros deben prestar a ambos extremos. Y ello porque el tratamiento de la renuncia a los derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva, forma parte del acervo legal de la mayor parte de los ordenamientos de muchos países y en especial, de los de nuestro entorno.

Hay que precisar no obstante, que la aceptación del arbitraje en líneas generales implica de por sí una renuncia a entablar acciones judiciales en favor del arbitraje. Esta cuestión es una consecuencia del efecto negativo del convenio arbitral, por el que los conflictos derivados de una relación contractual determinada quedan excluidos, por acuerdo de las partes, del conocimiento de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Sin embargo, la renuncia a las posibles acciones judiciales relacionadas con la anulación de un laudo arbitral cuando alguna parte considera vulnerado un derecho, resultaría en una utilización desproporcionada del principio de autonomía de la voluntad de las partes, más aún si se piensa que en el arbitraje de inversiones, el tratamiento de la autonomía de la voluntad puede involucrar terrenos mucho más difusos que en el derecho privado.

Cabe añadir que en España tal cláusula no es admitida y así mismo, tampoco en países como Francia o Alemania, en estos últimos con más o menos matices.

2.1.3. Razones de la aceptación del arbitraje internacional de inversiones

En los últimos años se ha producido una amplia expansión de los casos en los que las partes implicadas han optado por el arbitraje internacional para resolver sus conflictos en materia de inversiones. A título ilustrativo y atendiendo únicamente a las cifras del CIADI, el crecimiento de los casos administrados y registrados por esta entidad entre 2009 y 2019 ha sido de un 98,7%, de éstos los arbitrajes representan la gran mayoría, particularmente durante el año 2019, de los 52 nuevos casos 47 fueron arbitrajes internacionales de inversiones. Así, este tipo de arbitraje sigue el mismo patrón que ORTEGA HERNÁNDEZ, R.J. (2019 p.46) dibuja para los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos dentro de España, entre los que el arbitraje es el más utilizado.

En el caso del arbitraje internacional, existen motivos que pueden justificar esta tendencia, CALVO CARAVACA Y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (pp. 39 – 43) enuncian algunos de estos motivos. En primer lugar, la neutralidad y la especialización de los órganos arbitrales. Se asegura que para los inversores extranjeros es una garantía poder denunciar en caso de disputa al Estado anfitrión de sus inversiones, sabiendo que tendrán acceso a árbitros independientes y cualificados²⁰ que la resolverán mediante un laudo, cuya cualidad intrínseca es la ejecutividad. Esta circunstancia les permite soslayar jurisdicciones nacionales que podrían ser sesgadas y carentes de independencia, pero también, les permite eludir las normas del país anfitrión si ello conviniese a sus intereses. La pretendida neutralidad de los órganos arbitrales no parece que deba ser superior a la de cualquier juez estatal, solamente vinculado por la ley, de cualquier Estado de derecho. Por lo que se refiere a la cualificación arbitral, la libertad de las partes para elegir a los árbitros les permite nombrar a personas dotadas de una alta preparación y de especialización en la materia de que se trate.

Otras razones, sobre todo argüidas por los partidarios de esta forma de resolución de conflictos son: la flexibilidad del procedimiento arbitral; su confidencialidad, muy conveniente

²⁰ Véase por ejemplo, apartados 3 y 4 de la regla 1 de arbitraje CCIADI.

a efectos fiscales y para preservar la imagen de los contendientes, especialmente del inversor, lo que por otro lado priva a este procedimiento de la garantía procesal de la transparencia; su rapidez y su economía, ambas características puestas en entredicho en muchas ocasiones, así, los autores citados mencionan unos ejemplos en DAVID, R (1959) que contradicen estas ventajas²¹, así como los datos más recientes del CIADI que establecen la duración media de un arbitraje en 39 meses; su superioridad frente a la decisión judicial dictada por un órgano estatal dado que las partes pueden elegir como ley aplicable al fondo del asunto la más apropiada para la materia de que se trate; la ventaja de que el laudo sea definitivo ya que las partes pueden pactar la renuncia a la interposición de recursos contra él y por último, su más fácil reconocimiento en otros Estados y esto, gracias a la amplia red de Convenios internacionales, bilaterales o multilaterales en los que los requisitos para la homologación son más favorables a los laudos arbitrales que a las decisiones judiciales extranjeras.

En realidad, todas las posibles ventajas enunciadas son prácticamente iguales a las que presentan los arbitrajes internos. Los autores antes citados consideran que el éxito del arbitraje internacional viene propiciado no sólo por sus propias virtudes, sino también por los intereses de los Estados, que no desean ser juzgados por tribunales ni con arreglo a leyes de otro Estado, y los particulares, en este caso los inversores, que desconfían de la imparcialidad de los tribunales del Estado con el que contratan. Los primeros desean captar la tecnología y el capital extranjero, fuentes de desarrollo económico y los segundos quieren invertir en donde obtengan una mayor rentabilidad, es decir, donde la relación coste-beneficio les sea más ventajosa.

2.1.4. Instrumentos

En el arbitraje internacional de inversiones el compromiso mediante el que las partes (Estado – inversor) consienten y se comprometen a acudir a esta forma extrajudicial de resolución de conflictos, generalmente está sustentado en acuerdos internacionales llamados

²¹ Caso «*Vitaphone Corporation v. Electrical Research Institute, Inc.*»: Un tribunal estatal se declaró competente para conocer del litigio, pese a que se había ya iniciado un procedimiento de arbitraje cuyas costas ascendían a 750.000 dólares y el caso «*Société Européenne d'études et d'entreprises c. République fédérale de Yougoslavie*», en el que un error arbitral provocó un proceso consecuencia del cual el litigio no se resolvió hasta 30 años después.

Acuerdos Internacionales de Inversión (All o IIA por sus siglas en inglés), firmados entre dos (Tratado Bilateral de Inversiones, TBI, o *Bilateral Investment Treaties*, BIT) o más Estados, por ejemplo los Tratados de Libre Comercio (TLC) de EE.UU. o Canadá. Dentro de los tratados multilaterales se encuentran los tratados internacionales sectoriales de los que un ejemplo es el Tratado de la Carta de la Energía.

En ocasiones se puede producir un acuerdo directamente entre un inversor y el Estado anfitrión de la inversión. También puede existir una ley interna en el Estado anfitrión que prevea las condiciones de la inversión extranjera en un sector de actividad determinado o bien una ley que prevea las condiciones genéricas de las inversiones extranjeras en el país.

La UNCTAD²² a efectos de su información y sus trabajos estadísticos, divide los All en dos grandes categorías: los BIT's y los TIP's (Treaties with Investment Provisions)²³. Según este organismo, el mayor número de All se encuentra en la primera categoría, que a julio de 2020 cuenta con 2.339, TBI's en vigor, mientras que el número de TIP's es de 318. Respecto de los TIP's, distingue tres grandes tipos: tratados económicos amplios que incluyen obligaciones que comúnmente se encuentran en los TBI (por ejemplo, un acuerdo de libre comercio con un capítulo sobre inversiones); tratados con disposiciones limitadas en materia de inversiones (por ejemplo, únicamente las relativas al establecimiento de inversiones o a la transferencia gratuita de fondos relacionados con inversiones); y tratados que sólo contienen cláusulas marco, como las relativas a la cooperación en el ámbito de la inversión y/o a un mandato para futuras negociaciones sobre cuestiones de inversión.

2.1.4.1. Los TBI

Dado su número y relevancia como instrumento utilizado por los inversores y sus Estados, hay que referirse particularmente ellos, cuyo crecimiento ha propiciado en parte el de los arbitrajes internacionales de inversión. Se trata de tratados de naturaleza recíproca entre dos Estados, destinados a promocionar y proteger mutuamente las inversiones que realizan los nacionales de uno de los Estados (Estado emisor) en otro Estado (Estado receptor o anfitrión) y viceversa. Los inversores protegidos por los TBI cuentan con un amplio conjunto

²² INTERNATIONAL INVESTMENT POLICY HUB NAVIGATOR

²³ Tratados con disposiciones de inversiones (TDI)

de derechos, directamente ejecutables contra el Estado receptor. El objetivo de estos tratados es proporcionar un entorno lo más estable y favorable posible para la inversión, que permita reducir los factores de incertidumbre política y jurídica. La existencia, o no, de riesgo político es un elemento clave para el inversor, en particular en aquellos sectores que requieren la realización de importantes inversiones y en especial cuando se trata de invertir en países en desarrollo. De hecho, como dicen FARHADI, A., RESTREPO, D y VAN WAEYENBERGE, A. (2017), los TBI han sido utilizados, sobre todo en los años noventa, para crear obligaciones internacionales para el Estado anfitrión, con el fin de aumentar la protección del inversor extranjero por encima de las protecciones ofrecidas por su derecho interno

Al ser los TBI el resultado de una negociación entre dos Estados concretos, el contenido y alcance de sus cláusulas pueden diferir mucho entre unos y otros. No obstante, contienen habitualmente un tronco común integrado por los siguientes mecanismos de protección:

- a) tratamiento justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional. Este derecho protege al inversor contra acciones injustificadas o negligentes por parte del Estado receptor que perjudiquen los intereses del inversor. Es uno de los motivos más invocados en los litigios de protección de inversiones ya que mediante este tipo de acciones de los Estados pueden vulnerar la confianza legítima del inversor.
- b) no discriminación: tratamiento nacional y de nación más favorecida. En términos generales, la inversión de un inversor de uno de los Estados firmantes debe recibir un trato no menos favorable que la del inversor local del Estado anfitrión (conocida como cláusula de trato nacional o TN) o que la de los inversores de un tercer país en ese mismo Estado anfitrión (conocida como cláusula de nación más favorecida o NMF).
- c) protección contra las medidas de expropiación, nacionalización u otras cuyos efectos sean similares a la expropiación. Este tipo de medidas sólo podrán adoptarse de manera no discriminatoria, por razones de interés público y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.
- d) derecho a la libre transferencia del capital, de los beneficios y de otros pagos relacionados con la inversión desde el Estado emisor al receptor y viceversa.

- e) derecho a resolver diferencias directamente con el Estado receptor mediante arbitraje internacional. El acuerdo suele especificar los tipos de arbitrajes admitidos siendo los más frecuentes los *ad hoc* y los institucionales. En unos y otros se suele indicar las reglas con arreglo a las que se llevará a cabo el arbitraje.

En el caso de España los TBI son denominados Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)²⁴ y en general, están destinados a países no OCDE. En la actualidad España mantiene alrededor de 70 APPRI en vigor con otros tantos países.

2.1.5. Instituciones

Existen diversas instituciones que se hacen cargo de la gestión o prestan servicios relacionados con la administración de los procedimientos de arbitraje internacional de inversión.

2.1.5.1. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

Órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue creado por esta Asamblea en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, tal y como consta en la Guía de la CNUDMI. Tiene como cometido la armonización y la actualización progresivas del derecho del comercio internacional proponiendo y fomentando la adopción y uso de instrumentos de carácter legislativo y no legislativo en asuntos tales como, entre otros, la resolución de controversias y las prácticas contractuales internacionales.

Sus miembros se eligen entre los Estados miembros de las Naciones Unidas. En la actualidad consta de 60 miembros pertenecientes a distintas áreas geográficas.

En coherencia con su mandato, el 11 de diciembre de 1985 la CNUDMI aprobó la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional. Como ya se ha indicado, esta Ley junto con el CNY, constituyen los referentes regulatorios internacionales sobre los que se han construido las normas sobre arbitraje de la mayoría de los países que han regulado este medio

²⁴ MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. SECRETARÍA DE ESTADO DE COMERCIO. «*Inversiones Exteriores. Protección de Inversiones y Regulación*».

extrajudicial de resolución de los conflictos comerciales internacionales (por ejemplo la LA española).

Dispone de un Reglamento de arbitraje en base al que gestiona este tipo de procedimientos. Muchas instituciones de arbitraje en todo el mundo utilizan este Reglamento o lo han tomado como base para sus propios reglamentos²⁵.

En principio, los arbitrajes *ad hoc* en materia de inversiones internacionales suelen acudir a la CNUDMI para su gestión.

2.1.5.2. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

El CIADI, en inglés *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, pertenece al grupo «*Banco Mundial*» y fue creado en la *Convención de Washington* de 1965 por el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el CCIADI)*. El CCIADI es un tratado multilateral que entró en vigor en el año 1966, cuando fue ratificado por 20 países miembros del Banco Mundial. En la actualidad, está ratificado por 143 Estados miembros.

Es la única institución global dedicada únicamente al arreglo de diferencias en materia de inversiones internacionales por medio tanto de procedimientos de conciliación como de arbitraje. Cuenta en su haber que, a lo largo de su ya no corta existencia, ha sido un elemento importante para la promoción de la inversión internacional, al mismo tiempo que ha coadyuvado en el fomento de la confianza en el proceso de resolución de controversias. También se ocupa además, de controversias entre Estados en virtud de tratados de inversión y tratados de libre comercio, al igual que actúa como registro administrativo.

Debido a su alta especialización, como dice en su INFORME ANUAL 2019, el CIADI se hace cargo de la mayoría de los casos de arbitraje que se producen en el mundo, ya sea porque así se establece en los TBI o porque las partes así lo deciden en el momento de arreglar sus diferencias.

²⁵ Véase en la web de CNUDMI la lista de Instituciones que directamente administran procedimientos de arbitraje en función del Reglamento CNUDMI o bien sus propios reglamentos institucionales están basados en éste <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration/centres>

A las disposiciones del CCIADI se han añadido el Reglamento y las Reglas procesales aplicables tanto a los procedimientos de conciliación como de arbitraje.

2.1.5.3. International Chamber of Commerce International Court of Arbitration (ICC/CCI)

Creada en 1923 y con sede en París, tiene una gran experiencia en arbitrajes comerciales de todo tipo y es la única organización empresarial que tiene el estatus de organismo de consulta ante las Naciones Unidas y sus organismos especializados. Posee sus propias reglas de procedimiento de arbitraje que, según la propia CCI declara en su página web, están basados en las normativas nacionales y en la CNY.

Las últimas modificaciones realizadas en 2017 tienen como novedad la introducción de un procedimiento expeditivo, corto y más barato que se utilizará automáticamente cuando el objeto de la disputa no supere los 2.000.000 de euros, siempre que las partes no hayan pactado expresamente desecharlo.

Según el «*Informe Estados, Entidades Estatales y arbitraje CCI*»²⁶, en 2012 el número de casos por incumplimiento de TBI representó únicamente un 18% de los casos totales vistos por esta organización.

2.1.5.4. Otras instituciones arbitrales.

Las instituciones arbitrales citadas anteriormente son las que, en principio, contemplan los APPRI españoles²⁷. No obstante, existe un número no desdeñable de este tipo de instituciones en el mundo y en todas las grandes áreas geográficas del planeta que si bien no se ocupan únicamente del arbitraje internacional de inversiones, está entre sus especialidades²⁸.

Cabe mencionar la «*Cour Permanente d'Arbitrage (CPA)*» con sede en La Haya, creada en 1899 por la «*Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales*». Con

²⁶ «*Informe Estados, Entidades Estatales y arbitraje CCI*», p. 3, párrafo 11.

²⁷ Según indica en su página web el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

²⁸ La amplia lista de instituciones arbitrales en el mundo, cuyos reglamentos se basan o acuden directamente al de la CNUDMI, puede ser consultada en la página web de esta institución cuyo enlace se facilita en la bibliografía de apoyo de este trabajo. Véase la nota al pie nº 19, para acceder a una lista de centros aunque no exhaustiva.

arreglo al Reglamento de la CNUDMI esta institución actúa, cuando así se requiere, como autoridad de nominación de árbitros.

Asimismo hay que citar al «*Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo («SCC»)*» que fue creado en 1917 como parte independiente de la Cámara de Comercio de Estocolmo, y reconocido en los años setenta por Estados Unidos y la desaparecida Unión Soviética (también en esos años por China) como centro neutral para la resolución de litigios Este-Oeste. Según se afirma en su página web, «*En por lo menos 120 TIB actualmente vigentes, se cita a Suecia o al SCC como foro para la resolución de disputas entre inversores y Estados. Hoy en día, el SCC es la segunda institución más importante del mundo en gestión de disputas de inversión*».

2.2. Las ayudas de Estado

Las ayudas de Estado son medidas públicas de apoyo que cumplen con todos los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 107 del TFUE. Con este artículo y la prolija normativa de desarrollo a la que ha dado lugar, se ha creado una rama del Derecho Comunitario encargada de proteger la competencia en igualdad de condiciones y el mantenimiento del statu quo en el mercado interior.

Ahora bien, no toda medida pública de ayuda puede calificarse de ayuda de Estado ni, aunque el punto de partida del artículo 107.1 es la prohibición, toda ayuda de Estado está prohibida, aunque sí sometida a autorización por la Comisión Europea, única competente a tal efecto.

No hay que olvidar que las ayudas de Estado junto con las ayudas no calificadas como tal, constituyen medidas de política económica que los Estados utilizan para sesgar las decisiones empresariales de tal forma que entren en sintonía con las estrategias planteadas coadyuvando al desarrollo económico, sostenible e integrador que necesitan.

2.2.1. «Conceptos: El artículo 107.1 del TFUE

El artículo 107.1 del TFUE, declara incompatibles con el mercado interior las medidas de ayuda en él contenidas y que son conocidas bajo el nombre de «*ayudas de Estado*». Consecuentemente, cada vez que se hace una referencia a este tipo de ayudas en general, se

está hablando de medidas prohibidas, salvo las excepciones que se mencionarán más adelante y que recoge este artículo en sus apartados 2 y 3. Son precisamente estas excepciones las que constituyen la base jurídica de la mayor parte de la prolija normativa de desarrollo por medio de la que se regulan las ayudas de Estado.

De acuerdo con la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01), la práctica decisoria de la CE y reiterada jurisprudencia del TJUE, una medida se considera ayuda de Estado si cumple con todos los requisitos siguientes: a) la medida proporciona una ventaja selectiva a una empresa; b) la medida se financia mediante fondos estatales o atribuibles al Estado; y c) la medida falsea o amenaza con falsear la competencia en el mercado interior y altera los intercambios comerciales entre los estados miembros.

Siempre que se cumplan los criterios anteriores de forma acumulativa, una ayuda es considerada de Estado independientemente de la forma en la que se conceda (subvención, préstamo, garantía, etc.) y también independientemente de la finalidad para la que se concede.

Como consecuencia de lo anterior, hay que subrayar que no toda medida pública de apoyo a sus ciudadanos y empresas tiene la calificación de ayuda de Estado. Por ejemplo, un subsidio a las familias cuyos miembros están afectados por la COVID-19, no reviste el carácter de ayuda de Estado porque las familias no son empresas, o incluso, una subvención a todas las empresas de un país sin discriminación, tampoco revestiría tal carácter puesto que la ventaja no sería selectiva. En estos casos, la medida no caería bajo el ámbito del artículo 107.1 del TFUE, ni por tanto el Estado miembro debería cumplir con lo establecido en el 108. La Comisión sólo sería competente para investigar tales medidas en busca de un «*error manifiesto*» que hubiese podido cometer el Estado miembro.

Antes de seguir adelante, conviene hacer una precisión: ninguno de los conceptos contenidos en el artículo 107.1 del TFUE es pacífico. La interpretación de cada uno de ellos se ha ido tejiendo a partir de la práctica decisoria de la Comisión y de la jurisprudencia de los Tribunales, fundamentalmente del TJUE, que al hilo de las disputas surgidas han ido

concretando su contenido²⁹. Por esta razón, a lo largo de este apartado dedicado a las ayudas de Estado, se recurrirá casi permanentemente a la jurisprudencia para fundamentar cada concepto.

2.2.1.1. Empresa, ventaja y ventaja selectiva.

En cuanto al concepto de empresa, reiterada jurisprudencia³⁰ establece que empresa es toda entidad que tiene una actividad económica (es decir, que pone bienes o servicios en un mercado determinado) independientemente de su forma jurídica y de su forma de financiación. No es por tanto empresa una persona física, pero sí un autónomo que ejerce una actividad, independientemente de que éste se haya declarado o no como tal. Tampoco es empresa un trabajador por cuenta ajena puesto que lo que pone en el mercado no es bien ni servicio sino su propia fuerza de trabajo.

Por lo que se refiere a la ventaja, ésta consiste en el beneficio económico que una empresa no podría haber obtenido en condiciones normales de mercado sin la intervención del Estado³¹. El TJUE ha indicado en diversas ocasiones que esta ventaja puede operar por aumento de ingresos o por reducción de gastos, es decir, que existe ventaja siempre que la situación financiera de la empresa mejore como consecuencia de la medida³². También indica la jurisprudencia que solo es relevante el efecto provocado por la medida (la creación de una ventaja) sin importar en absoluto la causa o el objetivo de la ésta³³.

Pero además, esta ventaja tiene que ser selectiva, es decir debe favorecer «a determinadas empresas o producciones». Las medidas de alcance puramente general que no favorecen únicamente a una empresa o a un determinado colectivo de ellas no son consideradas ayudas de Estado con arreglo al artículo 107.1 del Tratado. Ahora bien, sin profundizar demasiado en este concepto que no es precisamente pacífico³⁴, dentro de esta

²⁹ A título de ejemplo, cabe citar la sentencia Azores, asunto C-88/03, que determinó el ámbito en el que debe estimarse el criterio de selectividad.

³⁰ STJUE de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, apartado 74; STJUE de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA y otros, C-222/04, apartado 107.

³¹ STJUE de 11 de julio de 1996, SFEI y otros, C-39/94, apartado 60 y STJUE de 29 de abril de 1999, España/Comisión, C-342/96, apartado 41.

³² STJUE de 12 de octubre de 2000, Magefesa, C-480/98, apartados 19-20.

³³ STJUE de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión, 173/73 apartado 13.

³⁴ STJUE de 20 de diciembre de 2017, Retegal, C-70/16 P, apartados 57-63.

selectividad estará incluida tanto la selectividad de *iure*³⁵ como la selectividad de *facto*³⁶. Es decir y a título de aclaración, no sólo es selectiva la medida en cuya base jurídica se restringe claramente el derecho a obtener las ayudas a aquellas empresas que cumplen unos determinados requisitos, sino que también es selectiva aquélla que, no siendo su base jurídica en apariencia selectiva, en la práctica son muy pocas las empresas que capaces de cumplir las condiciones enunciadas en ella para tener acceso a las ayudas.

2.2.1.2. Fondos estatales o atribuibles al Estado.

Para que una medida de ayuda pueda ser considerada ayuda de Estado, la ventaja debe ser concedida mediante fondos estatales o atribuibles al Estado. El caso más evidente cuando se trata de conocer el origen de los fondos, es que la financiación de la ventaja se ejecute con cargo a los presupuestos generales del Estado.

Ahora bien, no siempre la cuestión está tan clara. Por lo que se refiere a la imputabilidad, el caso más evidente es cuando la concesión de la ayuda emana de una autoridad pública o ésta designa directamente a una entidad privada o pública para conceder. Pero cuando es una empresa pública la que concede una ayuda, no siempre ésta será imputable al Estado. Será necesario determinar si las autoridades públicas han intervenido de alguna forma en esta concesión³⁷.

En general, una medida no es imputable a un Estado miembro si éste está obligado a ejecutarla en virtud del Derecho de la Unión sin ninguna discrecionalidad³⁸. Asimismo y por oposición a lo anterior, cuando el Derecho de la Unión permite la ejecución de una medida a los Estados miembros, ésta les será imputable si gozan de discrecionalidad para adoptarla o para decidir sus características³⁹.

Por otro lado y en cuanto al origen de los fondos, por «*fondos estatales*» hay que entender todos los fondos pertenecientes al sector público, incluidos fondos de entidades intra-estatales, a menudo empresas públicas y en algunos casos empresas privadas cuando el

³⁵ STJUE de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08. apartado 52

³⁶ STJUE de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido, asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P apartados 101 y ss..

³⁷ STJUE de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (Stardust), C-482/99, apartado 52 .

³⁸ STJUE de 23 de abril de 2009, Puffer, C-460/07, apartado 70.

³⁹ STJUE de 10 de diciembre de 2013, Comisión/Irlanda y otros, C-272/12 P apartados 45 a 53.

Estado interviene como regulador de estos fondos y los controla⁴⁰, es decir, cuando existe un control de influencia.

Hay que señalar que son fondos estatales no sólo aquéllos que se encuentran a disposición del Estado sino aquéllos que le corresponden y que no obtiene por cesión a alguna o algunas empresas, bien por la vía de suministrar bienes o servicios a precios por debajo de mercado, o bien por establecer exenciones fiscales.

2.2.1.3. Falseamiento o amenaza de falseamiento de la competencia en el mercado interior y alteración de los intercambios comerciales entre los estados miembros

Ambas condiciones deben cumplirse junto con las anteriores para poder apreciar la existencia de ayuda de Estado en una medida pública y si bien constituyen elementos independientes, en la práctica decisoria de la Comisión Europea suelen evaluarse conjuntamente ya que se encuentran estrechamente relacionados. La Comisión posee una amplia discrecionalidad en esta evaluación, si bien su aplicación debe estar suficientemente motivada en la Decisión para permitir un pleno control jurisdiccional, en especial respecto a la comparabilidad de la situación de los operadores que disfrutan de la medida y la de los operadores que están excluidos de ella⁴¹ (STJUE C-70/16 P Apartado 59).

Se considera que existe un falseamiento o amenaza de falseamiento de la competencia cuando, como consecuencia de la ventaja otorgada mediante fondos estatales, una empresa queda en mejores condiciones para competir que el resto de los agentes del mercado en el que compite⁴². Y esto independientemente del tamaño de la empresa y de la magnitud de la ventaja. Basta con que la probabilidad de distorsión sea real⁴³.

En cuanto a la afectación del comercio, como ya se ha avanzado va estrechamente ligada al falseamiento de la competencia y la Comisión dispone de amplia discrecionalidad a la hora de evaluar ambas condiciones. En este sentido, la anteriormente citada Comunicación

⁴⁰ Para este último caso, por ejemplo, SSTJUE de 17 de julio de 2008, *Essent Netwerk Noord*, C-206/06 apartados 69 a 75, y de 16 de mayo de 2000, *Francia/Ladbroke Racing Ltd y Comisión*, C-83/98 P apartado 50.

⁴¹ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/World Duty Free Group, S.A., y otros*, C-20/15 P y C-21/15 P apartado 94 y STGUE 6 de julio de 1995, *Altec y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-447/93, T-448/93 y T-449/93, apartado 141.

⁴² STJUE de 12 de octubre de 2000, *Magfesa*, C-480/98, apartados 19-20

⁴³ STJUE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans*, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, apartado 79.

de la Comisión (2016/C 262/01), explicita en su párrafo 190 que: «A este respecto, no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda en los intercambios comerciales entre los Estados miembros, sino únicamente si la ayuda puede afectar a dichos intercambios⁴⁴. En particular, los órganos jurisdiccionales de la Unión han dictaminado que «cuando una ayuda económica otorgada por el Estado refuerza la posición de una empresa frente a otras que compiten con ella en los intercambios comerciales intracomunitarios, procede considerar que la ayuda influye sobre dichos intercambios⁴⁵» y en su párrafo 194 que «A la hora de determinar los efectos sobre los intercambios no es necesario delimitar el mercado o examinar con detalle el impacto de la medida sobre la posición competitiva del beneficiario y sus competidores⁴⁶ ».

También se aplican otras consideraciones como la posible generación de barreras económicas. En efecto, cuando se proporciona apoyo a una empresa, aunque ésta no mantenga intercambios comerciales con otros países de la UE, este apoyo puede proporcionar una disminución de sus costes y esta disminución de costes podría dificultar la entrada en el mismo mercado de empresas de otros Estados miembros que al no gozar de tal disminución, la peor relación coste-beneficio les hace inviable la competencia.

2.2.2. Procedimiento: El artículo 108 del TFUE⁴⁷

En virtud del artículo 108.3 del TFUE, cualquier medida de ayuda que no esté exenta de notificación previa con arreglo al Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, Reglamento que regula las exenciones enunciadas en el apartado 4 de este artículo, debe ser notificada a la Comisión con tiempo suficiente para que tanto el Estado miembro como la propia Comisión puedan presentar sus observaciones en el contexto del procedimiento que establece el apartado 1.

⁴⁴ STJUE de 14 de enero de 2015, Eventech/The Parking Adjudicator, C-518/13, apartados 65 y 66 y STJUE de 8 de mayo de 2013, Libert y otros, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11 apartado 77.

⁴⁵ STJUE de 14 de enero de 2015, Eventech/The Parking Adjudicator, C-518/13; STJUE de 8 de mayo de 2013, Libert y otros, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11 y STGUE de 4 de abril de 2001, Friuli Venezia Giulia, T-288/97, apartado 41.

⁴⁶ STJUE de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris, 730/79; STGUE de 4 de septiembre de 2009, Italia/Comisión, apartados 157 a 160; T-211/05 y sentencia del TGUE de 15 de junio de 2000, Alzetta, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97 apartado 95; etc.

Durante este procedimiento del apartado 1 se trata de establecer la compatibilidad de las medidas de ayuda. La Comisión examina conjuntamente con el Estado miembro notificante, las características de los proyectos de ayudas notificados y evalúa los beneficios esperados en contraposición con la posible distorsión de la competencia que éstos pudieran provocar en el mercado interior. Si en opinión de la Comisión el balance resulta positivo, declarará compatibles con el mercado interior las ayudas proyectadas y el Estado miembro podrá ejecutarlas. En caso contrario, o bien hará observaciones al Estado miembro para que realice las modificaciones oportunas en el proyecto de ayudas o, si no se incorporan las modificaciones o no es posible realizar ninguna de ellas, las declarará incompatibles.

Cualquier medida de ayuda no exenta que sea ejecutada sin haber llevado a cabo la notificación previa, será considerada ilegal y podrá ser objeto de una recuperación temporal en virtud del apartado 3. Lo mismo ocurrirá si se produce la ejecución de una ayuda ya notificada antes de que la Comisión emita la correspondiente Decisión de compatibilidad. Toda ayuda que por cualquier razón esté sometida a examen por la Comisión, ya sea un proyecto de ayudas creado *ex novo* o una ayuda existente, queda suspendida de ejecución hasta que sea declarada compatible.

El Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo de 13 de julio de 2015, se encarga de regular el procedimiento de notificación previa junto con otros procedimientos esenciales, como el que se refiere al tratamiento de las denuncias, al de las ayudas ilegales o al que trata de la recuperación de ayudas.

El procedimiento de recuperación de ayudas se refiere al caso en el que una ayuda ya ejecutada total o parcialmente, es declarada incompatible. La Decisión que declara incompatible una ayuda ejecutada, suele además contener la orden de la Comisión de recuperarla. A partir de esta Decisión es cuando se inicia este procedimiento.

El sentido del procedimiento de recuperación no es en ningún caso sancionador. Con él, se trata de devolver al mercado la situación inmediatamente anterior al desequilibrio causado por la ejecución de la ayuda incompatible. Con este objetivo, la empresa beneficiaria de esta ayuda deberá devolver el importe recibido por este concepto más los intereses de recuperación, cuyo método de cálculo se encuentra en la Comunicación de la Comisión (2008/C 14/02), aplicados desde que la ayuda entró a formar parte del patrimonio de la empresa y hasta que se produzca la devolución efectiva.

En virtud de la comúnmente llamada jurisprudencia Deggendorf⁴⁸, toda empresa incurso en un procedimiento de recuperación como consecuencia de la recepción de una ayuda ilegal e incompatible, no podrá recibir ningún tipo de ayuda de Estado adicional hasta haber completado totalmente la recuperación. De esta forma se trata de evitar que los Estados «*subventionen*» la recuperación por medio de la concesión de otras ayudas.

2.2.3. Las excepciones a la prohibición y la normativa comunitaria de desarrollo

Las excepciones a la prohibición del apartado 1 del artículo 107, contempladas por el TFUE en los apartados 3 de este mismo artículo, han sido desarrolladas fundamentalmente por medio de Directrices (*Guidelines*), Marcos (*Frameworks*) y Comunicaciones, es decir, por medio de la llamada *soft law*. Mediante esta *soft law*, la Comisión se obliga a mantener los criterios que en estas normas se detallan, durante la evaluación de las ayudas, considerando que su respeto por los Estados miembros garantizará un balance final positivo.

Así, por citar algunos ejemplos, las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional tienen su base jurídica en las letras a) y c) del apartado 3, el reciente Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 (C/2020/1863), cuya base jurídica es la letra b) del apartado 3 o las Directrices de Banda ancha (2013/C 25/01) basadas jurídicamente en la letra c) de este mismo apartado.

Las excepciones del apartado 2 contemplan ayudas compatibles *ope legis*, de tal forma que se presumen compatibles mientras la Comisión no demuestre la existencia de un error manifiesto, recayendo sobre ella la carga de la prueba. Si bien estos casos no caen bajo el ámbito del artículo 108.3 y por tanto, no es obligatoria la notificación previa, en la práctica, la Comisión exige la notificación de las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales aunque sólo a efectos de verificar que en efecto, el objeto de las ayudas es la reparación de los daños producidos por una situación de emergencia⁴⁹.

⁴⁸ STJUE de 15 de mayo de 1997, Deggendorf, C-355/95 P.

⁴⁹ Para mayor información general sobre esta normativa, véase PÉREZ RIVARÉS, 2017, pp. 273 - 275

2.2.4. La razón de ser de las ayudas de Estado

El eje argumental en torno al que gira la justificación de la existencia de las ayudas de Estado es, por un lado, el mantenimiento de la competencia en igualdad de condiciones (*level playing field*) en el mercado interior, principio contenido en el Título VII, artículos 101 a 109 del TFUE y por otro lado, el principio de cohesión enunciado en el artículo 174 del Título XVIII.

En julio de 2019, con ocasión de la incoación de un procedimiento de investigación formal a un proyecto de ayudas español, la Comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, dijo a este respecto: «*Public investment is important to foster economic growth in disadvantaged regions in Europe. However, we need to avoid harmful subsidy races between Member States. The Commission will carefully investigate if Spain's planned support is really necessary for Peugeot to invest in genuinely innovative production processes in Vigo and if it will further develop the region without unduly distorting competition or harming cohesion in the EU*»⁵⁰. Esta frase describe perfectamente las funciones que las ayudas de Estado deben desempeñar y que no siempre son de fácil compaginación: fomentar el crecimiento económico en las regiones desfavorecidas de Europa y evitar la distorsión de la competencia en el mercado interior.

2.2.4.1. El principio de cohesión del TFUE

El primer párrafo del artículo 174 del Tratado declara que «*A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Unión, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial.*» y el segundo párrafo concreta «*La Unión se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas.*».

¿Cómo pueden las ayudas de Estado coadyuvar para que se cumpla este principio? Pues bien, de dos formas: una proactiva, permitiendo, a través de las excepciones de los

⁵⁰VESTAGER, M. «State aid: Commission opens investigation into proposed public support for Peugeot plant in Spain». Press release, 1 de julio de 2019: «*La inversión pública es importante para fomentar el crecimiento económico en las regiones desfavorecidas de Europa. Sin embargo, tenemos que evitar las dañinas carreras de subvenciones entre los Estados miembros. La Comisión investigará detenidamente si el apoyo previsto por España es realmente necesario para que Peugeot invierta en procesos de producción realmente innovadores en Vigo y si seguirá desarrollando la región sin falsear indebidamente la competencia ni perjudicar la cohesión en la UE.*»

apartados 2 y 3 del artículo 107, incentivar por medio de medidas de ayuda actividades empresariales tractoras de la economía de determinadas regiones menos favorecidas, siempre en el respeto de las normas reguladoras aplicables (ver el apartado 2.2.3 anterior). A través de estas ayudas, los Gobiernos tratan de sesgar las decisiones empresariales de forma que éstas contribuyan a la consecución de los objetivos de política económica planteados para conseguir un mayor desarrollo de las regiones con mayor atraso económico; otra forma es, al contrario de la anterior, la contención y el control destinados a impedir las «*carreras de subvenciones entre Estados miembros*», que entre otros efectos indeseables podrían provocar deslocalizaciones, y destinados a evitar el desequilibrio entre empresas de Estados miembros (en adelante EE.MM.) con alto nivel presupuestario, que disponen por lo tanto de una alta capacidad de apoyo financiero de sus Gobiernos, frente a empresas de EE.MM. con presupuestos más restringidos, que deben subsistir en el mercado sin contar con el nivel de apoyo gubernamental de las anteriores. La ventaja de la que gozan las primeras en relación con sus competidoras es indiscutible.

Un ejemplo de herramienta para ejercer este control se encuentra en la limitación de los importes globales de ayuda que pueden concederse. Este es el caso, por ejemplo, de las ayudas *de minimis*, cuyo límite establecido⁵¹ por empresa y a lo largo de tres ejercicios fiscales es de 200.000€ y 100.000€ si la empresa pertenece al sector del transporte. Otro ejemplo de este tipo de herramientas son también los límites permitidos de intensidad de ayuda en relación con los costes subvencionables de un proyecto⁵².

Conviene incluir aquí una excepción cuyo origen está en el artículo 106.2 del TFUE. Con arreglo a este artículo las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal deben estar sometidas a las normas de los Tratados y particularmente a las normas sobre competencia. Ahora bien, este sometimiento está limitado a que la aplicación de estas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica encargada a estas empresas.

⁵¹ Reglamento (UE) 1407/2014 *de minimis*

⁵² Véanse por ejemplo, las Directrices de finalidad regional C(2013) 3769 o el Marco 2014/C 198/01 sobre ayudas de I+D+I, entre otras normas.

De momento, toda aquella medida financiera o de otro tipo, en favor de estas empresas no será ayuda de Estado mientras que sea estrictamente necesaria para que puedan llevar a cabo la misión de servicio público encomendada. Pero la línea divisoria entre lo estrictamente necesario y lo que no lo es no estaba en absoluto clara hasta que el TJUE pronunció la sentencia *Altmark*⁵³. En esta sentencia, el Alto Tribunal detalló la lista de criterios cumulativos cuyo cumplimiento determina la inexistencia de ayuda de Estado⁵⁴ en una medida de apoyo estatal a las empresas encargadas de actividades de servicio público.

Para el caso de incumplimiento o cumplimiento parcial de alguno de estos criterios, circunstancia que determinaría la existencia de ayuda de Estado, la Comisión desarrolló un paquete de normas, llamado «*paquete Altmark*», que como en el caso del apartado 3 del artículo 107 del TFUE, definían las condiciones que podían excepcionar de la prohibición del 107.1 a determinadas medidas en favor de empresas encargadas de actividades de servicio público.

2.2.4.2. La competencia en igualdad de condiciones dentro del mercado interior.

Dice el artículo 101 del TFUE que «*Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (...)*». Y asimismo, el artículo 102 recalca que : «*Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más*

⁵³ STJUE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00, apartados 88 a 94.

⁵⁴ 1º) La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas;

2º) los parámetros para el cálculo de la compensación deben estar establecidos *a priori* de forma objetiva y transparente;

3º) la compensación no puede ser superior al nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable;

4º) cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar las obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes de una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.».

Con estos dos artículos del TFUE, se trata de mantener una competencia en pie de igualdad dentro del mercado interior, evitando que las empresas adopten prácticas abusivas o desleales que reduzcan o eliminen la capacidad de otros agentes del mercado para competir. Si bien estos artículos van dirigidos a las empresas, según BACHES OPI, S. (2017) *«su aplicación conjunta con el artículo 4.3 del TUE, que establece una obligación general de cooperación leal sobre los Estados miembros para el cumplimiento de las disposiciones del derecho de la Unión¹⁷, permite prohibir a los EE.MM. adoptar medidas que favorezcan o induzcan a las empresas a adoptar prácticas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 101 o 102 del Tratado.».*

Sin embargo, el artículo 107 del TFUE va dirigido a los EE.MM. y son los EE.MM. los que cargan con la responsabilidad de su inobservancia. Con él se trata de evitar la distorsión de la competencia, precisamente, por causa de un apoyo público que proporcionaría a determinadas empresas una mejor posición frente a sus competidoras dentro del mercado interior.

En este sentido, las excepciones contempladas en los apartados 2 y 3 de este artículo permiten la utilización de las ayudas de Estado cuando se trata de servirse de ellas como herramienta de política económica, es decir, cuando se trata de estimular a las empresas para la realización de determinadas actividades de interés para el Estado miembro y por ende, para el conjunto de la Unión Europea. La Comisión, en su evaluación, sopesa este interés por un lado y por el otro, si realmente se está paliando un fallo de mercado o se está sustituyendo o directamente expulsando a la inversión privada del mercado. De la misma forma, la Comisión valora la necesidad de la ayuda, su proporcionalidad y su eficiencia para la consecución de los objetivos buscados. Estas líneas maestras de evaluación están reiteradamente explicitadas en todas las Directrices y Marcos elaborados por la Comisión Europea.

2.2.5. Instituciones comunitarias competentes en materia de ayudas de Estado

La Comisión Europea, el Tribunal de General y el Tribunal de Justicia son las instituciones competentes en materia de ayudas de Estado. Sus funciones y competencias están recogidas en el TFUE.

2.2.5.1. La Comisión Europea

Como bien dice BACHES OPI, S., p. 203, «*la Comisión Europea es la principal autoridad encargada de aplicar las normas de defensa de la competencia de la Unión Europea, a través de la Dirección General de Competencia*» (DGCOMP) y ello en virtud del artículo 17 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

En efecto, en virtud del artículo 17 del TUE⁵⁵, la Comisión queda instituida como «*guardiana de los Tratados*», pero además, en función del artículo 258 del TFUE está habilitada para perseguir a los Estados miembros que incumplan sus obligaciones de acuerdo con el derecho de la Unión. Su función última es la preservación del interés público y para ello, tiene la potestad de incoación de procedimientos de infracción, que pueden terminar con imposición de multas pecuniarias y el recurso ante el TJUE.

Por lo que se refiere especialmente a las ayudas de Estado, el artículo 108 del TFUE la designa como la única competente para a) examinar permanentemente los regímenes existentes en los EE.MM. y proponer medidas apropiadas en función de lo que exija el mercado interior; b) apreciar la existencia de ayuda de Estado en una medida de ayuda o proyecto de medida de ayuda, valorar su compatibilidad o incompatibilidad con el mercado interior y decidir en este último caso que el Estado la suprima o modifique y c) adoptar reglamentos relativos a las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado, con arreglo al artículo 109, que pueden quedar exentas de notificación previa.

El Reglamento 2015/1589 del Consejo, por su parte, acuerda poder a la Comisión para incoar procedimientos de investigación y ordenar de forma temporal o definitiva a los EE.MM. la recuperación de las ayudas otorgadas cuando sean declaradas ilegales y/o incompatibles. En los casos en los que exista incumplimiento del Estado miembro en relación con esta recuperación, la Comisión podrá acudir directamente al TJUE, en virtud del artículo 108.2 del TFUE y proponer la imposición de una multa pecuniaria.

2.2.5.2. El Tribunal General de la Unión Europea (TGUE)

⁵⁵Hace recaer sobre la Comisión la responsabilidad de la aplicación, la ejecución y el cumplimiento efectivo del Derecho de la UE

El TGUE garantiza el control jurisdiccional de la actuación de la Comisión y, en consecuencia, conoce de los recursos presentados por los EE.MM., las empresas o las asociaciones de empresas contra las decisiones que la Comisión adopta en aplicación de los artículos 107 y 108 TFUE. Así mismo, el Tribunal General es competente para anular una Decisión de la Comisión o devolvérsela exigiéndole que la modifique.

2.2.5.3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

El TJUE conoce de los recursos en casación contra las sentencias dictadas por el TGUE, estando en este caso limitado únicamente al control legislativo o lo que es lo mismo, a las cuestiones de Derecho (artículo 256 TFUE)⁵⁶.

Es también competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del artículo 107 del TFUE en relación con las cuestiones planteadas por los Tribunales nacionales (artículo 267 TFUE)⁵⁷.

Atiende los recursos que directamente le plantee la Comisión o cualquier Estado miembro por incumplimiento de una Decisión de recuperación de otro Estado miembro (artículo 108.2 TFUE)⁵⁸.

2.3. El arbitraje internacional de inversiones dentro del mercado interior

Como se ha visto, por medio de tratados bilaterales o multilaterales, los Estados procuran proteger las inversiones que realizan sus nacionales en otros Estados distintos creando un entorno lo más seguro posible desde el punto de vista jurídico y de estabilidad regulatoria. Estos tratados suelen incluir una cláusula en la que se determina que la resolución de cualquier disputa entre el inversor nacional y el estado anfitrión de sus inversiones, de producirse, se resolverá por medio de arbitrajes. En el apartado 2.1.4.1 de este trabajo se han esbozado algunas de las razones que han propiciado el auge de este tipo de tratados, en

⁵⁶ Por ejemplo y entre muchas, la ya citada STJUE de 20 de diciembre de 2017, Retegal, C-70/16 P

⁵⁷ Por ejemplo, STJUE de 05 de marzo de 2019, Eesti Pagar, C-349/17 en la que, entre otras cosas, sienta la no interpretabilidad de los criterios establecidos en el Reglamento 651/2014 para aplicar la exención de notificación previa.

⁵⁸ Por ejemplo, STJUE de 14 de diciembre de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España. Asuntos acumulados C-485/03 a C-490/03.

especial los de carácter bilateral, y con él el de los arbitrajes. Entre estas razones, se citaba la necesidad de proporcionar un entorno política y jurídicamente seguro para que las inversiones puedan ser acometidas por los inversores y prosperar. También se ha apuntado en ese mismo apartado, que esta necesidad surgió especialmente cuando en la década de los noventa se invertía en países en desarrollo y en sectores que requerían grandes inversiones.

Pero ¿por qué arbitrajes para resolver disputas entre Estados miembros de la UE en materia de inversiones? ¿Tal vez el acervo jurídico europeo y sus órganos jurisdiccionales no son suficientemente ágiles, sólidos o coherentes? No. No parece ser ésta la causa.

Fundamentalmente, los arbitrajes en materia de inversiones se deben a la existencia de TBI entre Estados de la UE y a la existencia de Estados adheridos a tratados multilaterales como es el Tratado de la Carta de la Energía. ¿Pero, qué sentido tiene establecer un TBI entre dos Estados miembros de la UE? Hay que recordar que el número de Estados que pertenecen a la UE está en evolución desde el año 1973, año en el que se incorporaron Dinamarca, Irlanda y Reino Unido. Posteriormente y poco a poco, se fueron incorporando otros países: Grecia en 1981, España y Portugal en 1986 y Austria, Finlandia y Suecia en 1995. Es en la primera década de los años 2000 cuando se produce la gran afluencia de países, mayoritariamente del este de Europa, que pasan a formar parte de la UE: en 2004 se adhirieron Chequia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia y en 2007 Bulgaria y Rumanía. Más tardíamente, en 2013 se produjo la última incorporación: Croacia.

Precisamente, antes de su incorporación, el nivel económico, político y social de estos 13 últimos países era en muchos aspectos semejante a los tradicionalmente llamados países en desarrollo. Muchos países que ya formaban parte de la UE fueron firmando TBI con los que hasta 2004 eran terceros países recién salidos de la órbita de la desaparecida URSS.

En este sentido, el caso de España puede ser ilustrativo. España mantiene actualmente TBI en vigor con Bulgaria (e. en v.⁵⁹ 1998), Croacia (e. en v. 1998), Chequia (e. en v. 1991), Eslovaquia (e. en v. 1991), Eslovenia (e. en v. 2000), Estonia (e. en v. 1998), Hungría (e. en v. 1992), Letonia (e. en v. 2002), Lituania (e. en v. 2002), Polonia (e. en v. 2002) y Rumanía (e. en v. 2002). Y prácticamente todos ellos contienen una cláusula de arbitraje.

⁵⁹ (e. en v. 1998) quiere decir «*entrada en vigor en 1998*». Véase la lista de abreviaturas de las páginas iniciales.

Por lo que se refiere a los tratados multilaterales y en particular al Tratado de la Carta de la Energía, la cuestión es diferente ya que en este caso todos los países de la UE, son signatarios y lo es también la propia Unión Europea, que impulsó este Tratado. Uno de sus principios fundamentales es el de la soberanía nacional sobre los recursos energéticos (Artículo 18). Así, la definición de la estructura del sector energético nacional depende de cada Gobierno. De acuerdo con el Tratado y la declaración, los países signatarios son libres de decidir si sus recursos energéticos serán explotados, en qué forma y en qué medida el sector energético estará abierto a los inversionistas extranjeros.

Las disposiciones del Tratado cubren las áreas de comercio energético, inversión, eficiencia energética, resolución de conflictos y tránsito de energía.

2.3.1. La posición de la Comisión Europea

Desde hace tiempo, la Comisión Europea se ha mostrado claramente contraria a admitir el arbitraje internacional de inversiones como medio extrajudicial de resolución de conflictos entre Estados miembros e inversores residentes en otros Estados miembros. Como se verá, considera que ello conculca principios fundamentales del Tratado, menoscabando sus propias competencias normativas y desequilibrando el *statu quo* del mercado interior. Asimismo, considera que la indemnización que un Estado debería pagar a una empresa en base al laudo de un Tribunal Arbitral, constituye una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior y en la mayoría de los casos, ilegal⁶⁰.

2.3.1.1. La protección de las inversiones dentro del mercado interior

Hace años⁶¹ que la Comisión Europea considera que las cláusulas de los TBI intra-UE para la protección de inversiones, son contrarias al Derecho de la Unión Europea, porque, entre otras razones, excluyen a los laudos arbitrales del examen judicial de los tribunales

⁶⁰ Ya se ha visto que una ayuda de Estado es ilegal cuando no ha sido previamente notificada a la Comisión con arreglo al artículo 108.3 del TFUE.

⁶¹ Ya en 2006, en el caso *Eastern Sugar v. Republica Checa*, la Comisión envió cartas al Tribunal en este sentido, proponiendo entre otras cosas, la aplicación del sistema jurídico de la UE en lugar del TBI, propuesta que no fue aceptada por el Tribunal Arbitral. (FARHADI, A., RESTREPO, D y VAN WAEYENBERGE, A, p. 53). Como se verá más adelante en la Decisión *Micula*, la Comisión, en su intervención a título de «*amicus curiae*» en 2009, esgrimió argumentos parecidos, además de considerar la ejecución del laudo una ayuda de Estado ilegal e incompatible.

Europeos, lo que impide garantizar la primacía y autonomía del Derecho de la Unión y además, porque conculcan el principio de no discriminación. Una vez sentada la sentencia Achmea por el TJUE, la Comisión emitió la Comunicación de 19 de julio de 2018, «Protección de la inversión intra-UE» (en adelante «*la Comunicación*»).

Mediante esta comunicación, cuyo ámbito está restringido a las inversiones transfronterizas dentro de la UE, la Comisión desgana los mecanismos jurídicos de los que la Unión dispone para proteger las inversiones intra-UE, que hacen totalmente innecesarios los TBI.

En la introducción de la Comunicación, se recuerda que las autoridades públicas de la UE y de los Estados miembros tienen el deber y la responsabilidad de proteger la inversión y regular los mercados, al tiempo que están legítimamente facultados para tomar medidas que protejan el interés público. Esto último, que puede impactar negativamente sobre las inversiones, sólo es posible bajo ciertas circunstancias y condiciones reguladas por la legislación de la UE. En este sentido, los derechos de la Unión son directamente invocables por los inversores ante los jueces nacionales que conjuntamente con el TJUE, mediante la cuestión prejudicial, garantizan la plena aplicación del Derecho de la UE así como su coherencia.

La comunicación sigue explicando que como consecuencia de la incorporación a la UE de países que tenían firmados TBI con países que eran ya miembros de la UE con anterioridad a esta incorporación, se generó un sistema paralelo de normas que se superpone a las normas del mercado único e impide la plena aplicación del Derecho de la UE. Como ejemplo de esta situación se citan los casos en los que los TBI intra-UE son interpretados de tal forma que acaban siendo la base de la concesión de una ayuda estatal ilegal que vulnera la competencia en igualdad de condiciones en el mercado único.

Pero además, indica la Comisión que los TBI también vulneran el principio de no discriminación. Y lleva razón, puesto que no todos los Estados miembros tienen firmados TBI con todo el resto de los Estados miembros de la UE y en consecuencia, no todos los inversores de diferentes Estados miembros en un mismo Estado miembro anfitrión, de ser necesario, podrán acogerse a un TBI, lo que provocará la aplicación de normas distintas en cada caso e incluso, de situaciones jurídicas muy dispares.

Por añadidura, los TBI intra-UE ponen las disputas en manos de árbitros privados que, al no estar facultados por el Tratado para presentar cuestiones prejudiciales ante el TJUE, no pueden aplicar correctamente la legislación de la UE.

Por todas las razones anteriores, la Comisión, concluye la introducción declarando: «*la Comisión Europea siempre ha considerado que los TBI intra-UE son incompatibles con la legislación de la Unión*»⁶².

En la Comunicación se analizan los mecanismos de protección existentes en la normativa europea con el objetivo de demostrar el grado de protección del que gozan los inversores comunitarios cuando invierten en Estados miembros en virtud de la legislación de la UE. Merece la pena hacer aquí un pequeño resumen:

- a) Protección de todos los movimientos transfronterizos de capital intra-UE en sus diversas formas⁶³ (desde la inversión en empresas hasta la adquisición de patentes, pasando por la recompra de acciones cotizadas y el cobro de dividendos e intereses, entre otras formas) y a lo largo de su ciclo de vida (a partir del acceso al mercado, durante la actividad en él y hasta la salida).
- b) Protección de los inversores frente a las restricciones injustificadas de los EE.MM. Sabiendo que la discriminación y las restricciones nacionales de los derechos de los inversores están, en principio, prohibidas, en caso de existir, han de estar justificadas sobre la base del interés público con arreglo al artículo 52 del TFUE⁶⁴ o, cuando no son discriminatorias por motivo de nacionalidad, pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés público, como así reconoce reiterada jurisprudencia del TJUE⁶⁵. Estas restricciones, si están justificadas, tienen que cumplir los principios generales de proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza legítima además de respetar los derechos fundamentales. Todos los derechos fundamentales, y en particular la libertad de empresa, el derecho a la propiedad (derecho especialmente

⁶² Página 2 de la Comunicación.

⁶³ Jurisprudencia reiterada indica que se puede acudir a la Directiva 88/361/CEE y a la nomenclatura anexa a ella, para definir un movimiento de capital

⁶⁴ Según el artículo 52 del TFUE se pueden permitir restricciones de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios por motivos de orden público, seguridad y salud públicas.

⁶⁵ SSTJUE de 24 de marzo de 2011, Grandes establecimientos comerciales de Cataluña, asunto C-400/08, apartado 74 y de 28 de enero de 1992, Bachmann, asunto C-204/90, apartado 28, entre otras.

importante en caso de expropiación) y el derecho a la tutela judicial efectiva, pueden ser invocados por los inversores, junto con las normas de competencia de la UE, frente a medidas nacionales.

c) Protección de los derechos de los inversores no solo *a posteriori*, cuando ya se ha producido la vulneración del derecho, que es como se contempla en el derecho internacional de inversiones (en los TBI, por ejemplo), sino también *a priori* mediante mecanismos para prevenir las vulneraciones y las soluciones extrajudiciales, a saber: el examen previo de las medidas que pueden conculcar los derechos de los particulares (el artículo 108 del TFUE, por ejemplo), y la aplicación de las normas por las administraciones nacionales de conformidad con la legislación comunitaria, con imparcialidad y atendiendo a toda la información pertinente y de forma no discriminatoria.

d) Protección judicial efectiva de los derechos de los inversores mediante un sistema completo de recursos judiciales a nivel de la UE y de los Estados miembros. De considerarlo conveniente y en caso de agotamiento de las vías anteriores, en virtud del artículo 19 del TFUE y del 47 de la Carta⁶⁶, los particulares disponen de un amplio sistema de recursos judiciales, tanto a nivel de los Estados miembros como de la UE.

La independencia, la calidad y la eficiencia del sistema judicial nacional son requisitos indispensables para garantizar la tutela judicial efectiva, y la UE brinda su apoyo en este sentido a los EE.MM. El diálogo de los jueces nacionales con el TJUE a través de la cuestión prejudicial es crucial para la aplicación en todo el ámbito europeo del Derecho Comunitario. A través de ella se resuelven dudas sobre interpretación y validez de las normas. Ahora bien, únicamente los órganos jurisdiccionales que cumplen determinados requisitos⁶⁷, que ni los tribunales arbitrales ni los árbitros privados de los TBI cumplen, pueden formular estas cuestiones prejudiciales que el TJUE responde mediante sentencia.

e) El artículo 17.1 del TUE como ya se ha apuntado anteriormente, designa a la Comisión como guardiana de los Tratados y la responsabiliza de la aplicación, la ejecución y el cumplimiento efectivos del Derecho de la UE. Las posibles acciones de

⁶⁶ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁶⁷ Véase STJUE de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, apartado 23.

los inversores para anular medidas nacionales o reclamar una compensación por los daños causados por estas medidas sin embargo, son competencia de los tribunales nacionales. Se trata por tanto de una doble vía de protección al servicio de los inversores residentes en Estados miembros.

Como consecuencia de todo el análisis anterior, la Comisión finaliza declarando en las conclusiones de la Comunicación que «*Los inversores de la UE no pueden invocar los TBI intra-UE, que son incompatibles con el Derecho de la Unión y ya no son necesarios en el mercado único*» y remacha que tampoco «*(...) en caso de litigios dentro de la UE a los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía.*»

2.3.1.2. Tratamiento de la ejecución del laudo arbitral como ayuda de Estado: la Decisión Micula⁶⁸

La Decisión Micula es un perfecto exponente de la posición de la Comisión Europea ante los mecanismos de arbitraje intra-UE y el laudo arbitral, considerando la ejecución de este último como ayuda de Estado ilegal e incompatible con el mercado interior. El resumen de lo ocurrido hasta la emisión de la Decisión es el que sigue:

El año 1998 el Gobierno rumano estableció un Plan de incentivos a la inversión. En él se preveía la concesión de una serie de incentivos a los inversores que realizaran sus inversiones en regiones desfavorecidas. Estos incentivos, cuyos efectos se extendían desde abril de 1999 hasta abril de 2009, consistían en la exención del pago de derechos de aduana y en la restitución de los pagos ya realizados de estos derechos así como en la exención del impuesto sobre los beneficios. Aunque algún organismo rumano había considerado que las medidas vulneraban la competencia, no fue hasta la Posición común redactada en 2001 en el curso de las negociaciones para la incorporación de Rumanía a la UE, cuando se indicó que la medida descrita, junto con otras, eran incompatibles. En 2004, Rumanía derogó estas medidas con efecto desde febrero de 2005 y en 2007 entró a formar parte de la UE.

En 2003, Suecia y Rumanía habían celebrado un TBI. Aprovechando esta circunstancia, como reacción a la derogación de los incentivos, en 2005 los hermanos Micula⁶⁹, de

⁶⁸ Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015

⁶⁹ Los inversores perjudicados fueron los hermanos Micula y las empresas European Food SA, Starmill SRL, Multipack SRL y Scandic Distilleries SA, todas ellas propiedad o controladas por los hermanos Micula tal y como

nacionalidad sueca, solicitaron la formación de un tribunal arbitral con arreglo a las disposiciones de solución de litigios del TBI, alegando violación de la confianza legítima por causa de la derogación de la normativa y solicitando una indemnización por daños y perjuicios.

La Comisión participó en el procedimiento arbitral en calidad de «*amicus curiae*» e informó al tribunal de que cualquier laudo que determinase la restitución de los privilegios abolidos por Rumanía, en virtud de considerar tal abolición perjudicial para la competencia, o la compensación a los demandantes por la pérdida de dichos privilegios, sería considerado como una concesión de una nueva ayuda, incompatible con el Tratado CE y en consecuencia, inejecutable por conculcar el Derecho de la UE.

El Tribunal falló por mayoría, en 2013, que Rumanía había violado la confianza legítima de los demandantes, que se tenían en el derecho de recibir los incentivos hasta abril de 2009, y había incumplido, por tanto, la obligación de «*garantizar un trato justo y equitativo de las inversiones*» y condenó a este país a pagar a los demandantes una indemnización en concepto de daños y perjuicios. Las autoridades rumanas solicitaron la nulidad del laudo ante un comité *ad hoc* con arreglo al artículo 52 del CCIADI. Mientras, una parte de los demandantes acudieron a los tribunales rumanos para solicitar la ejecución del laudo, ejecución que les fue concedida en base al artículo 54 del CCIADI. Asimismo, los tribunales rumanos nombraron un administrador que solicitó y obtuvo el embargo de la totalidad del importe de la indemnización. Parte de este importe fue transferido a los demandantes y la otra parte fue bloqueada en una cuenta bancaria a la espera de la Decisión de la Comisión. La Comisión también descubrió que uno de los hermanos Micula había planteado una demanda de ejecución contra Rumanía ante el Tribunal del Distrito de Columbia (EE.UU)⁷⁰.

La Comisión incoó un procedimiento de investigación formal sobre la ejecución del laudo⁷¹. En la Decisión de incoación llegó a unas conclusiones preliminares, en las que se ratifica en esta Decisión con la que resuelve dicho procedimiento. Son las siguientes:

la Comisión especifica en los puntos 86, 87 y 88 de esta Decisión. En adelante, las referencias a estos inversores se harán como «*los demandantes*» o «*los hermanos Micula*»

⁷⁰ Este tribunal ha fallado en contra de Rumanía en noviembre de 2019.

⁷¹ Decisión C(2014) 6848 final de 1de octubre de 2014.

- a) Que los cinco demandantes forman una única unidad económica que debe calificarse como empresa⁷². El concepto de «*empresa única*» es conocido en el Derecho de Competencia y utilizado en ayudas de Estado. Los Reglamentos 1407/2013 y el 651/2014 lo utilizan. Este último particularmente, contiene un anexo con reglas para determinar el nivel de control o propiedad de unas empresas sobre otras y su grado de dependencia;
- b) Que el pago de la indemnización otorga una ventaja económica a los demandantes que no habrían podido obtener en el mercado y además que esta ventaja no puede ser excluida por el hecho de denominarse «*indemnización en concepto de daños y perjuicios*» puesto que el laudo arbitral no entra en el ámbito de la jurisprudencia Asteris⁷³, en la que se distinguen los daños y perjuicios de la ayuda estatal. Cabe destacar que, en el punto 102 de la Decisión, la Comisión vuelve a insistir en la no validez de los TBI y en la vulneración del Derecho de la UE que estos TBI suponen, no pudiendo por tanto constituir una base jurídica válida para tal indemnización. Asimismo, considera que un Estado miembro tiene que respetar el Derecho de la Unión, puesto que el derecho primario de la Unión, como son los artículos 107 y 108 del Tratado, tiene prioridad sobre las obligaciones internacionales que pudiese tener dicho Estado miembro;
- c) Que esta ventaja es selectiva, puesto que solamente los demandantes se beneficiarían del pago de la indemnización. De hecho, otros agentes en la misma situación, ya fueran rumanos o de otras nacionalidades cuyos Estados no gozasen de un TBI vigente con Rumanía, no podrían acceder a una indemnización similar;
- d) Que la ventaja se concede mediante recursos estatales y la decisión de conceder dicha ventaja es imputable a Rumanía, independientemente de que Rumanía ejecute el laudo arbitral voluntariamente o por orden de un tribunal. Primero, porque el acuerdo de celebrar un TBI parte de la voluntad de Rumanía y segundo, porque Rumanía ejecuta voluntariamente el laudo, dado que los actos de los órganos del Estado rumano son imputables a Rumanía y los órganos jurisdiccionales, los

⁷² El TJUE analiza en su sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, C-170/83, apartado 50, los vínculos de control y funcionales para considerar como una unidad económica a diversas empresas.

⁷³ STJUE de 27 de septiembre de 1988, Asteris, asuntos acumulados C-106 a 120/87.

administradores nombrados por éstos, etc. son órganos del Estado rumano. En Derecho de la Unión sólo se reconoce una excepción a este principio general y es que una medida no es imputable a un Estado miembro si, en virtud de este Derecho, está obligado a aplicar dicha medida sin ningún tipo de discrecionalidad. En este caso, es evidente que no es el Derecho de la Unión el que obliga;

e) Que el pago de la indemnización concedida a los demandantes falsea la competencia y afecta a los intercambios comerciales entre los Estados miembros.

Por todo lo anterior, la Comisión considera que el pago de la indemnización ordenada en el laudo arbitral es ayuda estatal con arreglo al artículo 107.1 del TFUE.

Pero además, teniendo en cuenta que el pago de la indemnización se realizó sin notificar previamente a la Comisión, como así estipula el artículo 108.3 del TFUE, y considerando que la ayuda no se atiene en lo más mínimo a los requisitos de compatibilidad establecidos en las Comunicación C(2013) 3769 final de la Comisión (Directrices de ayudas Regionales), la Comisión concluye que el pago de la referida indemnización constituye una ayuda de Estado, ilegal e incompatible.

Finalmente, la Comisión ordena en esta Decisión la recuperación de lo pagado a los demandantes en concepto de indemnización con los correspondientes intereses que empezarán a contar desde el momento en el que dichos importes se pusieron a disposición de los denunciantes⁷⁴.

2.3.2. La posición del TJUE: la sentencia Achmea y sus consecuencias

La sentencia Achmea se dictó en marzo de 2018, con ocasión de una cuestión prejudicial formulada al TJUE por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania, país que había sido elegido sede de un procedimiento de arbitraje que debía resolver un litigio entre la empresa holandesa Achmea y la República de Eslovaquia.

La República de Eslovaquia recurrió ante los tribunales alemanes solicitando la nulidad del laudo arbitral que la condenó a indemnizar a Achmea, por considerar que la cláusula del

⁷⁴ Esta Decisión fue recurrida y anulada por el TGUE en su sentencia de 18 de junio de 2019, que determinó que al no estar todavía incorporada Rumanía a la UE cuando se concedieron los incentivos, no le era aplicable el Derecho de la Unión. Esta sentencia ha sido recurrida en casación ante el TJUE que aún no ha emitido su fallo.

TBI que constituía la base jurídica del procedimiento era contraria al Derecho de la Unión en lo que se refiere a los artículos 18, 267 y 344 del TFUE.

El Tribunal alemán, formuló la cuestión prejudicial al TJUE sin mayor convencimiento en los argumentos de la República de Eslovaquia, pero la sentencia del TJUE fue clara: «*Los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros (...)*», a continuación pone como ejemplo la cláusula del TBI firmado entre Países Bajos y la República de Eslovaquia y continúa: «*conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro*».

Y ello porque un tribunal arbitral, tal y como normalmente se establece en los TBI, no puede ser considerado «*órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros*» en el sentido del artículo 267 del TFUE y no está facultado, por tanto, para solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia a través de la que, indica la propia sentencia, se preserva la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, lo que permite asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía.

Por tanto, en coincidencia con los argumentos de la Comisión expuestos anteriormente, el TJUE declara que los TBI que contienen la cláusula de arbitraje, contrarían el Derecho de la Unión y consecuentemente, son inaplicables en el ámbito en el que es de aplicación este Derecho.

2.3.2.1. Las consecuencias.

La primera consecuencia de esta sentencia fue la Comunicación de la Comisión «Protección de la inversión intra-UE», expuesta en el apartado 2.3.1.1.

Otra importante consecuencia y más determinante si cabe ha sido «*La declaración de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros*» de 15 de enero de 2019. En esta declaración firmada por los 28 Estados miembros, se asume en toda su dimensión las consecuencias jurídicas de la sentencia Achmea y se toma nota de la citada Comunicación «Protección de la inversión intra-UE», muchos de cuyos planteamientos hace suyos. Asimismo, los Estados miembros firmantes se comprometen a evaluar los procedimientos y

mecanismos existentes para la resolución de litigios así como la necesidad y, en su caso, los medios para crear nuevas herramientas y dispositivos o mejorar los ya previstos por el Derecho de la Unión. En particular, en razón o mediante esta declaración:

- a) Los firmantes Informan a los tribunales de arbitraje en materia de inversiones, de las consecuencias jurídicas que la sentencia Achmea tiene para todos los procedimientos relativos a inversiones intra-UE pendientes que hayan sido iniciados en base a TBI o en base a la carta de la energía. Asimismo informan a la comunidad de inversores de que no deben iniciar ningún nuevo procedimiento de arbitraje de inversiones intra-UE.
- b) Los firmantes se comprometen a que, de común acuerdo con el Estado miembro demandado, el Estado miembro en el que esté establecido un inversor que haya iniciado este procedimiento, tomará todas las medidas necesarias para informar al tribunal de arbitraje concernido de las consecuencias de la sentencia. Asimismo los Estados miembros demandados solicitarán a los tribunales, incluso de terceros países, que tengan que pronunciar una sentencia arbitral relativa a inversiones intra-UE, que la anulen o que no la ejecuten por existir falta de consentimiento válido.
- c) También se comprometen a que los Estados miembros que controlen empresas que hayan iniciado un procedimiento de arbitraje de inversiones contra otro Estado miembro, tomarán las medidas regulatorias necesarias para que estas empresas retiren las demandas de arbitraje pendientes.
- d) Asimismo aseguran que rescindirán todos los TBI pendientes mediante acuerdos multilaterales o bilaterales.
- e) Además, las sentencias y laudos arbitrales que no puedan ser anulados ni suspendidos y que hayan sido voluntariamente respetados o ejecutados antes de la sentencia Achmea no serán recurridos. Los Estados miembros examinarán qué medidas adoptarán en relación con estas sentencias y laudos.
- f) Los Estados miembros harán todo lo posible por presentar, a más tardar el 6 de diciembre de 2019, instrumentos de ratificación, aprobación o aceptación de este tratado plurilateral (esta declaración) o de cualquier tratado bilateral por el que se rescinden los tratados bilaterales de inversión celebrados entre Estados miembros. Se informarán mutuamente e informarán al Secretario General del Consejo de los posibles obstáculos que se les presenten y las medidas para solventarlos.

- g) Más allá de las medidas relativas al Tratado sobre la Carta de la Energía basadas en la declaración, los Estados miembros tendrán que dilucidar lo antes posible con la Comisión si son necesarias medidas adicionales para extraer todas las consecuencias de la sentencia Achmea por lo que se refiere a la aplicación intra-UE del Tratado sobre la Carta de la Energía.

Así pues, parece que ciertamente se quiere prescindir del arbitraje de inversiones dentro del ámbito de la UE y la sentencia Achmea ha sido el detonante, dado que coloca «*fuera de la Ley*» a los arbitrajes Estado-inversor intra-UE. Por lo que se refiere al arbitraje comercial, la sentencia Achmea establece una distinción importante en sus puntos 54 y 55 en relación con el de inversiones: mientras el primero tiene su origen en la autonomía de la voluntad, el segundo se basa en un acuerdo entre Estados miembros mediante el que sustraen de la competencia de sus órganos jurisdiccionales el conocimiento de los litigios que podrían tratar de la interpretación o la aplicación del Derecho de la UE y por ende, del sistema judicial de recursos.

La rapidez con la que se lleven a efecto las acciones enunciadas en la declaración va a depender de la capacidad de adaptar los procedimientos jurisdiccionales en los Estados miembros y en la propia Comisión Europea, así como de las negociaciones entre los propios Estados miembros, que a su vez tendrán que negociar con sus inversores, que cabe suponer que en algunos casos no estarán precisamente contentos con esta política. Como en la mayoría de los casos, Comisión Europea y Estados miembros tendrán que ser capaces de concertar los muchos intereses encontrados

2.3.3. Asuntos que afectan a España en el ámbito de la energía.

Los cambios legislativos que se produjeron a lo largo de los años 2010 a 2014 con el objetivo de disminuir los incentivos que se diseñaron entre los años 2004 a 2008 para incentivar la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, provocaron un aluvión de demandas de inversores extranjeros frustrados en sus expectativas.

En efecto, el plan de atracción de inversiones contemplaba unos incentivos muy generosos, que atrajeron a inversores tanto nacionales como extranjeros a la vista de rentabilidades muy sustanciosas. Pero llegó la crisis financiera de 2009 y con ella los recortes de los presupuestos estatales que hicieron insostenible el mantenimiento de estos incentivos.

En una primera etapa, se redujeron drásticamente⁷⁵ y en una segunda etapa, directamente se suprimieron⁷⁶. Como consecuencia de este cambio, España pasó a ser uno de los países con más demandas de arbitrajes interpuestas por inversores extranjeros, inversores que consideraban que España había violado la Carta de la Energía (TCE), Tratado del que España es parte, al haber frustrado la confianza legítima de los demandantes.

El artículo 6.4 del TCE, ofrece a quién solicita un arbitraje tres posibilidades: acudir ante el CIADI. Para ello, tanto el Estado demandado como el Estado del inversor tienen que ser partes del CCIADI; acudir ante un solo árbitro o tribunal arbitral *ad hoc* bajo el Reglamento de la CNUDMI; o ante un arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Principalmente, los motivos por los que los inversores extranjeros denunciaron a España, fueron la violación de la cláusula del trato justo y equitativo (artículo 10 del TCE), por haber frustrado las legítimas expectativas, la prohibición de expropiación indirecta (artículo 13.3 del TCE) y la obligación de garantizar medios eficaces para el ejercicio de los derechos (artículo 10.2 del TCE). Este último motivo, porque al utilizar el Real Decreto-ley como instrumento para introducir los cambios normativos, el Estado les privaba, teóricamente, de la posibilidad de impugnar esta norma en el orden contencioso administrativo.

La lista de demandantes no es corta, algunos de los cuales figuran en la nota al pie 1 de la página 7⁷⁷. De momento, dos arbitrajes dieron la razón a España⁷⁸ y a junio de 2020, 12 han dado la razón al demandante de los cuales uno («EISER») ha sido anulado. En estos últimos casos, España está notificando a la Comisión por el artículo 108.3 de TFUE estos laudos condenatorios como ayudas de Estado y alegando la incompatibilidad de la ejecución de los laudos con el Derecho de la Unión.

⁷⁵ Medidas regulatorias del 2010: RD 1565/2010 y RDL 14/2010

⁷⁶ Medidas regulatorias de 2013-2014: RDL 9/2013, RD 413/2014 y Orden Ministerial IET/1045/2014.

⁷⁷ A título de ejemplo: Novaenergía, propiedad del fondo de inversión en infraestructuras francés Antin; OperaFund, compañía maltesa; Infrared Environmental Infrastructure cuya propiedad ostenta el fondo de inversión británico InfraRed Capital Partners; EISER Finance Limited («EISER»), fondo gestor de activos londinense, y su filial Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. (laudo anulado en fecha 15 de junio de 2020 por conflicto de intereses de uno de los árbitros); 9REN Holding S.a.r.l, empresa luxemburguesa; Greentech Energy (compañía danesa) conjuntamente con Foresight Luxembourg Solar y GWM Renewable Energy.

⁷⁸ 7 Charanne y Construction Investments c. España (caso CCE n.º 062/2012, Laudo de 21-1-2016); Isolux Infrastructure Netherladns, B.V. c. España (caso CCE n.º V2013/153, Laudo de 12-7-2016).

La sentencia Achmea puede suponer una puerta abierta para España en todos estos asuntos , cuyo importe total calculado en 2018 se situaría alrededor de los 8.000 millones de euros y el número de laudos pendientes en esa fecha estaba en el entorno de los 40⁷⁹.

3. Conclusiones

Tal y como aquí se han descrito las características y razón de ser del arbitraje internacional de inversiones y las características pertinentes del Derecho Comunitario y dentro de éste, de las ayudas de Estado y su razón de ser, más que hablar de «*una difícil convivencia*» entre arbitraje y Derecho Comunitario, hubiera sido más apropiado tal vez decir en el título «*una convivencia casi imposible*».

Las diferentes visiones de ambos sistemas regulatorios los hacen difícilmente compatibles. La declaración de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de 15 de enero de 2019 (en adelante «la Declaración») muestra claramente el origen del problema: los TBI intra-UE en vigor que conculcan la normativa europea, según la sentencia Achmea, y que constituyen la base sobre la que se asientan la mayor parte de los arbitrajes entre países de la Unión.

En nuestra opinión, estos TBI son una de las consecuencias de la incorporación acelerada de los países del Este de Europa en los años 2000, propiciada más por intereses geopolíticos que por una coincidencia real en términos económicos, sociales o políticos. Previamente a esta incorporación, los Estados entonces miembros de la Unión vieron muy conveniente allanar el terreno a sus inversores que apreciaban una posibilidad de obtener rentabilidades en países relativamente cercanos y con necesidad de infraestructuras, productos de consumo, tecnología y capitales y por tanto, considerados atractivos. Paralelamente, los Estados anfitriones necesitaban esa afluencia de capitales para incrementar su nivel de desarrollo y mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos.

Pero la entrada de estos países como miembros de la Unión Europea, introdujo un sistema de resolución de conflictos extraño al sistema jurídico europeo que incluso se podría

⁷⁹ Declaraciones de la ministra Teresa Ribera recogidas en el periódico digital «elEconomista.es» a 6 de agosto de 2018

calificar de espurio en tanto que no se ajustaba, ni aún se ajusta, a la legalidad comunitaria y que en ocasiones se solapa con el Derecho de la Unión, impidiendo su aplicación. En efecto, los TBI fueron concebidos como herramientas que proporcionaban una pasarela segura entre países distintos, con sistemas regulatorios distintos y distintas culturas económicas, jurídicas y políticas. La inexistencia de un sistema jurisdiccional internacional independiente al que se pudiese confiar la resolución de disputas propició que los países concluyeran acuerdos en los que se establecían las reglas bajo las cuales se trataba de cobijar a los inversores extranjeros y a sus inversiones.

Además de incluir una serie de cláusulas que delimitaban los derechos de los inversores y su protección, los TBI designaban como procedimiento de resolución de conflictos frente a la vulneración de sus cláusulas, el arbitraje y las instituciones que lo gestionaban ante las que llevar los litigios para su resolución. El arbitraje comercial había dado muestras de sus capacidades y su eficacia, así que sus características se consideraron idóneas para resolver los conflictos internacionales en materia de inversiones entre inversor y Estado. Bien es verdad que, como dice el TJUE en la sentencia *Achmea*, el procedimiento del arbitraje comercial se asienta sobre la voluntad de las partes, mientras que en el caso del arbitraje en materia de inversión el procedimiento resulta de un tratado mediante el cual los Estados se comprometen a sustraer los litigios de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial disponible.

La disfunción se produce cuando se trata de aplicar los TBI, concebidos para entornos jurídicos dispares, a disputas entre inversores y Estados de un mismo entorno jurídico, jurisdiccionalmente coordinados para la interpretación del Derecho y su aplicación y que disponen de herramientas suficientes para hacer cumplir las disposiciones legales en el respeto de los derechos fundamentales. En el entorno europeo tal vez, los TBI pierden su razón de ser, como afirma la Comisión.

En este sentido, la Declaración es el intento por parte de todos los Estados miembros de dejar cada cosa en su sitio y como dice un refrán «dar a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César». El arbitraje como medio de solución de conflictos de inversiones entre inversores comunitarios y Estados miembros, debe terminar.

Los TBI y el arbitraje internacional de inversiones podrán seguir siendo útiles entre países UE y terceros países. Ahora bien, la bilateralidad se establecería en adelante y con

mayor frecuencia entre la Comisión y terceros países. En la Comunicación de la Comisión «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», se esboza ya la estrategia que en esta materia se pretende seguir.

Hay quién puede pensar, como así se lee en algunos titulares de artículos, que el arbitraje internacional de inversiones tiene sus días contados. No es esa nuestra opinión. Tal vez, el número de casos a gestionar por las instituciones y especialmente por el CIADI disminuya como consecuencia de la actitud de la UE, pero hasta el momento, la intención de la Comisión parece ser la de mantener, cuando menos, Tratados UE-terceros países de carácter bilateral o multilateral.

En los próximos tiempos se verá qué es lo que ocurre. Los intereses en juego en estos momentos implican a Estados miembros anfitriones, Estados miembros interesados en que sus residentes inviertan en otros países del mercado interior, Estados miembros condenados a pagar indemnizaciones millonarias, inversores que esperan cobrar esas indemnizaciones, instituciones europeas que están obligadas a mantener el statu quo del mercado interior y el control legislativo de la Unión e instituciones de arbitraje y árbitros, interesados en gestionar este tipo de procedimientos. Parece que se necesitará aún una buena parte de trabajo negociador para encajar las expectativas de todos. Esperemos que este rompecabezas se resuelva de la mejor manera y lo antes posible.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

- ALONSO GARCÍA, R., «El soft law comunitario». Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio de la Presidencia. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjQzNTMmaWRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmFtZT0yMDAxXzE1NF8wNjMucGRmJmZpbGU9MjAwMV8xNTRfMDYzLnBkZiZ0YWJsYT1BcnRyY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg>
- BACHES OPI, S. «La política y el derecho de defensa de la competencia de la Unión Europea (I). Visión general». En: Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI, 189-217. Coord. por Marta Ortega Gómez, Beatriz Añoveros Terradas. Ed Bosch, 2017.
- CALVO CARAVACA, L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. «El arbitraje comercial internacional». Tecnos. 1989
- CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. Droit international économique. Dalloz, 2013.
- DAVID, R. «Arbitrage et droit comparé». *Révue internationale de droit comparé*, 1959, pp. 5 - 18.
- FARHADI, A., RESTREPO, D y VAN WAEYENBERGE, A. «La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales». Ed. Barcelona: JMB Bosch Editor, 2017.
- ORTEGA HERNÁNDEZ, R.J. «Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos». Ed. Barcelona: JMB Bosch Editor, 2019
- PÉREZ RIVARÉS, J.A. «El régimen jurídico de las ayudas de estado en la Unión Europea». En: Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI, 269-298. Coord. por Marta Ortega Gómez, Beatriz Añoveros Terradas. Ed Bosch, 2017.
- R. BRUNS y H. MOTULSKY. «Tendances et perspectives de l'arbitrage international (À propos de la réforme de la Convention de Genève de 1927)», *Revue internationale de droit comparé*. 1957, pp.719 y 724
- REMIRO BROTONS, A. «La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères». *R des C.*, 1984-I, Vol. 184, pp. 169–354.

- REMÓN PEÑALVER, J. «La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público». Club Español del Arbitraje. 2008 n.º 1, Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942>
- SIMÕES FD, GÓMEZ KF, FARHADI A, MASIÁ EF, GALLEGOSUNA F, GATTI M, et al. La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales: Eu policy on international investment law. 1st ed. J.M Bosch, 2018. Disponible en <https://bv.unir.net>

Bibliografía complementaria

- «Introducción al arbitraje de inversiones». Información de arbitraje internacional: Patrocinado por Aceris Law LLC - Bufete de abogados de arbitraje internacional. 14 de junio de 2020, 0:59. Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/>
- «Ribera cifra en más de 8.000 millones las reclamaciones por el recorte de las primas a las energías renovables». elEconomista.es. 6 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/energia/noticias/9316524/08/18/Ribera-cifra-en-mas-de-8000-millones-las-reclamaciones-por-el-recorte-de-las-primas.html>.
- BANCO DE ESPAÑA. «Balanza de Pagos y Posición de Inversión Internacional de España. Nota metodológica». Departamento de estadística. 2019. pp. 21-27
- CIADI. «Informe anual 2019». Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/Resources/ICSID-Annual-Report.aspx>.
- CNUDMI. «Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional». Ed. Viena, Naciones Unidas, 2013.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. «Ampliación de la UE». Consultada el 7 de julio 2020. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/politicas/enlargement/>.
- CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE (CPA). Disponible en: <https://pca-cpa.org/es/home/>
- EUROPEAN COMMISSION. «Investment». Consultada el 6 de julio de 2020. Disponible en: <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>

- GONZÁLEZ, J. «Arbitraje de inversiones y TTIP: elementos de análisis». Agenda pública El País. Consultado: 11 de junio de 2015. Disponible en: <http://agendapublica.elpais.com/arbitraje-de-inversiones-y-ttip-elementos-de-analisis/>
- INSTITUTO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO (SCC). Disponible en: <https://sccinstitute.com/about-the-scc/>
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION (ICC). «Informe Estados, Entidades Estatales y arbitraje CCI». Ed. ICC. 2012, traducido y publicado en español en 2019. <https://iccwbo.org/publication/arbitration-involving-states-state-entities-icc-rules-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr-spanish-version/>
- JIMÉNEZ PELAYO, R.C. «La revisión ad intra de los laudos arbitrales». Diario La Ley, 2014, nº 8440, p. 2.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. SECRETARÍA DE ESTADO DE COMERCIO. «Inversiones Exteriores. Protección de Inversiones y Regulación». Consultado el 6 de julio de 2020. Disponible en: <https://comercio.gob.es/InversionesExteriores/AcuerdosInternacionales/Paginas/default.aspx>
- OCDE. «Definición Marco de Inversión Extranjera Directa». 4ª ed. OCDE. 2011. Cap 3.
- REMÓN, J., VIRGÓS, M., BOTTINI, G., LÓPEZ DE ARGUMEDO, A., & Fatás, J. M. (2017). «Mesa redonda: posturas encontradas En el arbitraje internacional». THĒMIS-Revista De Derecho, (71), pp. 275-288. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19828>
- SIQUEIROS, J.L., «El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales». Documento de trabajo Universidad Iberoamericana, Puebla. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/pública/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr4.pdf>
- UNCTAD. «International Investment hub navigator». UNCTAD. Consultado el 6 de julio de 2020. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

- VESTAGER M. «State aid: Commission opens investigation into proposed public support for Peugeot plant in Spain». Press release, 1 de julio de 2019. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_3510

Legislación citada

- Comunicación 2008/C 14/02 de la Comisión «relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización». Diario Oficial de la Unión Europea núm. C14 de 19 de enero de 2008. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2008:014:FULL&from=ES>
- Comunicación 2014/C 198/01 de la Comisión «Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación». Diario Oficial de la Unión Europea núm C 198 de 27 de junio de 2014. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0627\(01\)&from=EL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0627(01)&from=EL)
- Comunicación 2016/C 262/01 de la Comisión relativa al «concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Diario Oficial de la Unión Europea núm. C 262 de 19 de julio de 2016. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=ES)
- Comunicación C(2013) 3769 final de la Comisión. «Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014 - 2020», Diario Oficial de la Unión Europea núm. C 209 de 23 de julio de 2013. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:209:0001:0045:ES:PDF>
- Comunicación C/2020/ 1863 de la Comisión «Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19». Diario Oficial de la Unión Europea núm. C91I de 20 de marzo de 2020. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XC0320\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020XC0320(03))
- Comunicación COM(2010) 343 final de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional». No publicada.

Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&from=GA>

- Comunicación COM(2018) 547 final de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. «Protección de la inversión intra-UE» Bruselas, 19 de julio de 2018. No publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1592913401459&uri=CELEX:52018DC0547>
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convenio de Nueva York). Firmada por 10 países en Nueva York el 20 de junio de 1958. Versión revisada en 2015. Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>
- Convenio CIADI, Reglamento y Reglas. Firmado por 20 países y en vigor desde 14 de octubre de 1966, adhesión de 143 países el 10 de abril de 2006. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>
- Directiva 2006/123/CE , de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo« relativa a los servicios en el mercado interior». Diario Oficial de la Unión Europea L 376 de 27 de diciembre de 2006.
- El Tratado sobre la Carta de la Energía y documentos relacionados, firmado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. Disponible en: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Boletín Oficial del Estado núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, páginas 46097 a 46109. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Aprobada en 11 de diciembre de 1985, incluye las enmiendas aprobadas en 2006. Naciones Unidas 2008. ISBN 978-92-1-333392-1 Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf
- Reglamento (UE) 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que «se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países». Diario Oficial de la Unión Europea núm. L 351 de 20 de diciembre de 2012, pp. 40/46.

Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32012R1219>

- Reglamento (UE) 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a «la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis». Diario Oficial de la Unión Europea núm. L 352 de 24 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32013R1407>
- Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo de 13 de julio de 2015 por el que «se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Diario Oficial de la Unión Europea núm. L 248 de 24 de septiembre de 2015, p. 9–29. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015R1589>
- Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que «se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado». Diario Oficial de la Unión Europea núm. L 187 de 26 de junio de 2014. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0651>
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 7 de junio de 2016, núm. C 202, pp. 47/388. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>
- Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992. Versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 7 de junio de 2016, núm. C 202, pp. 13/47. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>

Jurisprudencia referenciada

- Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral Micula/Rumanía de 11 de diciembre de 2013. Diario Oficial de la Unión Europea de

4.de septiembre de 2015, núm. L 232, pp. 43 - 70. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1470>

- Decisión C(2014) 6848 final de la Comisión de 01 de octubre de 2014, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral Micula/Rumanía de 11 de diciembre de 2013. No publicada en Diario Oficial de la Unión Europea. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254586/254586_1595781_31_11.pdf
- Sentencia del TGUE de 04 de abril de 2001, Friuli Venezia Giulia, T-288/97, EU:T:2001:115, apartado 41.
- Sentencia del TGUE de 04 de septiembre de 2009, Italia/Comisión; T-211/05, EU:T:2009:304, apartados 157 a 160.
- Sentencia del TGUE de 06 de julio de 1995, AITEC y otros/Comisión, asuntos acumulados T-447/93, T-448/93 y T-449/93, EU:T:1995:130, apartado 141.
- Sentencia del TGUE de 15 de junio de 2000, Alzetta, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97 etc., EU:T:2000:151, apartado 95.
- Sentencia del TGUE de 18 de junio de 2019, Micula, asuntos acumulados T-624/15, T-694/15 y T-704/15, EU:T:2019:423.
- Sentencia del TJUE de 01 de junio de 1999, Eco Swiss China Time Ltd / Benetton International NV., C-126/97, EU:C:1999:269, apartado 20.
- Sentencia del TJUE de 02 de julio de 1974, Italia/Comisión, 173/73, EU:C:1974:71, apartado 13.
- Sentencia del TJUE de 05 de marzo de 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172.
- Sentencia del TJUE de 06 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158.
- Sentencia del TJUE de 06 de septiembre de 2006, Azores, C-88/03, EU:C:2006:511.
- Sentencia del TJUE de 08 de mayo de 2013, Libert y otros, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, EU: C:2013:288, apartado 77.
- Sentencia del TJUE de 08 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, EU: C:2011:550, apartado 52.
- Sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 2013, Comisión/Irlanda y otros, C-272/12 P, EU:C:2013:812, apartados 45 a 53.

- Sentencia del TJUE de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA y otros, C-222/04, EU:C:2006:8, apartado 107.
- Sentencia del TJUE de 11 de julio de 1996, SFEI y otros, C-39/94, EU:C:1996:285, apartado 60.
- Sentencia del TJUE de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, C-170/83, EU:C:1984:271, apartado 50.
- Sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2000, Magefesa, C-480/98, EU:C:2000:559, apartados 19-20.
- Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, EU: C:2000:428, apartado 74 .
- Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, asuntos acumulados C-485/03 a C-490/03, EU:C:2006:777.
- Sentencia del TJUE de 14 de enero de 2015, Eventech/The Parking Adjudicator, C-518/13, EU:C:2015:9, apartados 65 y 66.
- Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 1997, Deggendorf, C-355/95 P, EU:C:1997:241.
- Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido, asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732, apartados 101 y ss.
- Sentencia del TJUE de 16 de mayo de 2000, Francia/Ladbroke Racing Ltd y Comisión, C-83/98 P, EU:C:2000:248, apartado 50.
- Sentencia del TJUE de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (Stardust), C-482/99, EU:C:2002:294, apartado 52.
- Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2008, Essent Netwerk Noord, C-206/06, EU:C:2008:413, apartados 69 a 75.
- Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris, 730/79, EU:C:1980:209.
- Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult , C-54/96, EU:C:1997:413, apartado 23.
- Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, Retegal/Comisión, C-70/16 P, EU:C:2017:1002, apartados 57 a 63.

- Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972.
- Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group, S.A., y otros, C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:981, apartado 94.
- Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2009, Puffer, C-460/07, EU:C:2009:254, apartado 70.
- Sentencia del TJUE de 24 de julio de 2003, Altmark Trans, C-280/00, EU:C:2003:415, apartado 79 y apartados 88 a 94.
- Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011, Grandes establecimientos comerciales de Cataluña, C-400/08, EU:C:2011:172, apartado 74.
- Sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 1988, Asteris, asuntos acumulados C-106 a 120/87, EU:C:1988:457.
- Sentencia del TJUE de 28 de enero de 1992, Bachmann, C-204/90, EU:C:1992:35, apartado 28.
- Sentencia del TJUE de 29 de abril de 1999, España/Comisión, C-342/96, EU:C:1999:210, apartado 41.