

“CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA: EL FUTURO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA”

Autor: Nicolas de Sadeleer, profesor titular en la Universidad Saint-Louis, Cátedra Jean Monnet, Investigador Senior METRO, Universiteit Maastricht.

Fecha de recepción: 07/12/2022

Fecha de aceptación: 14/12/2022

DOI: <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00066>

Resumen:

El Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), tratado mixto concluido por la UE y 26 Estados miembros, incluye la resolución de litigios entre inversores y Estados ("ISDS"). En su sentencia *Komstroy* (C-741/19), el Tribunal de Justicia de la UE dictaminó que la ISDS del TCE es contraria al derecho de la UE. Los negociadores de los 54 Estados parte del TCE llegaron a un acuerdo en junio de 2022 para modernizar el tratado. Este tratado de modernización incluye la exclusión de la ISDS para los litigios intracomunitarios, lo que a la larga debería impedir las demandas de arbitraje de los inversores de los Estados miembros contra España. Sin embargo, al no estar satisfechos con la modernización prevista, siete Estados miembros, entre ellos el Reino de España, se plantean denunciar la Carta de la Energía.

Abstract:

The 1994 Energy Charter (ECT), a mixed treaty concluded by the EU and 26 Member States, provides an «Investor-to-State Dispute Settlement» clause that has had significant impact on the Spanish renewables policy. In *Komstroy* (C-741/19), the CJEU ruled that the ECT ISDS is contrary to EU law. Negotiators from the 54 States party to the ECT reached an agreement in June 2022 to modernise the treaty.

¹ Este artículo se ha redactado en el marco del proyecto «EU-China Relationship in rules-based multilateral investment system» (EUChMIS), financiado por la Agencia Ejecutiva en el Ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural. El autor agradece a José Manuel Escudero Pérez y a Inmaculada Revuelta la corrección de su texto.

This modified treaty includes the exclusion of ISDS for intra-EU disputes, which should eventually prevent arbitration claims by investors from Member States against Spain. However, not being satisfied with the envisaged modernization, seven Member States, including the Kingdom of Spain, are considering denouncing the Charter.

Palabras clave: Modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía. Tribunales arbitrales. Resolución de litigios entre inversores y Estados. Litigios entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro. Inversiones directas. Competencia exclusiva de la Unión. Inversiones indirectas. Resolución de litigios. Competencia compartida. Denuncia del tratado.

Keywords: Modernization of the Energy Charter Treaty. Arbitral tribunals. Disputes between a Contracting Party and an investor of another Contracting Party. Inapplicability of disputes between an investor from one Member State and another Member State. Direct investments. Exclusive EU competence. Indirect investments. Dispute settlement. Shared competence. Treaty termination.

Índice:

1. La Carta de la Energía y la resolución de litigios entre inversores y Estados
2. El reto de actualizar un tratado anacrónico
3. ¿Frío reglamentario o denuncia?
4. ¿Competencias exclusivas o compartidas?
5. *Une valse à trois temps*
6. Cómo evitar que la denuncia por parte de una serie de Estados miembros no torne en pesadilla

Index:

1. The Energy Charter Treaty and the resolution of disputes between investors and States
2. The challenge of updating an anachronistic treaty
3. Regulatory cold or complaint?
4. Exclusive or shared powers?
5. *Une valse à trois temps*
6. How to avoid that the complaint from a series of State members doesn't turn into a nightmare

1. LA CARTA DE LA ENERGÍA Y LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS

Mientras que la COP 27 produjo un acuerdo a medias tintas que no invertirá la tendencia del calentamiento global, otro tratado, menos conocido por el público en general, lleva varios meses agitando la escena política europea. Concluido al final de la Guerra Fría, en 1994, con el objetivo de garantizar la transición política y económica de los mercados energéticos de los países de Europa Central y del Este, así como de la extinta URSS, el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) incluye la resolución de litigios entre inversores y Estados (más conocido por el acrónimo "ISDS" «*Investor-to-State Dispute Settlement*»)². Este tratado fue celebrado en su momento por la Unión Europea (UE) y 26 de sus Estados miembros. Para atraer a los inversores extranjeros, los Estados parte del TCE acordaron sustraer los litigios sobre inversiones de la jurisdicción de sus propios tribunales.

Gracias a este mecanismo de solución de controversias, un fondo de inversión con sede en el territorio de un Estado parte del TCE (por ejemplo, Dinamarca) puede, en caso de litigio sobre sus inversiones energéticas en el territorio de otro Estado contratante (España), interponer una demanda contra dicho Estado ante un tribunal de arbitraje *ad hoc*. A diferencia del arbitraje comercial, estos tribunales se establecen en el marco del propio TCE y su remisión no se deja al libre albedrío de los Estados parte del TCE³.

Debido a la magnitud de las indemnizaciones concedidas por estos tribunales, a la rapidez de los procedimientos y a su confidencialidad, el ISDS del TCE ha superado las expectativas de sus autores, pues ya ha dado lugar a más de 145 litigios, de los cuales más del 70% corresponden a litigios intracomunitarios. Las tarifas de la energía verde española han sido el principal objetivo de los inversores privados por considerar que la reducción de su subvención como consecuencia de la crisis económica le puede haber mermado sus expectativas legítimas.

En 2012, Vattenfall reclamó a Alemania 4.700 millones de euros para compensar sus supuestas pérdidas por el cierre progresivo de los reactores nucleares que opera en ese país. Por otro lado, RWE y UNIPER reclamaron a los Países Bajos una compensación de 3.500 millones de euros en 2021 por la eliminación del carbón para 2030⁴. En la actualidad hay cuarenta litigios intracomunitarios pendientes. Esto

² Artículo 26.2.c) TCE.

³ Artículo 26.3.a) TCE. Véase también la STJUE de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia / Komstroy*, asunto C-741/19, EU:C:2021:65, apartado 59,

⁴ Se ha llegado a un acuerdo entre Vattenfall y el Estado alemán. Además, UNIPER, que fue absorbida por el Estado alemán, ha retirado su solicitud en julio de 2022. Véase *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. y Uniper Benelux N.V. / Países Bajos*, ICSID Asunto N°. ARB/21/22.

convierte al TCE en el acuerdo de inversión con el mayor número de arbitrajes ISDS. De ahí que el TCE haya sido objeto de críticas a raíz de una campaña de las ONG y debido a la exasperación de algunos Estados miembros que se enfrentan a procedimientos de arbitraje⁵.

Con una Ley Europea del Clima recientemente aprobada⁶, la UE está adoptando una docena de normas jurídicas en el marco del programa "Objetivo 55"⁷, que deberían acelerar la descarbonización de la producción de energía. Si bien estas medidas aumentarán la inversión en energía verde, provocarán asimismo un importante descenso de la inversión en combustibles fósiles en toda Europa y, por tanto, afectarán a los derechos de los inversores extranjeros en virtud del TCE. Los más críticos sostienen que el TCE, a través de su mecanismo de arbitraje privado, pondría una espada de Damocles sobre las autoridades nacionales que decidan abandonar los combustibles para lograr la neutralidad del carbono en 2050. ¿Son exagerados sus temores?

2. EL RETO DE ACTUALIZAR UN TRATADO ANACRÓNICO

Conscientes de las debilidades originales del TCE, los 54 Estados Partes se embarcaron en un proceso de modernización del mismo entre julio de 2020 y junio de 2022. Tras quince rondas de negociaciones, el 24 de junio de 2022 se alcanzó un principio de acuerdo sobre la modernización del tratado original⁸. Las principales modificaciones⁹ son las siguientes: la ampliación de la lista de productos energéticos cubiertos (hidrógeno bajo en carbono, biomasa, biogás, amoníaco anhidro y combustibles sintéticos)¹⁰; un mecanismo de flexibilidad que permita a los Estados eliminar progresivamente la protección de los combustibles fósiles (que la UE y el

⁵ Según el IPCC, la ISDS sería un medio para "proteger los intereses de los inversores en energía frente a las políticas climáticas". Cf. 1 IPCC, «Cambio climático 2022: mitigación del cambio climático. Contribución del Grupo de Trabajo III al Sexto Informe de Evaluación». Cap. 2, 2022, p. 7, l. 28-31.

⁶ Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»). DOUE-L-2021-80937.

⁷ Comisión Europea, "Objetivo 55": cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática. COM/2021/550 final.

⁸ De acuerdo con el mandato que le dio el Consejo el 2 de julio de 2019, la Comisión Europea llevó a cabo las negociaciones para los Estados miembros.

⁹ Para un análisis crítico de las modificaciones propuestas, véase IISD, *An analysis of the proposed reform of the Energy Charter Treaty*, Octubre 2022. p. 43.

¹⁰ Anexo EV 1.

Reino Unido pretenden utilizar)¹¹; la aclaración del alcance de los derechos de los inversores¹²; el reconocimiento del derecho a regular en aras del interés general con una cláusula de *stand-still*¹³; la reducción de los retrasos y costes de los litigios manifiestamente inadmisibles o abusivos; y el refuerzo de las cláusulas sociales y medioambientales aplicables a las empresas energéticas.

Lo más importante es que el tratado modernizado prevé el fin de la aplicación del régimen ISDS para los litigios intracomunitarios, que el TJUE había dictaminado, en el caso *Achmea* el 6 de marzo de 2018, que socavaba la autonomía del derecho de la UE¹⁴. Sin esperar al final de las negociaciones, Bélgica presentó una solicitud de dictamen en virtud del artículo 218, apartado 11, del TFUE. Al no poder presumir la redacción definitiva de una disposición legal sobre la resolución de conflictos que había sido excluida de las negociaciones, el TJUE dictaminó que la solicitud de dictamen era prematura¹⁵.

¿Está, pues, el vaso medio lleno o medio vacío? A primera vista, estos avances deberían ser bienvenidos, a pesar de que la mayoría de ellos son un calco de las disposiciones que se encuentran en los nuevos tratados de inversión¹⁶. Sin embargo, varios Estados miembros y sectores de la sociedad civil consideran que este tratado modernizado es como echar vino nuevo en odres viejos.

En primer lugar, pondría en peligro el programa de la UE y de los Estados miembros sobre el cambio climático, ya que las empresas de combustibles fósiles podrían seguir impugando las restricciones a sus inversiones actuales en los Estados miembros de

¹¹ Sólo la UE y el Reino Unido han decidido eliminar gradualmente la protección de las inversiones en combustibles fósiles en sus territorios después de diez años. Las demás Partes Contratantes, quedan a merced de las demandas de arbitraje de forma indefinida.

¹² Véanse, por ejemplo, los modificados artículos 10.2 y 13.

¹³ Artículo 19.3 modificado.

¹⁴ Dado que la UE se basa en valores compartidos con los Estados miembros (Art. 2 TUE), los tribunales nacionales deben cooperar con el TJUE, lo que garantiza la unidad de interpretación del Derecho de la UE (STJUE de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, asunto C-284/16, EU:C:2018:158, apartado 35). Sin embargo, el tribunal arbitral creado por el tratado bilateral neerlandés-eslovaco, que estaba fuera del sistema judicial de la UE, podía interpretar el derecho de la UE sin poder remitirse al TJCE para una decisión prejudicial. Como resultado, este tribunal socavó la autonomía del sistema jurídico de la UE (*Achmea*, apartado 33). Véase De Sadeleer, N. « *Les tribunaux d'investissement mis sur la sellette au nom de l'autonomie du droit de l'UE, note sous CJUE, 6 mars 2018, Achmea, aff. C-284/16* », *Revue des Affaires européennes*, 2018/1, pp. 117-127; Ibidem, « *The End of the Game. The Autonomy of the EU Legal Order Opposes Arbitral Tribunals under Bilateral Investment Treaties Concluded between two Member States* », *E.J.R.R.*, 2018(1), pp. 355-370.

¹⁵ Dictamen 1/20 TJUE de 16 de junio de 2022, Proyecto de Tratado sobre la Carta de la Energía modernizado.

¹⁶ I. Damjanovic, *Between Aspirations and Reality: The European Union and Investment Law Reform*, Cambridge, CUP, 2023.

la UE mediante el uso de la ISDS¹⁷ durante un período de diez años tras la entrada en vigor del Tratado modernizado¹⁸. Sin embargo, para las futuras inversiones que tengan lugar tras la entrada en vigor del Tratado modificado, el régimen de protección dejará de aplicarse¹⁹.

Además, la supresión del ISDS para los litigios intracomunitarios no se logrará pronto. De hecho, la ratificación del Tratado de reforma podría demorarse varios años o incluso no llegar a completarse, debido a los plazos de ratificación. Como varios tribunales arbitrales consideran que no están vinculados por la jurisprudencia *Achmea* y *Komstroy* del Tribunal de Justicia de la UE²⁰, estos últimos seguirán declarándose competentes mientras no entren en vigor el tratado modernizado y su cláusula de no aplicación del ISDS²¹. Por lo tanto, en su forma actual o modernizada, el TCE no protege a los Estados miembros de los riesgos de los litigios ISDS²², lo que podría disuadirles de aplicar políticas de despliegue de energía baja en carbono.

¹⁷ No se puede descartar este tipo de disputas. De hecho, los inversores han impugnado la anulación de los permisos de explotación de gas de esquisto (*Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/15/2), y una moratoria en la exploración de hidrocarburos (*Westmoreland Mining Holdings LLC v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/20/3).

¹⁸ En cualquier caso, a partir del 31 de diciembre de 2040, el TCE modernizado dejará de aplicarse a las inversiones existentes.

¹⁹ Sin embargo, las futuras inversiones en el sector del gas, por debajo de un determinado umbral, estarán cubiertas por el TCE hasta 2030.

²⁰ El 2 de septiembre de 2021, en un litigio entre Moldavia y una empresa energética ucraniana, el TJUE dictaminó que el arbitraje privado en el marco del TCE era incompatible con el Derecho de la UE, ya que los tribunales arbitrales son susceptibles de interpretar el Derecho de la UE, pero no son tribunales estatales y, por tanto, no pueden cooperar con el TJUE (Conclusiones del Abogado General M. Szupnar en este mismo asunto, EU:C:2021:164, apartado 78). El hecho de que la UE sea parte del TCE y, por tanto, esté obligada a cumplirlo, no hace que el mecanismo de ISDS sea compatible con el derecho de la UE (STJUE de 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia / Komstroy*, asunto C-741/19, EU:C:2021:65, apartado 49 ; Conclusiones del Abogado General M. Szupnar en este mismo asunto, EU:C:2021:164, apartado 49). Véase De Sadeleer, N. « *Le règlement des différends investisseurs-Etats membres prévu par la Charte de l'énergie mis en cause par la CJUE* », *Blog de droit européen*, Working Paper 2/2021.

²¹ Las enseñanzas de la sentencia *Achmea* no han sido seguidas por más de cuarenta tribunales arbitrales, que se han negado a declinar su competencia. Véase, por ejemplo, *Infracapital F1 S.à r.l. y Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case N°. ARB/16/18. Sin embargo, un tribunal sostuvo recientemente que carecía de jurisdicción, ya que la legislación de la UE prevalecía sobre el tratado de inversión: *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case N°. V2016/135. El 14 de julio de 2022, el Tribunal de Casación del Gran Ducado de Luxemburgo anuló una sentencia del Tribunal de Apelación que estimaba una solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral en un litigio entre un fondo luxemburgués y Rumanía, dictado de conformidad con el Convenio del CIADI, planteando un motivo de orden público basado en la violación de los artículos 267 y 344 del TFUE (Cass, n° 116/2022).

²² En el caso del TCE modernizado, sólo los inversores cuya sede o actividades estén fuera de la UE podrían utilizar el ISDS.

Además, no es seguro que la no aplicación del régimen ISDS a los litigios intraeuropeos implique la supresión de los derechos que la Carta confiere a los inversores. Así pues, es concebible que, a falta de poder someter sus litigios a los tribunales de arbitraje, los inversores cuyas actividades o domicilio social estén situados en el territorio de un Estado miembro puedan invocar los derechos consagrados en la Carta contra otros Estados miembros²³.

En este caso, los tribunales nacionales tendrán que evaluar el alcance relativamente vago de estos derechos, que probablemente vayan más allá de los derechos derivados del derecho primario y secundario de la UE.

Por último, como el tratado de modernización no tiene el efecto de priorizar su relación con otros acuerdos internacionales, incluido el Acuerdo de París, es probable que se debata la cuestión de la preeminencia de un tratado sobre el otro.

Por consiguiente, los cambios serían más cosméticos que sustanciales. En definitiva, el objetivo de proteger a los inversores, tanto si invierten en la producción de combustibles fósiles como en energías renovables, no daría paso a una verdadera transición energética²⁴.

3. ¿FRÍO REGLAMENTARIO O DENUNCIA?

Una de dos, para evitar ser llevados ante estos tribunales de arbitraje, los Estados podrían, bien abandonar su compromiso con la transición energética (*regulatory chill*), bien denunciar el TCE²⁵.

A priori, la retirada de un Estado parte de este tratado tiene el efecto de eliminar el consentimiento que ha dado previamente al arbitraje internacional. Así, Polonia, Alemania, Francia, España, Luxemburgo, Países Bajos y Eslovenia, además de Italia, que denunció el TCE en 2016, se plantean actualmente denunciar el tratado²⁶. Sin embargo, la denuncia del TCE no les protegerá de los litigios de la ISDS, ya que los

²³ Artículo 1.7.a) TCE.

²⁴ Haut Conseil pour le climat. *Avis sur la modernisation du traité sur la charte de l'énergie*. Octubre 2022.

²⁵ Varias de las Partes Contratantes se han retirado del TCE. Mientras que Rusia denunció el TCE en 2009, la decisión de retirada italiana se hizo efectiva el 1 de enero de 2016. La decisión de Australia de poner fin a la aplicación provisional del TCE se hizo efectiva el 13 de diciembre de 2021.

²⁶ El artículo 54 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativo al derecho de retirada, está consagrado en el artículo 47 del TCE, que establece que una parte contratante puede retirarse del TCE en cualquier momento notificándolo por escrito al depositario. La retirada surte efecto un año después de la fecha de recepción de dicha notificación por parte del depositario. La retirada puede ser unilateral o coordinada, como sería el caso si todos los Estados miembros de la UE se retiraran.

tribunales de arbitraje pueden seguir siendo reclamados por los inversores en virtud de la cláusula de extinción (*sunset clause*)²⁷. Según esta cláusula, los inversores pueden hacer valer sus derechos ante los tribunales de arbitraje durante los 20 años siguientes a la entrada en vigor de la retirada. Por ejemplo, desde su retirada unilateral del TCE en 2016, Italia se ha enfrentado a no menos de siete reclamaciones basadas en la cláusula de extinción, y los importes acumulados de las indemnizaciones reclamadas superan los 400 millones de dólares²⁸. Esto no es algo excepcional en el derecho internacional de las inversiones, ya que el 97% de un total de 2.061 tratados bilaterales de inversión prevén una cláusula de este tipo²⁹. Sin embargo, en comparación con la mayoría de los tratados de inversión, este periodo de 20 años es relativamente largo³⁰.

¿Podría la cláusula de extinción del TCE impedir la denuncia que al menos siete Estados miembros están considerando actualmente? Es preciso recordar que estas cláusulas no son permanentes, ya que los Estados pueden neutralizarlas celebrando un tratado de modificación o un llamado acuerdo *inter-se*, seguido de la denuncia del tratado de inversión original. De este modo, se podría superar el obstáculo. De hecho, en el pasado, varios Estados así lo hicieron denunciando las cláusulas de extinción en los tratados bilaterales de inversión concluidos entre ellos. En su resolución de 24 de noviembre de 2022, el Parlamento Europeo ha pedido la celebración de dicho acuerdo³¹.

Incluso si Francia, los Países Bajos, España y Alemania denunciaran la Carta, cabe preguntarse si estos Estados seguirían estando obligados a respetar los derechos conferidos por el TCE a los inversores, en la medida en que algunos de ellos son competencia exclusiva de la UE (regulación de la inversión directa). Por último, la neutralización de la cláusula de extinción sólo se aplicará a las partes del acuerdo *inter-se* y, por lo tanto, no afectará a los derechos de los inversores de terceros Estados, que son partes del TCE.

²⁷ Artículo 47.3 TCE.

²⁸ Tras la adopción por parte de Italia de una ley en 2015 que prohíbe la producción en alta mar a una determinada distancia de la costa italiana debido a las preocupaciones medioambientales, los riesgos sísmicos, así como a la fuerte oposición de los residentes locales, la empresa británica Rockhopper, que planeaba desarrollar un yacimiento de petróleo y gas en Ombrina Mare, situado a menos de 12 millas de la costa italiana en el mar Adriático, presentó una demanda ante un tribunal de arbitraje del CIADI. El 23 de agosto de 2022, el tribunal condenó a Italia a pagar 190 millones de euros de indemnización al inversor británico. *Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. and Rockhopper Mediterranean Ltd v. Italian Republic*. ICSID Case N°. ARB/17/1.

²⁹ Parlamento europeo. *Cláusulas de extinción en el Derecho internacional y sus consecuencias para el Derecho de la UE*. Enero de 2022. p. 23.

³⁰ De hecho, el 85% de los AII que contienen una cláusula de extinción se refieren a un periodo inferior a 20 años; la mayoría establece un periodo de 10 años o menos.

³¹ Propuesta de Resolución Común sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía. (2022/2934(RSP)).

4. ¿COMPETENCIAS EXCLUSIVAS O COMPARTIDAS?

Tras haber negociado durante años con las demás partes para conseguir la modernización de la Carta de la Energía, la Comisión Europea no está dispuesta a soltar su hueso. Presumiendo de haber ganado varios trofeos, cree que es mejor mantener el rumbo que abandonar un barco que se hunde.

Pero, al fin y al cabo, ¿quién es competente para concluir un supuesto tratado modernizado que abarca cuestiones tan diversas como el hidrógeno o la responsabilidad social de las empresas?

Como es sabido, el reparto de las competencias de la UE ha sido siempre un puente de los asnos³². La Comisión Europea está convencida de que la UE es la única que está al mando, ya que el tratado modernizado sería de su exclusiva competencia. Aunque la UE y los Estados miembros han favorecido en el pasado la celebración de acuerdos mixtos, la celebración y entrada en vigor del tratado comercial entre la UE y Canadá (CETA) ha dejado un sabor amargo. La celebración de acuerdos comerciales mixtos está llena de dificultades³³ y, según el ejecutivo de la UE, socavaría la eficacia de la política comercial de la UE³⁴. Mientras que la Comisión rechaza el carácter mixto del TCE al considerar que este acuerdo está reservado exclusivamente a la UE, los Estados miembros están divididos al respecto.

Aunque el tratado de modernización fue negociado por la Comisión Europea en virtud del mandato que le otorgó el Consejo de ministros, este tratado de reforma afecta, en nuestra opinión, a las competencias de los Estados miembros. De hecho, el régimen de ISDS extracomunitario que se mantiene cubrirá las nuevas inversiones, especialmente en el ámbito de los biocombustibles, la biomasa y los combustibles sintéticos. Si bien ya no será posible -cuando entre en vigor el tratado modernizado- que un inversor alemán presente su litigio contra las autoridades belgas ante un tribunal de arbitraje, un inversor con domicilio social en el Reino Unido podrá seguir eludiendo los tribunales belgas presentando su caso ante un tribunal de arbitraje.

³² Azoulai, L. (2014). *The Question of Competence in the European Union*. Oxford: OUP. p. 320 ; Ronse, T. (2017). *Commentaire Mégret. Les compétences de l'UE*. Bruselas : ULB; De Sadeleer, N. (2021). *Manuel de droit institutionnel et de contentieux européen*. Bruselas : Paradigme. pp. 131-188.

³³ Conclusiones de la Abogado General J. Kokott en el asunto C-13/07, *Comisión / Consejo de la UE*, EU:C:2009:190, apartado 72.

³⁴ Artículo 207 TFUE.

Igualmente, el Tratado de modernización introduce cambios en los procedimientos de ISDS (financiación de terceros)³⁵. Además, revisa la cláusula de trato justo y equitativo (*FET clause*)³⁶ que cambiará la forma en que los tribunales de arbitraje revisan las medidas gubernamentales relacionadas con las inversiones de cartera³⁷.

En conclusión, al sustraer los litigios de inversión de la jurisdicción de los tribunales nacionales, el ISDS afecta a la organización de los sistemas judiciales nacionales, que es una competencia compartida³⁸.

A caballo entre las competencias exclusivas (inversiones directas, energía) y las compartidas (inversiones indirectas, resolución de litigios), el Tratado de modernización -si quiere ver la luz- no sólo tendrá que ser concluido por el Consejo de Ministros, previa aprobación del Parlamento Europeo³⁹, sino que también tendrá que ser ratificado por los parlamentos nacionales.

5. UNE VALSE A TROIS TEMPS

Podemos imaginar el proceso de modernización como un periplo que se desarrolla en tres etapas, o *une valse à trois temps*. En primer lugar, las Partes del tratado acordaron por unanimidad modernizarlo. En segundo lugar, la cohesión de la UE se desvanece porque siete Estados miembros quieren denunciar el TCE. En tercer lugar, las 54 partes del tratado no podrán encontrar una solución para la modernización.

Para entrar en vigor, la modificación del TCE requiere, en primer lugar, la unanimidad de los 54 Estados Parte presentes y votantes en la reunión de la Conferencia de las Partes y, en segundo lugar, la ratificación de las tres cuartas partes de las Partes Contratantes⁴⁰.

La Conferencia de la Carta de la Energía del 22 de noviembre de 2022 debería haber adoptado por unanimidad el acuerdo de modernización del TCE. La Unión y los 26 Estados miembros (Italia no es parte desde 2016) podrían, de acuerdo con el principio de cooperación leal⁴¹, haber formado un frente unido para que se iniciara la modernización de la Carta de la Energía. Sin embargo, Francia, Alemania, España y los Países Bajos se abstuvieron durante la votación del COREPER del viernes 18

³⁵ Nueva disposición de la Parte IV.

³⁶ Artículo 10 modificado.

³⁷ Dictamen 2/15 TJUE de 16 de mayo de 2015, EU:C:2015:376, apartados 227.

³⁸ Dictamen 2/15 TJUE de 16 de mayo de 2015, EU:C:2015:376, apartados 285 y siguientes.

³⁹ Artículo 218.6 TFUE.

⁴⁰ Artículo 42.4 TCE.

⁴¹ Artículo 4.3 TUE.

de noviembre de 2022. Al no ser posible la unanimidad en esta fase, la Conferencia de las Partes decidió el 22 de noviembre posponer la aprobación del acuerdo de modificación hasta 2023.

Aunque finalmente se consiga la unanimidad, el acuerdo de modernización, para que sea efectivo según la legislación de la UE, tendrá que ser celebrado por el Consejo de ministros, por mayoría cualificada, con la aprobación previa del Parlamento Europeo⁴².

Se trata, pues, de la cuadratura del círculo. Por un lado, es dudoso que el Consejo de ministros pueda alcanzar una mayoría cualificada debido a la oposición de siete Estados miembros. Además, para que el Consejo concluya el tratado modernizado, el Parlamento Europeo deberá aprobar la reforma. ¿Podrá el Parlamento Europeo ignorar a los saboteadores a nivel nacional? En cualquier caso, en una resolución adoptada el miércoles 23 de noviembre, esta institución dejó clara su oposición a la celebración del tratado de modernización⁴³. Por otro lado, como el tratado modernizado abarca principalmente competencias exclusivas, los Estados miembros individualmente no podrán adoptarlo.

A largo plazo, cabe preguntarse si tiene sentido político que la Unión siga siendo parte de la Carta de la Energía cuando ésta ha sido abandonada por varios Estados miembros y que, además, en su versión actual es incompatible con la legislación de la UE (*Achmea, Komstroy*).

6. CÓMO EVITAR QUE LA DENUNCIA POR PARTE DE UNA SERIE DE ESTADOS MIEMBROS NO TORNE EN PESADILLA

A menos que se llegue a un acuerdo sobre su modernización en un futuro próximo, el TCE sigue en vigor en su versión actual. Por tanto, hasta que se termine, los tribunales de arbitraje seguirán decidiendo los litigios entre los inversores y los Estados miembros. Aunque sea denunciada por algunos Estados miembros, su cláusula de extinción seguirá surtiendo efecto. En consecuencia, es probable que los inversores sigan siendo bien recibidos por los tribunales de arbitraje. Asimismo, sus inversiones amparadas por el TCE siguen gozando de protección por tiempo indefinido.

⁴² La aplicación temporal del TCE modernizado que podría preverse en virtud del artículo 218, apartado 5, del TFUE tendrá el efecto de presentar a los parlamentos nacionales un hecho consumado.

⁴³ Propuesta de Resolución Común sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía. (2022/2934(RSP)).

¿Cómo salir de este marasmo? Los Estados miembros -o al menos los que están convencidos de que el TCE, incluso en su versión modernizada, está anticuado- podrían celebrar un acuerdo *inter-se*, siguiendo el ejemplo de lo que hicieron hace dos años con sus tratados bilaterales de inversión⁴⁴, con el fin, por un lado, de hacer inaplicable la cláusula ISDS en los litigios intracomunitarios y, por otro, de neutralizar la "cláusula de extinción" del TCE, independientemente del resultado de las negociaciones en curso sobre su modernización. La neutralización de la cláusula de extinción eliminaría la tan temida espada de Damocles. Al hacerlo, los Estados miembros estarían cumpliendo la sentencia de la *Komstroy*.

⁴⁴ A raíz de la sentencia *Achmea* (asunto C-284/16), 23 Estados miembros celebraron un acuerdo internacional en el que se preveía la terminación de sus tratados bilaterales de inversión por no ser compatibles con el Derecho de la Unión (Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, DOUE-L-2020-80806). Aunque las decisiones resultantes de los procedimientos de arbitraje resueltos antes del 6 de marzo de 2018 no se ven afectadas por el acuerdo, éste introduce medidas transitorias para los litigios que aún están pendientes de arbitraje. Éstas pueden resolverse de forma amistosa a través de un mecanismo de mediación *ad hoc* entre los inversores y los Estados miembros implicados en estos procedimientos o remitirse a los tribunales nacionales. Véase Tropper, J. y Reinish, A. "The 2020 Termination Agreement of Intra-EU BITs and Its Effect on Investment Arbitration in the EU – A Public International Law Analysis of the Termination Agreement", *The Austrian Yearbook on International Arbitration* 2022. Vol. 16 (2022). pp. 301-340; N. de Sadeleer, « *La victoire du droit de l'UE sur le droit international de l'investissement* », *Blogdroiteuropeen Working Paper* 3/2020, avril 2021.