



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MACIEJ SZPUNAR  
presentadas el 1 de julio de 2021<sup>1</sup>

**Asunto C-638/19 P**

**Comisión Europea  
contra**

**European Food SA,  
Starmill SRL,  
Multipack SRL,  
Scandic Distilleries SA,  
Ioan Micula,  
Viorel Micula,  
European Drinks SA,  
Rieni Drinks SA,  
Transilvania General Import-Export SRL,**

**West Leasing SRL, anteriormente denominada West Leasing International SRL**

«Recurso de casación — Ayuda de Estado — Arbitraje — Ayuda derivada del abono de una indemnización por daños y perjuicios concedida a determinados operadores económicos por un tribunal arbitral — Tratado bilateral de inversiones — Aplicación del Derecho de la Unión»

## **I. Introducción**

1. La turbulenta confluencia del Derecho de la Unión y del Derecho arbitral en materia de inversiones ha suscitado numerosos interrogantes que la sentencia *Achmea*<sup>2</sup> no ha logrado resolver por completo. El presente asunto, paradigmático de esta conflictiva relación, brinda, pues, al Tribunal de Justicia una ocasión propicia, recordando la lógica subyacente a esta sentencia, de precisar todavía más los principios que rigen la cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de los procedimientos arbitrales basados en tratados bilaterales de inversión celebrados entre dos Estados miembros, en el contexto particular de un procedimiento arbitral incoado en virtud de un tratado bilateral de inversiones celebrado entre dos Estados miembros antes de la adhesión a la Unión Europea del Estado parte del arbitraje.

<sup>1</sup> Lengua original: francés.

<sup>2</sup> Sentencia de 6 de marzo de 2018 (C-284/16, en lo sucesivo, «sentencia *Achmea*», EU:C:2018:158).

2. En el ámbito en que se solapan el arbitraje de inversiones y la normativa sobre ayudas de Estado, este asunto supone también una oportunidad para examinar la cuestión del alcance de la competencia de la Comisión Europea con arreglo a los artículos 107 TFUE y 108 TFUE en tal contexto.

3. Mediante su recurso de casación, la Comisión solicita que se anule la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 18 de junio de 2019, *European Food SA y otros/Comisión* (T-624/15, T-694/15 y T-704/15, en lo sucesivo, «sentencia recurrida», EU:T:2019:423), mediante la cual anuló la Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía — Laudo arbitral Micula/Rumanía de 11 de diciembre de 2013 (DO 2015, L 232, p. 43; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

## II. Marco jurídico

### A. Convenio CIADI

4. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 18 de marzo de 1965 (en lo sucesivo, «Convenio CIADI»), que entró en vigor respecto a Rumanía el 12 de octubre de 1975, dispone, en su artículo 53, apartado 1:

«El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, [...]»

5. El Artículo 54, apartado 1, del Convenio CIADI, establece:

«Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio con carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. [...]»

### B. Acuerdo de 1995

6. El Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Rumanía, por otra<sup>3</sup> (en lo sucesivo, «Acuerdo de 1995»), que entró en vigor el 1 de febrero de 1995, establecía lo siguiente en su artículo 64, apartados 1 y 2:

«1. Serán incompatibles con el buen funcionamiento del presente Acuerdo, siempre que puedan afectar al comercio entre la Comunidad y Rumanía:

[...]

iii) Las ayudas públicas que falseen o amenacen con falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o determinados productos.

<sup>3</sup> DO 1994, L 357, p. 2.

2. Las prácticas contrarias al presente artículo se evaluarán sobre la base de los criterios derivados de la aplicación de las normas de los artículos [101 TFUE, 102 TFUE y 107 TFUE].»

7. Los artículos 69 y 71 del Acuerdo de 1995 obligaban a Rumanía a adaptar su legislación nacional al acervo comunitario.

### **C. TBI**

8. El Tratado Bilateral de Inversiones, celebrado el 29 de mayo de 2002, entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno Rumano para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (en lo sucesivo, «TBI») entró en vigor el 1 de julio de 2003 y dispone en su artículo 2, apartado 3:

«Cada parte contratante garantizará en todo momento un trato justo y equitativo a las inversiones realizadas por los inversores de la otra parte contratante y no obstaculizará, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la administración, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute o la cesión de dichas inversiones por parte de dichos inversores.»

9. El artículo 7 del TBI establece que las controversias entre los inversores y los países signatarios se someterán, en particular, a un tribunal arbitral bajo los auspicios del Convenio CIADI.

### **D. Tratado de Adhesión y Acta de Adhesión**

10. En virtud del Tratado relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea,<sup>4</sup> firmado el 25 de abril de 2005, Rumanía se adhirió a la Unión con efectos a partir del 1 de enero de 2007.

11. El artículo 2 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea<sup>5</sup> (en lo sucesivo, «Acta de adhesión») dispone:

«Desde la fecha de la adhesión, las disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados con anterioridad a la adhesión por las instituciones [...] serán vinculantes para [...] Rumanía y aplicables en [este Estado] en las condiciones establecidas en dichos Tratados y en la presente Acta.»

<sup>4</sup> Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la Unión Europea) y la República de Bulgaria y Rumanía, relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea (DO 2005, L 157, p. 11).

<sup>5</sup> DO 2005, L 157, p. 203.

12. El capítulo 2 del anexo V del Acta de adhesión, titulado «Política de la competencia», contiene las disposiciones siguientes:

- «1. Los siguientes regímenes de ayuda y ayudas individuales aplicados en un nuevo Estado miembro con anterioridad a la adhesión y aún vigentes con posterioridad a la misma se considerarán, desde el momento de la adhesión, ayudas existentes con arreglo al apartado 1 del artículo [108 TFUE]:
- a) las medidas de ayuda aplicadas antes del 10 de diciembre de 1994;
  - b) las medidas de ayuda que figuran en el apéndice del presente Anexo;
  - c) las medidas de ayuda que la autoridad de control de las ayudas públicas del nuevo Estado miembro haya evaluado y declarado compatibles con el acervo antes de la adhesión, y con respecto a las cuales la Comisión no haya formulado objeciones basadas en serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado [interior], con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 2.

Todas las medidas que sigan siendo aplicables después de la adhesión que constituyan ayudas públicas y que no cumplan las condiciones arriba mencionadas serán consideradas, desde el momento de la adhesión, nuevas ayudas a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo [108 TFUE].

[...]

5. Por lo que se refiere a Rumanía, la letra c) del apartado 1 se aplicará únicamente a las medidas de ayuda evaluadas por la autoridad rumana de control de las ayudas públicas a partir de la fecha decidida por la Comisión sobre la base de una supervisión permanente de los compromisos contraídos por Rumanía en el contexto de las negociaciones de adhesión, en que el nivel de ejecución de las ayudas públicas alcanzado en el período previo a la adhesión haya sido satisfactorio. Este nivel satisfactorio se considerará alcanzado únicamente cuando Rumanía demuestre que se ha llevado a cabo de manera coherente un control pleno y adecuado de todas las ayudas públicas concedidas en dicho país, incluida la adopción y puesta en práctica de decisiones plena y correctamente justificadas por parte de la autoridad rumana de control de las ayudas públicas que incluyan una evaluación precisa del carácter de ayuda estatal de cada medida y una aplicación correcta de los criterios de compatibilidad.

La Comisión podrá formular objeciones, basadas en serias dudas acerca de su compatibilidad con el mercado [interior], a cualquier medida concedida en el período previo a la adhesión entre el 1 de septiembre de 2004 y la fecha fijada en la decisión de la Comisión antes mencionada, en la que se estime que se ha alcanzado un nivel de ejecución satisfactorio. La decisión de la Comisión de formular objeciones a una medida deberá considerarse como una decisión de incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el Reglamento (CE) n.º 659/1999.<sup>[6]</sup> En caso de adoptarse una decisión de esta índole antes de la adhesión, dicha decisión no entrará en vigor hasta la fecha de la adhesión.

<sup>6</sup> Reglamento del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [108 TFUE] (DO 1999, L 83, p. 1).

Cuando, tras incoarse el procedimiento de investigación formal, la Comisión adopte una decisión negativa, esta decidirá asimismo que Rumanía adopte todas las medidas necesarias para recuperar efectivamente del beneficiario la ayuda concedida. La ayuda que deba recuperarse incluirá un tipo de interés adecuado, calculado de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 794/2004<sup>[7]</sup> y pagadero a partir de la misma fecha.»

### III. Antecedentes del litigio y Decisión controvertida

13. Los antecedentes del litigio se recogen en los apartados 1 a 42 de la sentencia recurrida y, a efectos del presente procedimiento, pueden resumirse del modo siguiente.

14. El 2 de octubre de 1998, las autoridades rumanas aprobaron el Decreto de Urgencia n.º 24/1998 (en lo sucesivo, «DU 24»), que concedía a determinados inversores de regiones desfavorecidas que hubieran obtenido un certificado de inversor permanente una serie de incentivos, en particular, la exención del pago de los derechos de aduana y del impuesto sobre el valor añadido sobre maquinaria, la devolución de los derechos de aduana sobre materias primas y la exención del impuesto de sociedades mientras la zona de que se tratase tuviera la designación de región desfavorecida.

15. Mediante una decisión de 25 de marzo de 1999, con efectos desde el 1 de abril de 1999, el Gobierno rumano designó la cuenca minera de Ştei-Nucet (departamento de Bihor) región desfavorecida durante diez años.

16. Con el fin de cumplir la obligación de adaptación impuesta por el Acuerdo de 1995, Rumanía aprobó en 1999 la Ley n.º 143/1999 en materia de ayudas de Estado, que entró en vigor el 1 de enero de 2000. Esta Ley, que reproducía la definición de ayudas de Estado recogida en el artículo 64 del Acuerdo de 1995 y en el actual artículo 107 TFUE, designó al Consiliul Concurenței (Consejo de la Competencia, Rumanía) como autoridad nacional de control de las ayudas de Estado, competente para apreciar la compatibilidad de las ayudas de Estado concedidas por Rumanía a las empresas.

17. El 15 de mayo de 2000, el Consejo de la Competencia adoptó la Decisión n.º 244/2000, por la que declaró que varios de los incentivos concedidos en virtud del DU 24 debían considerarse ayudas de Estado y que debían suprimirse.

18. El 1 de julio de 2000, el Decreto de Urgencia n.º 75/2000 (en lo sucesivo, «DU 75») modificó el DU 24 (en lo sucesivo, considerados conjuntamente, «DU»).

19. El Consejo de la Competencia impugnó, con ocasión de un recurso interpuesto ante la Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía), la falta de aplicación de su Decisión n.º 244/2000, pese a la aprobación del Decreto de Urgencia n.º 75/2000. Este recurso fue desestimado mediante resolución de 26 de enero de 2001, la cual fue confirmada por la Înalta Curte de Casație și Justiție (Tribunal Supremo, Rumanía) mediante resolución de 19 de febrero de 2002.

<sup>7</sup> Reglamento de la Comisión de 21 de abril de 2004 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento n.º 659/1999 (DO 2004, L 140, p. 1; Corrección de errores en DO 2005, L 25, p. 74, y en DO 2005, L 131, p. 45).

20. Los Sres. Ioan y Viorel Micula, recurrentes en primera instancia, son ciudadanos suecos que residen en Rumanía y los accionistas mayoritarios de la sociedad European Food and Drinks Group, cuyas actividades consisten en la producción de alimentos y bebidas en la región de Ștei-Nucet, departamento de Bihor (Rumanía). Las sociedades European Food SA, Starmill SRL, Multipack SRL, Scandic Distilleries SA, European Drinks SA, Rieni Drinks SA, Transilvania General Import-Export SRL y West Leasing SRL (anteriormente, West Leasing International SRL), también recurrentes en primera instancia, pertenecen a la sociedad European Food and Drinks Group.

21. Basándose en los certificados de inversores permanentes, obtenidos el 1 de junio de 2000 por European Food y el 17 de mayo de 2002 por Starmill y Multipack, estas sociedades realizaron inversiones en la cuenca minera de Ștei-Nucet.

22. En febrero de 2000, Rumanía inició las negociaciones de adhesión a la Unión. En el contexto de estas negociaciones, en la Posición Común de la Unión Europea de 21 de noviembre de 2001 se afirmó que en Rumanía existía «una serie de programas de ayuda previos y nuevos incompatibles que no se [habían] alineado con el acervo», incluidos los «incentivos dispuestos en virtud de[l DU]».

23. El 26 de agosto de 2004, especificando que, «con el fin de cumplir los criterios de la normativa comunitaria en materia de ayudas estatales y, asimismo, con el de completar las negociaciones en virtud del capítulo n.º 6 sobre la política de competencia, [era] necesario eliminar todas las formas de ayuda estatal en la legislación nacional incompatibles con el acervo comunitario en este ámbito», Rumanía derogó todos los incentivos concedidos en virtud del DU, excepto el relativo al impuesto de sociedades. Esta derogación entró en vigor el 22 de febrero de 2005.

24. El 1 de enero de 2007, se produjo la adhesión de Rumanía a la Unión.

25. El 28 de julio de 2005, cinco de los demandantes en primera instancia, a saber, los Sres. Ioan y Viorel Micula, European Food, Starmill y Multipack (en lo sucesivo, «demandantes en el procedimiento arbitral»), solicitaron la constitución de un tribunal arbitral de conformidad con el artículo 7 del TBI, con el fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados por la derogación de los incentivos establecidos en el DU.

26. En el laudo arbitral de 11 de diciembre de 2013 (en lo sucesivo, «laudo arbitral»), el tribunal arbitral declaró que, al derogar los incentivos establecidos en el DU, Rumanía no había garantizado un trato justo y equitativo de las inversiones, y concedió a los demandantes en el procedimiento arbitral una indemnización por daños y perjuicios a cargo de Rumanía por importe de 791 882 452 lei rumanos (RON) (aproximadamente 178 millones de euros).

27. El 31 de enero de 2014, los servicios de la Comisión informaron a las autoridades rumanas de que cualquier aplicación o ejecución del laudo arbitral constituiría una nueva ayuda y debería ser notificada a la Comisión.

28. El 20 de febrero de 2014, las autoridades rumanas informaron a los servicios de la Comisión de que se había hecho efectivo el pago de una parte de la indemnización por daños y perjuicios concedida por el tribunal arbitral a los demandantes en el procedimiento arbitral, mediante la compensación de tasas e impuestos adeudados a las autoridades rumanas por European Food.

29. El 26 de mayo de 2014, la Comisión adoptó la Decisión C(2014) 3192, por la que se ordenaba a Rumanía, en virtud del artículo 11, apartado 1, del Reglamento n.º 659/1999, que suspendiera con carácter inmediato cualquier acción que pudiera dar lugar a la aplicación o ejecución del laudo arbitral, por considerar que tal acción sería constitutiva de una ayuda de Estado ilegal, hasta que la Comisión adoptara una decisión definitiva sobre la compatibilidad de dicha ayuda con el mercado interior.

30. Mediante escrito remitido por correo de 1 de octubre de 2014, la Comisión informó a Rumanía de su decisión de incoar el procedimiento de investigación formal establecido en el artículo 108 TFUE, apartado 2, respecto a la ejecución parcial del laudo arbitral por parte de Rumanía a principios de 2014, así como a cualquier aplicación o ejecución posteriores del laudo arbitral.

31. Según las autoridades rumanas, el laudo arbitral había sido ejecutado en su integridad.

32. El 30 de marzo de 2015, la Comisión adoptó la Decisión controvertida, en la que declaró que el pago de la indemnización por los daños y perjuicios concedida por el tribunal arbitral a la única unidad económica compuesta por los Sres. Ioan y Viorel Micula, European Food, Starmill, Multipack, Scandic Distilleries, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export y West Leasing era una ayuda de Estado con arreglo al artículo 107 TFUE, apartado 1, y debía ser recuperada.

#### **IV. Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida**

33. Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal General, los días 6, 30 y 28 de noviembre de 2015, respectivamente, European Food, Starmill, Multipack y Scandic Distilleries, en el asunto T-624/15, el Sr. Ioan Micula, en el asunto T-694/15, y el Sr. Viorel Micula, así como European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export y West Leasing, en el asunto T-704/15, interpusieron sendos recursos mediante los que solicitaban la anulación de la Decisión controvertida. El Tribunal General admitió la intervención del Reino de España y de Hungría en apoyo de las pretensiones de la Comisión. De conformidad con el artículo 68 de su Reglamento de Procedimiento, el Tribunal General acumuló estos tres asuntos a efectos de la resolución que ponga fin al proceso.

34. En apoyo de cada uno de los recursos interpuestos en primera instancia, los demandantes invocaron ocho motivos, algunos de ellos subdivididos en varias partes.

35. Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal General, por un lado, estimó la primera parte del segundo motivo invocado en los asuntos T-624/15 y T-694/15 y la primera parte del primer motivo invocado en el asunto T-704/15, basadas en la falta de competencia de la Comisión y la inaplicabilidad del Derecho de la Unión a una situación anterior a la adhesión de Rumanía a la Unión. A este respecto, el Tribunal General declaró, en los apartados 59 a 93 de esa sentencia, que, al adoptar la Decisión controvertida, la Comisión había aplicado retroactivamente las competencias que le atribuyen el artículo 108 TFUE y el Reglamento n.º 659/1999 a hechos anteriores a la citada adhesión y que, por lo tanto, la Comisión no podía calificar la medida controvertida de «ayuda de Estado» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1.

36. Por otra parte, el Tribunal General estimó la segunda parte del segundo motivo invocada en los asuntos T-624/15 y T-694/15 y la primera parte del segundo motivo invocada en el asunto T-704/15, basadas en la calificación incorrecta de «ventaja» y de «ayuda» en el sentido del artículo 107 TFUE, del laudo arbitral. A este respecto, el Tribunal General declaró, en los apartados 94 a 111 de la sentencia recurrida, que la Decisión controvertida adolecía de ilegalidad en la medida en que calificaba de «ventaja» y de «ayuda» a efectos de la citada disposición la atribución, por el tribunal arbitral, de una indemnización por daños y perjuicios destinada a compensar los daños resultantes de la retirada de las medidas de incentivo fiscal, al menos para el período anterior a la fecha de entrada en vigor del Derecho de la Unión en Rumanía.

37. En consecuencia, el Tribunal General anuló la Decisión controvertida en su totalidad, sin examinar las demás partes de estos motivos ni los demás motivos.

## **V. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes**

38. Mediante su recurso de casación, la Comisión, apoyada por la República de Polonia, solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida.
- Desestime la primera parte del primer motivo y la primera parte del segundo motivo invocadas en el asunto T-704/15, así como las partes primera y segunda del segundo motivo invocadas en los asuntos T-624/15 y T-694/15.
- Devuelva los asuntos T-624/15, T-694/15 y T-704/15 al Tribunal General, y
- Reserve la decisión sobre las costas.

39. El Reino de España, en su escrito de contestación, solicita al Tribunal de Justicia que:

- Estime el recurso de casación, anule la sentencia recurrida y declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto en primera instancia.
- Con carácter subsidiario, estime el recurso de casación, anule la sentencia recurrida y declare infundado el recurso interpuesto en primera instancia.

40. European Food, Starmill, Multipack y Scandic Distilleries, así como el Sr. Ioan Micula (en lo sucesivo, «European Food y otros») solicitan al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación.
- Con carácter subsidiario, anule la Decisión controvertida.
- Con carácter subsidiario de segundo grado, devuelva los asuntos al Tribunal General.
- Condene a la Comisión y a las partes coadyuvantes a cargar con sus propias costas y con las de European Food y otros correspondientes al procedimiento de primera instancia y de casación.

41. El Sr. Viorel Micula, European Drinks, Rieni Drinks, Transilvania General Import-Export y West Leasing (en lo sucesivo, «Viorel Micula y otros»), solicitan al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación.
- Con carácter subsidiario, estime el segundo motivo invocado en primera instancia en el asunto T-704/15 y, por lo tanto, anule la Decisión controvertida.
- Con carácter subsidiario de segundo grado, devuelva los asuntos al Tribunal General.
- Condene a la Comisión a cargar con sus propias costas y con las de Viorel Micula y otros correspondientes al procedimiento de primera instancia y de casación.
- Condene a Hungría y al Reino de España a cargar con sus propias costas correspondientes al procedimiento de primera instancia y de casación.

42. Mediante su adhesión a la casación, el Reino de España, apoyado por la República de Polonia, solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida.
- Declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto en primera instancia.
- Condene en costas a European Food y otros y a Viorel Micula y otros.

43. La Comisión solicita que se estime la adhesión a la casación.

44. European Food y otros y Viorel Micula y otros solicitan que se desestime la adhesión a la casación y que se condene al Reino de España, a la Comisión y a las partes coadyuvantes a cargar con sus propias costas correspondientes a la adhesión a la casación, y que se condene al Reino de España a cargar con las costas de European Food y otros y de Viorel Micula y otros en el marco de la adhesión a la casación.

45. La Comisión, el Reino de España, la República de Polonia, European Food y otros y Viorel Micula y otros han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia sobre el recurso de casación y sobre la adhesión a la casación.

46. En la vista celebrada el 20 de abril de 2021, se formularon observaciones orales en nombre de la Comisión, la República Federal de Alemania, del Reino de España, de la República de Letonia, la República de Polonia, European Food y otros, así como de Viorel Micula y otros.

## **VI. Análisis**

47. Comenzaré mi análisis con el examen de la adhesión a la casación, relativa a la compatibilidad con el Derecho de la Unión de procedimientos arbitrales basados en un TBI intra-UE, que, de ser estimada, entrañaría la inadmisibilidad del recurso interpuesto en primera instancia. Dado que, en mi opinión, procede desestimar los motivos invocados en apoyo de la adhesión a la casación,

proseguiré este análisis con el examen del recurso de casación principal, que aborda la cuestión de la competencia de la Comisión en relación con la normativa sobre ayudas de Estado en el contexto de la adhesión de un Estado a la Unión.

## **A. Sobre la adhesión a la casación**

48. Mediante su adhesión a la casación, el Reino de España, apoyado en este sentido por la Comisión y la República de Polonia en sus observaciones escritas, alega que el procedimiento arbitral en cuestión y el laudo arbitral subsiguiente violan el principio de confianza mutua y menoscaban la autonomía del Derecho de la Unión, de conformidad con los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Achmea*. A su entender, de ello se sigue que los demandantes en primera instancia no tenían ningún interés legítimo en ejercitar la acción, puesto que lo que pretendían era obtener la anulación de la Decisión controvertida con el fin de que se ejecutase un laudo arbitral contrario al artículo 19 TUE y a los artículos 267 TFUE y 344 TFUE.

### ***1. Sobre la admisibilidad de la adhesión a la casación***

49. *European Food y otros y Viorel Micula y otros* sostienen que procede declarar la inadmisibilidad de la adhesión a la casación formulada por el Reino de España.

50. En primer lugar, en su opinión, el Reino de España no tiene la legitimación necesaria para participar en el procedimiento como recurrido en casación, en el sentido del artículo 172 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, por lo que no puede participar en este en calidad de parte que formula la adhesión a la casación.

51. A este respecto, ha de señalarse que *European Food y otros y Viorel Micula y otros* ya solicitaron al Tribunal de Justicia, mediante escritos de 17 de marzo de 2020, que se excluyera al Reino de España del presente procedimiento en calidad de parte de este, debido a que ese Estado miembro no ha acreditado tener interés en la estimación o en la desestimación del recurso de casación, a efectos del artículo 172 del Reglamento de Procedimiento. Mediante escrito de 29 de marzo de 2020, el Secretario del Tribunal de Justicia, dando curso a la decisión adoptada por el Presidente del Tribunal de Justicia, oídos el Juez Ponente y el Abogado General, informó a las partes de la denegación de su solicitud debido a que, en esencia, al estar facultado para intervenir en primera instancia en su condición de Estado miembro en virtud del artículo 40 del Estatuto del Tribunal de Justicia, el Reino de España tiene automáticamente un interés en la estimación o desestimación del recurso de casación.

52. En efecto, por un lado, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la desestimación por el Tribunal General de las pretensiones que le han sido presentadas basta, respecto a la parte en cuestión, para justificar un interés en la estimación o en la desestimación del recurso de casación.<sup>8</sup> Puesto que el Reino de España solicitó al Tribunal General la desestimación del recurso de los demandantes en primera instancia, el citado Estado miembro tiene necesariamente un interés en la estimación o en la desestimación del recurso de casación, a efectos del artículo 172 del Reglamento de Procedimiento.

<sup>8</sup> Véase la sentencia de 14 de junio de 2018, *Makhlouf/Consejo* (C-458/17 P, no publicada, EU:C:2018:441), apartado 32.

53. Por otro lado, en cualquier caso, el artículo 40, párrafo primero, y el artículo 56, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal de Justicia confieren a los Estados miembros el estatuto de «recurrentes privilegiados» que les dispensa de justificar el interés en interponer un recurso de casación —y, por lo tanto, *a fortiori*, en formular la adhesión a la casación— ante los órganos jurisdiccionales de la Unión.<sup>9</sup>

54. En segundo lugar, de conformidad con el artículo 178, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, procederá declarar la inadmisibilidad de la adhesión a la casación en la medida en que, por un lado, se limite a reproducir las alegaciones ya formuladas por el Reino de España en el escrito de contestación al recurso de casación principal o a hacer referencia a observaciones formuladas en el marco de este y, por otro lado, persiga al mismo tiempo ampliar el objeto del litigio.

55. Ciertamente, las alegaciones formuladas por ese Estado miembro en su adhesión a la casación y en el escrito de contestación al recurso de casación son similares. No obstante, debe ponerse de relieve que, por medio de la adhesión a la casación, el Reino de España cuestiona la admisibilidad del recurso interpuesto ante el Tribunal General. Pues bien, según su propia jurisprudencia, el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse, de ser necesario, de oficio, sobre los motivos basados en la inadmisibilidad del recurso interpuesto en primera instancia.<sup>10</sup>

56. Por consiguiente, aun suponiendo que existan solapamientos entre el escrito de contestación del Reino de España y su adhesión a la casación, el Tribunal de Justicia estaría obligado a examinar de oficio la cuestión de la admisibilidad, puesto que esta podría ser objeto de debate si procediera estimar las alegaciones de este Estado miembro, apoyado en tal sentido por la Comisión, la República Federal de Alemania, la República de Letonia y la República de Polonia.

57. En estas circunstancias, considero que, en cualquier caso, procede analizar las diferentes alegaciones formuladas en el marco de la adhesión a la casación mediante las que el Reino de España pretende demostrar la inadmisibilidad del recurso interpuesto en primera instancia.

## **2. Sobre el fondo de la adhesión a la casación**

58. El Reino de España formula tres alegaciones en apoyo del motivo relativo a la incompatibilidad del procedimiento arbitral en cuestión con el Derecho de la Unión, la cual entraña, a su entender, la inadmisibilidad del recurso de anulación interpuesto ante el Tribunal General.

59. Admito que tengo algunas dudas sobre el modo en el que la incompatibilidad del procedimiento arbitral en cuestión puede incidir en el interés en ejercitar la acción de European Food y otros y de Viorel Micula y otros y en la admisibilidad del recurso interpuesto ante el

<sup>9</sup> Sentencia de 21 de diciembre de 2011, Francia/People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853), apartado 45. Véase asimismo Wathelet, M., Wildemeersch, J., *Contentieux européen*, Larcier, 2014, p. 488.

<sup>10</sup> Véase la sentencia de 29 de julio de 2019, Bayerische Motoren Werke y Freistaat Sachsen/Comisión (C-654/17 P, EU:C:2019:634), apartado 44.

Tribunal General.<sup>11</sup> No obstante, como voy a demostrar, debe desestimarse la alegación basada en la incompatibilidad del laudo arbitral con el Derecho de la Unión, de suerte que no es necesario examinar la cuestión de su incidencia en la situación de los recurrentes.

60. Comenzaré el análisis de la adhesión a la casación examinando las dos primeras alegaciones formuladas por el Reino de España que, en esencia, abogan por que se apliquen al procedimiento arbitral de que se trata los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Achmea, aplicación que se ha hecho posible como consecuencia de la adhesión de Rumanía a la Unión Europea.

61. Proseguiré este análisis examinando la última alegación del primer motivo de la adhesión a la casación, que se aparta de la cuestión relativa a los TBI intra-UE y que versa sobre la cuestión de la compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la Unión de un mecanismo de arreglo de diferencias entre Estados miembros y terceros Estados.

***a) Alcance de la sentencia Achmea en relación con un procedimiento arbitral incoado en virtud de un TBI celebrado entre dos Estados miembros antes de la adhesión a la Unión del Estado parte del arbitraje y pendiente en el momento de tal adhesión***

62. El Reino de España, la Comisión, la República Federal de Alemania, la República de Letonia y la República de Polonia sostienen que, a la vista de los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Achmea, el procedimiento arbitral en cuestión es incompatible con el Derecho de la Unión.

63. En primer lugar, esas partes sostienen que el procedimiento arbitral en cuestión debe ser considerado, a partir de la fecha de adhesión de Rumanía a la Unión, un arbitraje «intra-UE».

64. En segundo lugar, el tribunal arbitral constituido en virtud del TBI que vincula al Reino de Suecia y a Rumanía debe interpretar o aplicar el Derecho de la Unión, y más concretamente el Acuerdo de 1995. Pues bien, de la sentencia Achmea se desprende, en su opinión, que el Derecho de la Unión se opone a un mecanismo de arreglo de diferencias previsto en un TBI celebrado entre dos Estados miembros y que implica que un tribunal arbitral, ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión y no sometido al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, pueda interpretar o aplicar el Derecho de la Unión.

65. En su opinión, el procedimiento arbitral en cuestión infringe, pues, a partir de la adhesión de Rumanía a la Unión Europea, los artículos 267 TFUE y 344 TFUE.

<sup>11</sup> En particular, de la Decisión controvertida y de la sentencia recurrida se desprende que el laudo arbitral fue ejecutado y que la medida a que hace referencia la Decisión controvertida fue abonada a European Food y otros y a Viorel Micula y otros. En la medida en que la incompatibilidad del laudo arbitral ya ejecutado no me parece que tenga, en sí misma, por efecto imponer a los recurrentes la obligación de reembolsar la indemnización, la anulación de la Decisión controvertida incidiría necesariamente en su situación, puesto que esta Decisión determina si pueden conservar los pagos realizados por Rumanía.

1) *Sobre la aplicabilidad ratione temporis de la jurisprudencia Achmea*

66. Me adhiero sin duda alguna a la posición del Reino de España y de la Comisión según la cual el Derecho de la Unión Europea y, por lo tanto, la jurisprudencia derivada de la sentencia Achmea se aplican en Rumanía desde la fecha de su adhesión.<sup>12</sup>

i) *Aplicación del Derecho de la Unión a partir de la adhesión*

67. Esta aplicación del Derecho de la Unión desde la adhesión de Rumanía a la Unión entraña, en mi opinión, una indudable consecuencia. Todo procedimiento arbitral incoado en virtud de un TBI que vincule a Rumanía y a otro Estado miembro *después* de la adhesión de Rumanía a la Unión es incompatible con el Derecho de la Unión. Del principio de primacía del Derecho de la Unión se desprende que, a partir de esta adhesión, no puede establecerse la competencia de un tribunal arbitral constituido en virtud de un TBI celebrado entre Rumanía y otro Estado miembro, ni tampoco incoarse ningún procedimiento arbitral en virtud de un TBI intra-UE.<sup>13</sup>

68. No obstante, tal solución me parece discutible en lo tocante a los procedimientos arbitrales iniciados *antes* de la adhesión de Rumanía a la Unión que aún estuvieran en curso en el momento de tal adhesión, de suerte que será necesario analizar en qué medida los principios derivados de la sentencia Achmea se aplican a estas situaciones.

ii) *Aplicabilidad inmediata de los principios de la sentencia Achmea a los efectos futuros de una situación nacida con anterioridad a la adhesión a la Unión*

69. Para justificar la aplicación de la jurisprudencia derivada de la sentencia Achmea a tales supuestos, el Reino de España y la Comisión se basan en el principio de aplicabilidad inmediata del Derecho de la Unión a los efectos futuros de una situación nacida con anterioridad a la adhesión a la Unión.<sup>14</sup>

70. No puede ponerse en cuestión este principio.<sup>15</sup> De la jurisprudencia se desprende con toda claridad que, «según un principio reconocido con carácter general, las leyes de modificación de una disposición legislativa se aplican, salvo disposición contraria, a los efectos futuros de situaciones nacidas durante la vigencia de la ley anterior»,<sup>16</sup> de lo cual se deduce también que se ha de considerar que el Derecho de la Unión «es de aplicación inmediata y que obliga [al Estado miembro] desde la fecha de su adhesión, de forma que se aplica a los efectos futuros de situaciones nacidas antes de la adhesión de este Estado».<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Artículo 2 del Acta de adhesión. Véase, asimismo, sobre este aspecto, Malferrari, L., «Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités», en Berramdane, A., y Trochu, M., *Union européenne et protection des investissements*, Bruylant, 2021, p. 63.

<sup>13</sup> Véase, sobre este aspecto, mis conclusiones presentadas en el asunto Komstroy (C-741/19, EU:C:2021:164), punto 69.

<sup>14</sup> Véase, a este respecto, Kaleda, S. L., *Przejęcie prawa wspólnotowego przez nowe państwo członkowskie. Zagadnienia przejściowe i międzyczasowe*, Varsovia, 2003, pp. 127 y 192.

<sup>15</sup> Véase, sobre la pertinencia del principio de aplicabilidad inmediata del Derecho de la Unión, tal como es interpretado por el Tribunal de Justicia, Blatière, L., *L'applicabilité temporelle du droit de l'Union européenne*, CREAM, 2018, pp. 152 a 167.

<sup>16</sup> Sentencias de 15 de febrero de 1978, Bauche y Delquignies (96/77, EU:C:1978:26), apartado 48, y de 7 de febrero de 2002, Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82), apartado 20. Véase asimismo la sentencia de 26 de marzo de 2020, Hungeod y otros (C-496/18 y C-497/18, EU:C:2020:240), apartado 94.

<sup>17</sup> Sentencia de 2 de octubre de 1997, Saldanha y MTS (C-122/96, EU:C:1997:458), apartado 14.

71. Además, ciertamente, el Tribunal de Justicia interpreta de forma amplia el concepto de «efectos futuros de situaciones nacidas durante la vigencia de una ley anterior». <sup>18</sup> Se ha referido, en diversas ocasiones, a «situaciones nacidas antes de la entrada en vigor de la nueva normativa, pero cuya evolución no hubiera llegado a su término», <sup>19</sup> lo cual pone de manifiesto que adopta una acepción no restrictiva de lo que engloba la expresión de «efectos futuros». Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha admitido a las claras la aplicabilidad inmediata del Derecho de la Unión a la cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la indemnización de un perjuicio causado antes de la adhesión del Estado miembro a la Unión, abonada con posterioridad a esta, y dirigida a compensar las consecuencias del daño durante toda la vida de la víctima. <sup>20</sup>

72. A la luz de esta jurisprudencia, y contrariamente a la posición que sostienen European Food y otros y Viorel Micula y otros, la continuación tras la adhesión del procedimiento arbitral en cuestión, iniciado a raíz de un acto controvertido de Rumanía adoptado antes de la adhesión, basta, en mi opinión, para acreditar que existen efectos futuros de una situación nacida con anterioridad a la adhesión. <sup>21</sup>

73. Por lo tanto, considero que el Derecho de la Unión y, por consiguiente, la jurisprudencia derivada de la sentencia *Achmea*, se aplican *ratione temporis* al procedimiento arbitral en cuestión incoado antes de la adhesión, en virtud de un TBI que vinculaba a Rumanía y a otro Estado miembro, pero que aún estaba vigente en el momento de la adhesión.

74. No obstante, creo que el principio de aplicabilidad inmediata del Derecho de la Unión a los efectos futuros de una situación nacida antes de la adhesión no permite, por sí solo, resolver la cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un procedimiento arbitral incoado en virtud de un TBI intra-UE antes de la adhesión a la Unión del Estado parte del arbitraje.

75. En efecto, a veces las apariencias engañan, y no cabe declarar la aplicabilidad de los principios derivados de la sentencia *Achmea* a tales situaciones con arreglo a este único fundamento sin haber analizado previamente la lógica que subyace al razonamiento de esta sentencia.

## 2) Aplicación *ratione materiae* de la jurisprudencia derivada de la sentencia *Achmea*

76. La aplicación, a partir de la adhesión, del Derecho de la Unión a un procedimiento arbitral incoado en virtud de un TBI intra-UE antes de la adhesión a la Unión del Estado parte del arbitraje no elimina la naturaleza especial de este procedimiento, incoado válidamente en ese momento, relativo a una controversia anterior a la adhesión.

<sup>18</sup> Para un estudio detallado de la concepción amplia del Tribunal de Justicia de las situaciones en curso, véase Blatière, L., *op. cit.*, pp. 148 a 152.

<sup>19</sup> Sentencias de 17 de julio de 1997, *Affish* (C-183/95, EU:C:1997:373), apartado 57, y de 22 de junio de 2006, *Bélgica y Forum 187/Comisión* (C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416), apartado 148.

<sup>20</sup> Sentencia de 3 de septiembre de 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133), apartados 21 a 24. Véase también, en este mismo sentido, la sentencia de 14 de junio de 2007, *Telefónica O2 Czech Republic* (C-64/06, EU:C:2007:348), apartado 21.

<sup>21</sup> Véase sobre este aspecto, Kaleda, S. L., *op. cit.*, p. 183: «Las disposiciones [de Derecho de la Unión] que regulan los efectos de determinados actos son inmediatamente aplicables, en el momento de su entrada en vigor, a los efectos que prosiguen: se aplicarán, por ejemplo, a las infracciones que, pese a derivarse de acontecimientos pasados, se hallan todavía en curso en la fecha de entrada en vigor». (Versión original polaca: «przepisy [prawa Unii] regulujące skutki pewnych czynności są natychmiast stosowane w stosunku do skutków trwających w momencie ich wejścia w życie — np. przechwytyują naruszenie nadal trwające w dniu wejścia w życie, chociaż wynikające ze zdarzeń dawnych»).

77. Ahora bien, me parece que estas características tienen una evidente incidencia, en un plano ya no temporal sino material, en la posibilidad de aplicar la jurisprudencia derivada de la sentencia *Achmea* a un procedimiento arbitral como el aquí controvertido. Dicho de otro modo, aun cuando, desde un punto de vista estrictamente temporal, esta jurisprudencia, al igual que todo el Derecho de la Unión, es aplicable al procedimiento arbitral en cuestión, no sucede lo mismo desde un punto de vista material en varias perspectivas.

*i) Inexistencia de una vulneración de la autonomía del Derecho de la Unión*

78. Cabe señalar que la solución a la que llegó el Tribunal de Justicia en la sentencia *Achmea* se basa en la vulneración de la autonomía del Derecho de la Unión que supone recurrir a un procedimiento arbitral basado en un TBI intra-UE, en cuyo ámbito puede interpretarse o aplicarse el Derecho de la Unión.

– *Principio de autonomía del Derecho de la Unión*

79. El Tribunal de Justicia ha precisado que la autonomía del Derecho de la Unión se garantiza mediante la creación, por los Tratados, de un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión.<sup>22</sup> El procedimiento de remisión prejudicial constituye la piedra angular de dicho sistema al establecer un diálogo de juez a juez, entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión.<sup>23</sup>

80. Pues bien, el recurso a un procedimiento arbitral incoado en virtud de un TBI celebrado entre dos Estados miembros puede sustraer del sistema jurisdiccional la solución de un litigio que puede implicar la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión y vulnera, por lo tanto, el principio de autonomía del Derecho de la Unión, que se refleja en los artículos 267 TFUE y 344 TFUE.

81. Dicho de otro modo, la solución adoptada en la sentencia *Achmea*, se funda, sobre todo, en la imposibilidad, en virtud del principio de autonomía del Derecho de la Unión, de privar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de sus competencias para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, así como al Tribunal de Justicia de la suya para responder con carácter prejudicial a las cuestiones planteadas por esos órganos jurisdiccionales sobre la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión.<sup>24</sup>

82. Sin embargo, considero que, en lo tocante a un procedimiento arbitral incoado en virtud de un TBI celebrado entre dos Estados miembros *antes* de la adhesión a la Unión del Estado parte del arbitraje, no se ha sustraído al sistema jurisdiccional de la Unión ningún litigio que pueda afectar a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión.

83. A este respecto, ha de precisarse que tiene poca relevancia, desde esta perspectiva, determinar si tal litigio entraña, sin sombra de duda, la interpretación o la aplicación del Derecho de la Unión por el tribunal arbitral. A mi juicio, el mero hecho de que exista el riesgo de que así sea basta para calificarlo de vulneración de la autonomía del Derecho de la Unión, siempre que el litigio en el que tal riesgo se presente esté efectivamente comprendido en ámbito de competencia del sistema

<sup>22</sup> Véase la sentencia *Achmea*, apartado 35 y jurisprudencia citada. Véase, asimismo, Malferrari, L., *op. cit.*, pp. 48 y 50.

<sup>23</sup> Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 176.

<sup>24</sup> Dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartado 89.

jurisdiccional de la Unión.<sup>25</sup> He de señalar además que me parece que este riesgo existe con respecto a todos los TBI intra-UE. Por lo tanto, no creo que sea necesario comprobar, en el presente asunto, si el tribunal arbitral ha interpretado o aplicado realmente el Derecho de la Unión o si habría podido hacerlo. De hecho, interpreto la sentencia Achmea en el sentido de que el Tribunal de Justicia ha establecido como criterio para apreciar la compatibilidad con el principio de autonomía del Derecho de la Unión de un procedimiento arbitral basado en un TBI intra-UE que ese procedimiento tenga por efecto privar a los órganos jurisdiccionales nacionales de su competencia para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, así como al Tribunal de Justicia de la suya para responder con carácter prejudicial a las cuestiones planteadas por aquellos.

– *Competencia de los órganos jurisdiccionales rumanos para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia*

84. Un litigio nacido de la supuesta infracción, por parte de un Estado, de una disposición de un TBI, con anterioridad a la adhesión de ese Estado a la Unión, y cuyo procedimiento de resolución se incoó antes de dicha adhesión, no queda comprendido necesariamente en el ámbito de competencia del sistema jurisdiccional de la Unión. Su resolución por parte de un tribunal arbitral constituido en virtud de un TBI celebrado entre dos Estados miembros antes de la adhesión a la Unión del Estado parte del arbitraje no priva a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de sus competencias para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, ni al Tribunal de Justicia de la suya para responder con carácter prejudicial a las cuestiones planteadas por esos órganos jurisdiccionales, relativas a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión.

85. Sugiero al Tribunal de Justicia que considere la hipótesis en la que, en lugar de un tribunal arbitral, hubiera sido un órgano jurisdiccional rumano el que hubiera conocido del litigio relativo a una supuesta infracción por ese Estado de lo dispuesto en el TBI. A mi entender, ese órgano jurisdiccional no habría podido plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia en caso de que se hubiera suscitado una cuestión de interpretación o aplicación del Derecho de la Unión.

86. En efecto, en primer lugar, es de todo punto evidente que un órgano jurisdiccional rumano que hubiera conocido de la posible infracción por ese Estado miembro de lo dispuesto en el TBI no habría podido plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial *antes* de la adhesión de Rumanía a la Unión, dado que, en aquel momento, ese órgano jurisdiccional no era un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el sentido del artículo 267 TFUE. Además, el Acuerdo de 1995 no preveía la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales rumanos plantearan cuestiones al Tribunal de Justicia mediante remisión prejudicial.

87. En segundo lugar, se impone la misma solución en lo tocante a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional rumano, que conociera de un asunto antes de la adhesión de Rumanía a la Unión, planteara una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia *después* de la adhesión. En

<sup>25</sup> Véase, en este sentido, la sentencia Achmea, apartados 39 y 56.

efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que este no es competente para pronunciarse sobre la interpretación del Derecho de la Unión al conocer de un litigio relativo a una situación producida con anterioridad a la adhesión.<sup>26</sup>

88. Así ocurría precisamente en relación con el litigio que dio lugar al procedimiento arbitral en cuestión. La supuesta infracción del TBI por Rumanía, objeto del litigio, era anterior a la adhesión de ese Estado a la Unión, y el procedimiento arbitral en cuestión dio comienzo antes de la adhesión. Todos los hechos pertinentes a este respecto tuvieron lugar, pues, antes de esta adhesión y ya habían producido todos sus efectos. Un órgano jurisdiccional rumano que hubiera conocido de tal litigio no habría podido plantear al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación o aplicación del Derecho de la Unión relacionadas con de ese litigio.

89. Tal solución no queda en entredicho por el principio de aplicabilidad inmediata del Derecho de la Unión a los efectos futuros de una situación nacida antes de la adhesión, ni por la jurisprudencia derivada de la sentencia *Kremikovtzi*,<sup>27</sup> invocada por la Comisión, en la que el Tribunal de Justicia se declaró competente para interpretar las disposiciones del Acuerdo Europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Bulgaria, por otra,<sup>28</sup> en el contexto de un litigio relativo a hechos anteriores a la adhesión de Bulgaria a la Unión.

90. En lo tocante al principio de aplicabilidad inmediata del Derecho de la Unión a los efectos futuros de una situación nacida antes de la adhesión, ha de hacerse constar que ese principio no se aplica cuando se trata de un litigio relativo a la supuesta infracción por Rumanía de lo dispuesto en el TBI. Como he señalado en el punto 88 de las presentes conclusiones, los hechos que dieron origen al litigio y de los que habría debido conocer el órgano jurisdiccional rumano son la derogación por Rumanía del régimen de los DU que suponía un posible incumplimiento por parte de dicho Estado de las obligaciones derivadas del TBI. Así pues, la situación que dio origen al litigio ya se había consolidado antes de la adhesión y pertenecía claramente al pasado.<sup>29</sup>

91. En cuanto a la sentencia *Kremikovtzi*,<sup>30</sup> tampoco me parece que pueda poner en tela de juicio la comprobación de la falta de competencia del Tribunal de Justicia, por los mismos motivos. En efecto, aun cuando los hechos del litigio principal en el asunto en que se dictó esa sentencia tenían su origen en el pago de ayudas antes de la adhesión, el objeto del litigio versaba, no obstante, sobre el procedimiento de recuperación de estas ayudas y, en particular, sobre el fundamento jurídico en el que tal procedimiento debía basarse, el cual era indudablemente posterior a la adhesión. Dicho

<sup>26</sup> Sentencias de 10 de enero de 2006, *Ynos* (C-302/04, EU:C:2006:9), apartados 36 y 37, y de 30 de abril de 2020, *EUROVIA* (C-258/19, EU:C:2020:345), apartados 42 y 43, y auto de 1 de octubre de 2020, *Slovenský plynárenský priemysel* (C-113/20, no publicado, EU:C:2020:772), apartados 28 y 31. Para un estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a su competencia para responder a cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de la adhesión a la Unión de nuevos Estados miembros, véase Póltorak, N., «Ratione Temporis Application of the Preliminary Rulings Procedure», *Common Market Law Review*, 2008, n.º 45, pp. 1357 y 1381.

<sup>27</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2012 (C-262/11, EU:C:2012:760).

<sup>28</sup> Acuerdo celebrado y aprobado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 94/908/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 19 de diciembre de 1994 (DO 1994, L 358, p. 1).

<sup>29</sup> Tal situación se distingue de la que dio lugar a la sentencia de 3 de septiembre de 2014, *X* (C-318/13, EU:C:2014:2133), en la que el Tribunal de Justicia se declaró competente en virtud del principio de aplicabilidad directa del Derecho de la Unión a los efectos futuros de una situación nacida antes de la adhesión. En el asunto *X*, el órgano jurisdiccional remitente había conocido, *después* de la adhesión de Finlandia a la Unión, de un litigio relativo al importe de la indemnización que también se había concedido *después* de la adhesión, como consecuencia de un perjuicio sufrido con anterioridad a esta última. El objeto del litigio versaba, pues, sobre hechos posteriores a la adhesión, aun cuando estos eran los efectos futuros de una situación nacida con anterioridad y estaba dirigido a regular una situación en el futuro. El litigio de que conoció el tribunal arbitral en el presente asunto no versaba sobre el importe de la indemnización concedida, sino sobre la existencia misma de una infracción por Rumanía del TBI, por lo que se trataba de una situación que ya se había consolidado *antes* de la adhesión.

<sup>30</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2012 (C-262/11, EU:C:2012:760).

de otro modo, las cuestiones prejudiciales guardaban efectivamente relación con los efectos de una ayuda, que se habían traducido en la adopción de un acto y en un acontecimiento concreto *posterior* a la adhesión de un Estado miembro, lo cual justificaba la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales.

92. Por el contrario, el litigio del que habría podido conocer, en el caso de autos, un órgano jurisdiccional rumano versaba sobre una situación —la supuesta infracción por Rumanía del TBI— definitivamente consolidada antes de la adhesión. Por consiguiente, contrariamente al asunto Kremikovtzi, ningún hecho o acto posterior a la adhesión fue objeto del litigio de que conoció el tribunal arbitral.<sup>31</sup>

93. En estas circunstancias, considero que, puesto que el Tribunal de Justicia no es competente para responder a una cuestión prejudicial que un órgano jurisdiccional rumano podría haber planteado en caso de haber conocido del procedimiento, el litigio que dio origen al procedimiento arbitral no está comprendido en el ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión, ni antes ni después de la adhesión de Rumanía a la Unión.

94. De ello resulta que un procedimiento arbitral, como el controvertido en el presente asunto, incoado en virtud de un TBI celebrado entre dos Estados miembros antes de la adhesión a la Unión del Estado parte del arbitraje, no puede, en mi opinión, vulnerar la autonomía del Derecho de la Unión, ni siquiera después de esta adhesión, de modo que, a diferencia del procedimiento arbitral objeto del asunto que dio lugar a la sentencia Achmea, no cabe concluir que se haya producido una infracción de los artículos 267 TFUE y 344 TFUE.

95. Hay datos adicionales que dan fe de la compatibilidad del procedimiento arbitral de que se trata con el Derecho de la Unión en lo que atañe a la cuestión de la infracción del principio de confianza mutua que, desde mi punto de vista, no se ha producido.

*ii) Cuestión de la existencia de una infracción del principio de confianza mutua*

96. El Reino de España alega que, a partir de la adhesión de Rumanía a la Unión, el tribunal arbitral en cuestión en el presente asunto debió inhibirse en favor de los órganos jurisdiccionales rumanos, que estaban, pues, en condiciones de garantizar la protección de los derechos de los inversores.

97. La solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Achmea se basa, en efecto, en la infracción del principio de confianza mutua que supone recurrir a un procedimiento arbitral incoado en virtud de un TBI intra-UE en el contexto de un litigio que puede afectar a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión.

98. El Tribunal de Justicia recordó en la sentencia Achmea<sup>32</sup> que el Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se

<sup>31</sup> En aras de la exhaustividad y a efectos de curiosidad doctrinal, he de precisar que un órgano jurisdiccional rumano no podría preguntar al Tribunal de Justicia sobre los efectos futuros de su decisión relativa a la infracción por Rumanía del TBI a la vista de las normas sobre ayudas de Estado. Tal cuestión, por un lado, sería puramente hipotética puesto que, mientras el procedimiento se halla en curso, no es posible determinar con seguridad el resultado del litigio. Por otro lado, no quedaría comprendida estrictamente en el objeto del litigio de que conocería el órgano jurisdiccional estatal, pues tal litigio versa únicamente sobre si Rumanía incumplió o no sus obligaciones derivadas del TBI, de modo que la respuesta del Tribunal de Justicia no sería necesaria para la solución del litigio.

<sup>32</sup> Apartado 34.

fundamenta la Unión. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica.<sup>33</sup>

99. En efecto, como expuse en mis conclusiones presentadas en el asunto *Komstroy*,<sup>34</sup> salvo en circunstancias excepcionales, los Estados miembros están obligados a considerar que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, incluidos los derechos fundamentales, como el derecho a la tutela judicial efectiva ante un juez independiente enunciado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La particular función de las instituciones de la Unión, entre las que se encuentra, en primer lugar, la Comisión, encargadas de garantizar el respeto de estos valores, da fe de su importancia.<sup>35</sup>

100. Además, el hecho de que las relaciones que la Unión establece con los Estados terceros no se fundamentan en la confianza mutua, que si existe en el seno de la Unión, es precisamente lo que justifica que las partes contratantes de un acuerdo internacional que vincula a un Estado miembro y a un Estado tercero decidan alcanzar un acuerdo sobre un mecanismo neutro de arreglo de diferencias, toda vez que las partes contratantes no tienen por qué confiar plenamente en el sistema jurisdiccional de la otra parte para garantizar el respeto de las normas contenidas en el Acuerdo.<sup>36</sup>

101. Desde esta perspectiva, cabe señalar que la Comisión promovió la celebración de TBI entre Estados miembros y los Estados de Europa central y oriental en cuanto instrumentos necesarios para preparar su adhesión a la Unión.<sup>37</sup> Por otro lado, el artículo 74 del Acuerdo de 1995, titulado «Promoción y protección de la inversión», promueve la celebración de acuerdos para el fomento y la protección de la inversión por los Estados miembros y Rumanía. El Reino de Suecia y Rumanía aceptaron pues esa invitación celebrando el TBI en cuestión.

102. En este contexto concreto, la cláusula de arreglo de diferencias contenida en el TBI debería interpretarse como un paliativo de la falta de confianza mutua entre el Reino de Suecia y Rumanía. En aquel momento se trataba de garantizar la protección de los inversores de los Estados miembros en Rumanía garantizando, en particular, a falta de una confianza suficiente en el respeto por ese Estado, antes de la adhesión, del derecho a la tutela judicial efectiva de los inversores, la posibilidad de recurrir a un sistema de arreglo de las diferencias al margen del sistema jurisdiccional de este Estado.<sup>38</sup>

103. En estas circunstancias, me parece legítimo que los árbitros, que conocen válidamente de un asunto en virtud de un TBI cuya celebración entre un Estado miembro y el Estado parte del arbitraje antes de su adhesión ha sido alentada por la propia Unión, no se inhiban en el momento

<sup>33</sup> Sentencia *Achmea*, apartado 34. Véase asimismo el dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartados 168 y 173 y jurisprudencia citada.

<sup>34</sup> C-741/19, EU:C:2021:164, punto 64.

<sup>35</sup> Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto *Komstroy* (C-741/19, EU:C:2021:164), punto 65 y jurisprudencia citada.

<sup>36</sup> Véanse las conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá, EU:C:2019:72), punto 82.

<sup>37</sup> Conclusiones del abogado General Wathelet presentadas en el asunto *Achmea* (C-284/16, EU:C:2017:699), punto 40. Véase asimismo Kochenov, D., Lavranos, N., «*Achmea Versus the Rule of Law: CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union*», *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021.

<sup>38</sup> Sobre la contribución de los tribunales de arbitraje de inversiones al respeto del Estado de Derecho, véase Sadowski, W., «*Protection of the Rule of Law in the European Union through Investment Treaty Arbitration: Is Judicial Monopolism the Right Response to Illiberal Tendencies in Europe?*», *Common Market Law Review*, n.º 55, 2018, pp. 1025 a 1060, y Kochenov, D., Lavranos, N., *op. cit.*

de la adhesión, puesto que el procedimiento arbitral permitía garantizar la protección de los derechos de los inversores antes de la adhesión, de la misma manera que el principio de confianza mutua después de dicha adhesión.

104. Por lo tanto, en mi opinión, contrariamente a la situación controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia *Achmea*, el principio de confianza mutua no puede justificar la interrupción del procedimiento arbitral en cuestión, que originariamente permitió paliar la falta de confianza en el respeto por Rumanía de las exigencias relativas a la tutela judicial efectiva antes de su adhesión a la Unión.

105. En la vista, *European Food* y otros y *Viorel Micula* y otros alegaron además que la adhesión de Rumanía a la Unión no había permitido establecer una confianza mutua entre ese Estado miembro y los demás Estados miembros, puesto que su adhesión había estado supeditada al establecimiento de un mecanismo de cooperación y verificación de los avances logrados por este Estado miembro para cumplir indicadores concretos en materia de reforma judicial y lucha contra la corrupción.<sup>39</sup>

106. Esta alegación no es convincente. La Decisión MCV no entraña por sí sola la inaplicación del principio de confianza mutua en las relaciones entre Rumanía y los demás Estados miembros. En el ordenamiento jurídico de la Unión no existe una desconfianza general frente a un Estado miembro exclusivamente por el hecho de que se establezca un mecanismo como el previsto en la Decisión MCV en el momento de su adhesión. La limitación de la confianza en los órganos jurisdiccionales rumanos solo puede fundarse en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos al funcionamiento del sistema jurisdiccional del Estado miembro.<sup>40</sup>

### 3) *Conclusión sobre la aplicación de la jurisprudencia Achmea*

107. De cuanto antecede se desprende, en mi opinión, que los principios derivados de la sentencia *Achmea* no se aplican a un procedimiento arbitral, como el controvertido en el asunto principal, incoado en virtud de un TBI celebrado entre dos Estados miembros antes de la adhesión a la Unión del Estado parte del arbitraje que aún estuviera vigente en el momento de tal adhesión.<sup>41</sup>

108. No cabe concluir, a mi juicio, que exista un menoscabo de los principios de autonomía del Derecho de la Unión y de confianza mutua ni una infracción de los artículos 267 TFUE y 344 TFUE.

### **b) *Compatibilidad del TBI con el Derecho de la Unión en el momento de su celebración***

109. El Reino de España, apoyado en este sentido por la Comisión, alega que el TBI es, desde su celebración, contrario al Derecho de la Unión en la medida en que el tribunal arbitral constituido con arreglo a ese Tratado puede poner en entredicho el proceso democrático de toma de

<sup>39</sup> Decisión 2006/928/CE de la Comisión, de 13 de diciembre de 2006, por la que se establece un mecanismo de cooperación y verificación de los avances logrados por Rumanía para cumplir indicadores concretos en materia de reforma judicial y lucha contra la corrupción (DO 2006, L 354, p. 56; en lo sucesivo, «Decisión MCV»).

<sup>40</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality* (Deficiencias del sistema judicial) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586), apartado 61.

<sup>41</sup> Ha de señalarse, además, que tal solución tiene la ventaja de presentar cierta coherencia con la práctica de los tribunales arbitrales, en lo relativo a su competencia *ratione temporis*. A este respecto, véase Matringe, J., «La compétence ratione temporis et l'applicabilité du traité dans le temps», en Leben, C. (dir), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, L.G.D.J., 2010, pp. 78 y 79.

decisiones en los Estados partes, puesto que priva a una ley rumana del efecto económico buscado, y menoscabar la aplicación efectiva de la legislación sobre ayudas de Estado en Suecia y Rumanía, y, por lo tanto, que el TBI afecta al funcionamiento de las instituciones de la Unión de conformidad con el marco constitucional de esta.

110. Por un lado, y con carácter general, dudo de la fuerza probatoria de tal alegación a la luz del contexto en que se celebraron los TBI entre los Estados miembros y Rumanía, pues fue la Unión, mediante el Acuerdo de 1995, quien alentó a aquellos a celebrarlos. Además, esta solución supondría admitir la incompatibilidad de un TBI celebrado por un Estado miembro con un Estado tercero con carácter retroactivo, y dudar, con carácter más general, de la compatibilidad de todos los TBI celebrados entre un Estado miembro y un Estado tercero sin llevar a cabo un examen al respecto y de forma abstracta.

111. Por otro lado, en lo tocante más concretamente al procedimiento arbitral en cuestión, considero que no lleva, en ningún caso, ni a privar de eficacia a las normas sobre ayudas de Estado ni, en consecuencia, a privar a una ley rumana del efecto económico pretendido, ya que, por los motivos que desarrollaré al examinar el recurso de casación principal, considero que las normas sobre ayudas de Estado son aplicables al caso de autos.

112. En estas circunstancias, no cabe considerar que el TBI sea incompatible con el Derecho de la Unión desde su celebración.

### ***3. Conclusión sobre la adhesión a la casación***

113. De cuanto antecede se desprende que debe desestimarse el primer motivo de la adhesión a la casación. Dado que el segundo motivo de la adhesión a la casación depende de la estimación del primer motivo, considero que procede desestimar la adhesión a la casación en su totalidad.

### **B. Sobre el recurso de casación principal**

114. La Comisión, apoyada en este sentido por el Reino de España, invoca tres motivos en apoyo de su recurso de casación. Alega en primer lugar que el Tribunal General incurrió en error de Derecho y que realizó una calificación jurídica incorrecta de los hechos al concluir que la Comisión carecía de competencia para adoptar la Decisión controvertida. En segundo lugar, alega que incurrió en error de Derecho al declarar que el Derecho de la Unión no es aplicable a la indemnización concedida y, en tercer lugar, que incurrió en error de Derecho al concluir que la Decisión controvertida había calificado incorrectamente como ventaja la concesión de una indemnización por el tribunal arbitral.

115. Comenzaré mi análisis examinando los dos primeros motivos de casación, que pretenden fijar el momento en el que debe considerarse que el Estado miembro concedió la ayuda, con el fin de determinar si la normativa sobre ayudas de Estado era entonces aplicable, y si la Comisión era competente para adoptar la Decisión controvertida.

### **1. Sobre los dos primeros motivos de casación: fijación del momento de concesión de un ayuda**

116. El Tribunal General recordó, en los apartados 66 y siguientes de la sentencia recurrida, que el Derecho de la Unión no pasó a ser aplicable en Rumanía hasta la fecha de su adhesión a la Unión y que de ello se desprende que la Comisión solo adquirió la competencia para proceder al control de la actuación de Rumanía en virtud del artículo 108 TFUE en esa fecha. De ello dedujo acertadamente que, a efectos de determinar la competencia de la Comisión para adoptar la Decisión controvertida, procede definir la fecha en que se concedió la supuesta ayuda.

117. Según el Tribunal General, «el derecho de los demandantes [en primera instancia] a recibir la indemnización de que se trata nació y comenzó a producir efectos en el momento en que Rumanía derogó el DU 24, es decir, antes de la adhesión de Rumanía a la Unión, y, por tanto, [...] el momento en que se confirió ese derecho a los demandantes [...] es anterior a la adhesión».<sup>42</sup>

118. La Comisión sostiene que European Food y otros y Viorel Micula y otros solo adquirieron el derecho a la indemnización concedida cuando la sentencia se convirtió en título ejecutivo en virtud del Derecho nacional, puesto que, antes de ese momento, el derecho a recibir la indemnización era incierto. Por tanto, a su entender, la medida por la que se concedió la supuesta ayuda no es la derogación por Rumanía de los DU, sino la ejecución de la sentencia por ese Estado miembro. Dado que esta medida se adoptó tras la adhesión de Rumanía a la Unión, el Derecho de la Unión era aplicable y la Comisión era competente para examinarla a la luz de los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, de suerte que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al declarar que la medida había sido concedida antes de dicha adhesión y que la Comisión no era competente.

119. He de poner de relieve brevemente a este respecto que, a diferencia de cuanto aducen European Food y otros y Viorel Micula y otros, la cuestión del momento en el que se ha concedido una ayuda es indudablemente una cuestión de Derecho susceptible de ser recurrida en casación cuando se trata de determinar si una indemnización concedida en virtud de un laudo arbitral como consecuencia de la derogación por un Estado de un régimen de incentivos fiscales debe considerarse concedida en el momento de dicha derogación, antes de la adhesión, o más bien en el momento del abono efectivo de la indemnización en ejecución del laudo, tras la adhesión.

120. Además, no puede acogerse la alegación de European Food y otros y Viorel Micula y otros, según la cual la Comisión pretendía modificar la Decisión controvertida aduciendo que la ayuda en cuestión ya no resultaba del abono de la indemnización, sino de la adopción del laudo, puesto que los motivos invocados por la Comisión en su recurso de casación tienen su origen en la propia sentencia recurrida y están dirigidos a censurar su pertinencia.<sup>43</sup>

121. Como ha recordado el Tribunal General, el Tribunal de Justicia estableció en la sentencia *Magdeburger Mühlenwerke*<sup>44</sup> que «debe considerarse que las ayudas se conceden en el momento en que se confiere al beneficiario el derecho de recibir las ayudas en virtud de la normativa nacional aplicable».

<sup>42</sup> Apartado 78 de la sentencia recurrida.

<sup>43</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall y otros/Comisión* (C-176/06 P, no publicada, EU:C:2007:730), apartado 17.

<sup>44</sup> Sentencia de 21 de marzo de 2013 (C-129/12, EU:C:2013:200), apartado 40.

122. Tal formulación parece indicar, como alegan European Food y otros y Viorel Micula y otros, que el momento de concesión de una medida de ayuda no coincide necesariamente con el momento de su abono efectivo.

123. Si bien es frecuente que sea así, no es menos cierto que, contrariamente a cuanto sostiene la Comisión, una ayuda puede considerarse concedida aun cuando no haya sido efectivamente pagada.<sup>45</sup> De igual modo, se ha afirmado, en lo tocante a una ayuda abonada en aplicación de un régimen de ayudas, que la ayuda solo puede considerarse concedida cuando ha sido aplicada de forma efectiva, aun cuando el régimen de ayudas existía previamente.<sup>46</sup>

124. Dicho de otro modo, el abono efectivo de la ayuda no es, a mi juicio, el criterio que permite determinar el momento en que la medida de ayuda debe considerarse concedida. El mero hecho de que el abono de la indemnización en cuestión se haya producido tras la adhesión no basta, pues, para declarar que ha sido efectivamente concedida en tal momento, de suerte que el Derecho de la Unión habría sido aplicable y la Comisión competente.

125. Me parece deducir claramente del principio formulado en la sentencia *Magdeburger Mühlenwerke*<sup>47</sup> que el dato determinante para establecer el momento de concesión de una supuesta ayuda es la adquisición, por el beneficiario de la medida en cuestión, de un derecho cierto a recibirla y el compromiso correlativo, a cargo del Estado, de conceder la medida. Ese criterio parece lógico a la luz del objetivo de la normativa sobre ayudas de Estado, el cual está dirigido a englobar las actuaciones estatales, en la medida en que el simple compromiso del Estado de actuar en apoyo de una empresa beneficiaria ya puede dar lugar por sí solo a una distorsión de la competencia en el mercado, incluso antes de que se aplique efectivamente la medida de ayuda.

126. Según el Tribunal General, el derecho de European Food y otros y de Viorel Micula y otros a recibir la supuesta ayuda consistente en la indemnización concedida por el laudo arbitral nació en el momento en que Rumanía infringió lo dispuesto en el TBI. No comparto este análisis.

127. Está claro que la indemnización concedida por el tribunal arbitral, que constituye la supuesta ayuda, tiene su origen en esa infracción. Además, es cierto que, como ha señalado el Tribunal General en el apartado 78 de la sentencia recurrida, conforme al régimen del Derecho de la responsabilidad, el laudo arbitral y los pagos efectuados por Rumanía suponen, para European Food y otros y Viorel Micula y otros, el reconocimiento de un derecho a ser indemnizados por un perjuicio sufrido por la actuación de Rumanía y el cumplimiento efectivo de este derecho. En tal sentido, el laudo arbitral y su ejecución no hacen más que poner de manifiesto, con carácter retroactivo, la realidad de un derecho que existía previamente.<sup>48</sup>

128. No obstante, aun cuando, conforme al régimen del Derecho de la responsabilidad, el derecho al resarcimiento nace el día en el que se sufre el daño, esta interpretación no puede implicar que, en el ámbito del Derecho sobre ayudas de Estado, el derecho a recibir la ayuda nazca igualmente en ese momento. En efecto, dado que el laudo arbitral declara con carácter *retroactivo* la existencia del derecho a percibir una indemnización, ello es porque, antes de este laudo, tal derecho a ser indemnizados no tenía una existencia cierta.

<sup>45</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2019, *Arriva Italia y otros* (C-385/18, EU:C:2019:1121), apartados 37 y 41.

<sup>46</sup> Sentencia de 27 de junio de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (C-74/16, EU:C:2017:496), apartado 88, y auto de 7 de diciembre de 2017, *Irlanda/Comisión* (C-369/16 P, no publicado, EU:C:2017:955), apartado 29.

<sup>47</sup> Sentencia de 21 de marzo de 2013 (C-129/12, EU:C:2013:200).

<sup>48</sup> Apartado 84 de la sentencia recurrida.

129. En el procedimiento arbitral se debatió la existencia de una infracción de lo dispuesto en el TBI por parte de Rumanía y, por lo tanto, de un perjuicio sufrido por European Food y otros y Viorel Micula y otros, y Rumanía negaba el propio hecho de tener que abonar una indemnización. Mientras no se resolvió el litigio, Rumanía no quedó obligada a conceder la indemnización en cuestión y no se confirió a European Food y otros y a Viorel Micula y otros el derecho a recibirla, conforme a la normativa sobre ayudas de Estado y en el sentido de la jurisprudencia antes citada. Carece de pertinencia a este respecto que, de conformidad con el régimen del Derecho de la responsabilidad, el laudo arbitral constata a efectos pasados la existencia de un derecho a obtener el resarcimiento de un perjuicio.

130. Dado que la normativa sobre ayudas de Estado tiene por objeto el comportamiento de los Estados miembros y su compromiso de conceder determinadas medidas de ayuda, no puede considerarse que Rumanía estuviera obligada a indemnizar a European Food y otros y a Viorel Micula y otros en el momento en que negaba precisamente la existencia de tal obligación.

131. Esta interpretación reviste cierta coherencia con la jurisprudencia relativa a la concesión de ayudas en virtud de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional, que, a mi entender, presenta cierta analogía con las circunstancias del presente asunto. Así, se ha declarado que una ayuda resulta de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional en la medida en que dicha resolución reconoce el derecho del beneficiario a obtener tal ayuda y establece su importe definitivo.<sup>49</sup> Además, el Tribunal de Justicia ha declarado que debe considerarse que el auto de un juez de medidas cautelares que restablece una medida de ayuda, tras haber comprobado que esta había sido revocada incumpliendo un contrato, concede una nueva ayuda.<sup>50</sup>

132. En estas circunstancias, en mi opinión, el Tribunal General ha incurrido en error de Derecho y ha realizado una calificación jurídica de los hechos incorrecta al declarar que la ayuda en cuestión fue concedida en el momento en que Rumanía infringió el TBI.

133. Esto es tanto más cierto por cuanto, en el presente asunto, el daño sufrido por European Food y otros y Viorel Micula y otros se deriva de la derogación por Rumanía del DU, con objeto de atenerse a las normas sobre ayudas de Estado. Dicho de otro modo, según el Tribunal General, la derogación de una medida de ayuda en el sentido del Acuerdo de 1995, que remite al artículo 107 TFUE, cuya existencia fue declarada por el Consejo de la Competencia rumano, es en sí la medida de ayuda, conforme a esa lógica, el Consejo de la Competencia rumano, competente cuando se produjo la derogación, debería haber considerado, en el momento en que solicitó a Rumanía la derogación del DU, que dicha derogación constituía igualmente una ayuda de Estado y debería haber examinado de nuevo esta medida a la luz de las normas del Acuerdo de 1995 sobre ayudas de Estado.

134. Con carácter más general, como señala la Comisión, la solución del Tribunal General conduciría a admitir que puede concederse automáticamente una ayuda de Estado mediante la derogación de una ayuda de Estado. Me parece que esta circunstancia pone de manifiesto una falta de coherencia de la solución adoptada en la sentencia recurrida.

135. Por lo tanto, en mi opinión, la supuesta medida de ayuda no se concedió en el momento de la infracción del TBI, sino en el momento en que se reconoció el derecho de European Food y otros y de Viorel Micula y otros a recibir una indemnización y en el que, correlativamente, Rumanía quedó obligada a abonar esa indemnización, ya fuera después de la adopción del laudo arbitral,

<sup>49</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2018, ARFEA/Comisión (T-720/16, no publicada, EU:T:2018:853), apartado 185.

<sup>50</sup> Sentencia de 26 de octubre de 2016, DEI y Comisión/Alouminion tis Ellados (C-590/14 P, EU:C:2016:797), apartado 59.

ya fuera en el momento de su ejecución por parte de Rumanía. Pues bien, ese momento fue posterior a la adhesión de Rumanía a la Unión. De ello se desprende que el Derecho de la Unión sí era aplicable a esta medida y que la Comisión era competente de conformidad con el artículo 108 TFUE para examinar la indemnización en cuestión a la luz de la normativa sobre ayudas de Estado.

136. He de precisar a este respecto, en aras de la coherencia, que la cuestión de la competencia de la Comisión para examinar una medida resultante de una indemnización concedida mediante un laudo dictado por un tribunal arbitral a la luz de la normativa sobre ayudas de Estado es una cuestión distinta de la de la competencia de los órganos jurisdiccionales rumanos para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, en el contexto de un litigio que ha dado lugar a la concesión de una indemnización. La falta de competencia de tales órganos jurisdiccionales no prejuzga, pues, en modo alguno la competencia de la Comisión para evaluar la indemnización concedida tras la adhesión a la luz de la normativa sobre ayudas de Estado. Como señala acertadamente la Comisión, esta competencia viene determinada únicamente por el hecho generador de la ayuda, que nace en el momento en que se reconoce de forma cierta el derecho a recibir la indemnización.

137. Por lo tanto, en mi opinión, procede estimar los dos primeros motivos de casación.<sup>51</sup>

138. Dado que este análisis permite determinar la competencia de la Comisión para examinar la indemnización en cuestión con arreglo al artículo 108 TFUE, procede, en consecuencia, desestimar la primera parte del primer motivo invocada en primera instancia en el contexto del recurso de anulación interpuesto en el asunto T-704/15, así como la primera parte del segundo motivo invocada en los asuntos T-624/15 y T-694/15.

## ***2. Sobre el tercer motivo de casación: existencia de una ventaja en el sentido del artículo 107 TFUE***

139. Mediante su tercer motivo de casación, la Comisión afirma que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al interpretar incorrectamente el concepto de «ventaja» y al no responder a todas las razones expresadas en la Decisión controvertida destinadas a demostrar la existencia de tal ventaja.

140. El Tribunal General señaló en el apartado 103 de la sentencia recurrida que, a tenor de la jurisprudencia derivada de la sentencia *Asteris* y otros,<sup>52</sup> la indemnización de un perjuicio no puede considerarse una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, salvo que dé lugar a indemnizar la retirada de una ayuda ilegal o incompatible.<sup>53</sup> Según el Tribunal General, no ha sido así.

<sup>51</sup> Las alegaciones formuladas la Comisión en el segundo motivo de casación se asientan esencialmente en la premisa de que, aun cuando deba considerarse que la medida se concedió antes de la adhesión, el Derecho de la Unión era igualmente aplicable en la medida en que el abono de la indemnización es el efecto futuro de una situación nacida con anterioridad. En mi opinión, el Tribunal General fijó de forma incorrecta el momento de la concesión de la ayuda antes de la adhesión, puesto que este momento tuvo lugar realmente con la adopción el laudo arbitral y su ejecución por parte de Rumanía. No es necesario determinar si el Tribunal General incurrió en error de Derecho al declarar que el abono de la indemnización no era el efecto futuro de la situación anterior y que el Derecho de la Unión no era, por consiguiente, aplicable.

<sup>52</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).

<sup>53</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Asteris* y otros (106/87 a 120/87, EU:C:1988:457), apartados 23 y 24. Véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en los asuntos acumulados *Atzeni* y otros (C-346/03 y C-529/03, EU:C:2005:256), punto 198.

141. Por un lado, el Tribunal General declaró, en los apartados 104 y 105 de la sentencia recurrida que, en la medida en que del primer motivo de anulación se desprende que el Derecho de la Unión no era aplicable a la indemnización en cuestión y que la Comisión no era competente para proceder a su examen, esta indemnización no puede considerarse una indemnización por la retirada de una ayuda ilegal o incompatible.

142. Por otro lado, el Tribunal General precisó, en los apartados 106 a 108 de la sentencia recurrida, que la indemnización de que se trata cubría un período anterior a la adhesión, durante el cual el Derecho de la Unión no era aplicable, de modo que, con respecto a este período, los recurrentes podían invocar la jurisprudencia derivada de la sentencia *Asteris y otros*.<sup>54</sup> Ahora bien, en su opinión, la Comisión no distinguió, en la Decisión controvertida, entre los períodos anterior y posterior a la adhesión. De ello resulta que la Decisión controvertida adolece de ilegalidad al calificar la concesión de una indemnización por daños y perjuicios como «ventaja», al menos respecto al período anterior a la adhesión.

143. Cabe señalar a este respecto cierta contradicción en la motivación de la sentencia recurrida en lo tocante a la cuestión de si la Comisión había demostrado correctamente la existencia de una ventaja en el sentido del artículo 107 TFUE respecto a *European Food y otros* y *Viorel Micula y otros*. En efecto, el Tribunal General señaló, por un lado, la inexistencia de una ventaja debido a la inaplicabilidad del Derecho de la Unión a la indemnización en cuestión, al tiempo que admitió, por otro lado, que en realidad sí era aplicable por cuanto la indemnización se debía a la retirada de los DU respecto al período posterior a la adhesión. No percibo, pues, claramente el fundamento del razonamiento seguido por el Tribunal General que le llevó a estimar este motivo.

144. Además, me parece que cada uno de estos dos motivos adolece de un error de Derecho.

145. En primer lugar, puesto que declaró que la Comisión no podía concluir válidamente que existiera una ventaja en el sentido del artículo 107 TFUE, en la medida en que no era competente para examinar la indemnización a la luz de la normativa sobre ayudas de Estado, ha de hacerse constar que este razonamiento parte exclusivamente de una premisa incorrecta. Como ya he demostrado al examinar los dos primeros motivos de casación, el Derecho de la Unión era aplicable y la Comisión competente, en lo relativo a la indemnización en cuestión, pues esta se concedió tras la adhesión de Rumanía a la Unión.

146. Por consiguiente, el Tribunal General no podía declarar, sin incurrir en error de Derecho, sobre esta única base que la indemnización de que se trata no podía ser considerada una indemnización por la retirada de una ayuda ilegal o incompatible.

147. En segundo lugar, en lo tocante a la alegación de que la parte de la indemnización correspondiente al período anterior a la adhesión quedaba comprendida en el ámbito de aplicación de la jurisprudencia derivada de la sentencia *Asteris y otros*,<sup>55</sup> me parece, en efecto, que tal dato es pertinente en el análisis de la existencia de una ventaja. Entiendo el razonamiento del Tribunal General en el sentido de que afirma que la indemnización en cuestión no podía ser considerada como el restablecimiento de una ayuda ilegal puesto que, con anterioridad a la adhesión, no podía declararse la existencia de una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, ya que el Derecho de la Unión aún no era aplicable.

<sup>54</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).

<sup>55</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).

148. Aun cuando ha quedado claro que, a efectos de determinar el momento en el que se adoptó la medida, solo cuenta el momento en que se concedió el derecho a recibir la indemnización, en la fase de calificación de la medida como ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, la naturaleza especial de esta medida, que es la indemnización abonada por Rumanía a raíz de un laudo arbitral, puede tener relevancia, en particular en lo tocante a la aplicación de la jurisprudencia derivada de la sentencia *Asteris y otros*.<sup>56</sup>

149. Sin embargo, como alega la Comisión, la aplicación de esta jurisprudencia en las circunstancias del presente asunto no solo depende de si la indemnización da lugar al restablecimiento de una medida que podía o no ser calificada de ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE antes de la adhesión. En efecto, en la Decisión controvertida, la Comisión descartó que esta jurisprudencia pudiera aplicarse a un procedimiento arbitral, al margen de las normas nacionales generales en materia de responsabilidad civil de los Estados miembros,<sup>57</sup> y se basó igualmente en el hecho de que los incentivos concedidos de conformidad con el DU habían sido calificados como «ayudas» con arreglo al Acuerdo de 1995 por parte del Consejo de la Competencia rumano.<sup>58</sup>

150. Pues bien, con independencia de si estos dos datos estaban fundados o no, cabe señalar que el Tribunal General solo apreció la legalidad de uno de los motivos que llevaron a la Comisión a descartar la aplicación de la jurisprudencia derivada de la sentencia *Asteris y otros*,<sup>59</sup> para concluir que esta era en realidad aplicable.

151. En mi opinión, al actuar así, el Tribunal General no podía concluir, sin incurrir en error de Derecho, que la Decisión de la Comisión adolecía de una ilegalidad relativa a la calificación de «ventaja», sin comprobar, al mismo tiempo, que la Comisión había descartado incorrectamente la aplicación de la jurisprudencia derivada de la sentencia *Asteris y otros*,<sup>60</sup> debido, por una parte, al fundamento por el que se concedió la indemnización y, por otro, al hecho de que el DU había sido calificado de «ayuda de Estado» con arreglo al Acuerdo de 1995 por parte del Consejo de la Competencia rumano.

152. De cuanto antecede se desprende que, en mi opinión, procede estimar el tercer motivo.

153. A la luz del conjunto de estas consideraciones, considero que procede anular la sentencia recurrida, desestimar la primera parte del primer motivo invocado en el asunto T-704/15 y la primera parte del segundo motivo invocado en los asuntos T-624/15 y T-694/15, así como devolver los asuntos acumulados T-624/15, T-694/15 y T-704/15 al Tribunal General, para que resuelva sobre los motivos restantes.

## VII. Conclusión

154. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que:

– Desestime la adhesión a la casación.

<sup>56</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).

<sup>57</sup> Considerandos 101 y 102 de la Decisión controvertida.

<sup>58</sup> Considerandos 105 a 107 de la Decisión controvertida.

<sup>59</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).

<sup>60</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (106/87 a 120/87, EU:C:1988:457).

- Anule la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 18 de junio de 2019, European Food SA y otros/Comisión (T-624/15, T-694/15 y T-704/15, EU:T:2019:423).
- Desestime la primera parte del segundo motivo invocado en los asuntos T-624/15 y T-694/15 y la primera parte del primer motivo invocado en el asunto T-704/15.
- Devuelva los asuntos acumulados T-624/15, T-694/15 y T-704/15 al Tribunal General para que resuelva sobre los motivos restantes.