



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 19 de septiembre de 2017¹

Asunto C-284/16

**Slowakische Republik
contra
Achmea BV**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Principios del Derecho de la Unión — Tratado Bilateral de Inversión celebrado en 1991 entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca y que sigue siendo aplicable entre los Países Bajos y la República Eslovaca — Compatibilidad del mecanismo de resolución de controversias entre inversores y Estados establecido en un tratado bilateral de inversión interno de la Unión Europea con los artículos 18 TFUE, párrafo primero, 267 TFUE y 344 TFUE»

Índice

I. Introducción	3
II. Marco jurídico	4
A. Tratado FUE	4
B. TBI Países Bajos/Checoslovaquia	5
C. Derecho alemán	8
III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales	8
IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia	11
V. Análisis	11
A. Observaciones preliminares	11
B. Sobre la tercera cuestión prejudicial	15

¹ Lengua original: francés

1. Sobre la admisibilidad	15
2. Sobre el fondo	15
C. Sobre la segunda cuestión prejudicial	20
1. Origen legal de los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa	21
2. Permanencia de los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa	23
3. Carácter obligatorio de la jurisdicción de los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa	24
4. Carácter contradictorio del procedimiento ante los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa, aplicación por dichos tribunales de normas de Derecho en la solución de los litigios que les son sometidos, así como independencia e imparcialidad de los árbitros	25
D. Sobre la primera cuestión prejudicial	27
1. ¿Está contemplada en el artículo 344 TFUE una controversia entre un inversor y un Estado miembro, como la contemplada en el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa?	28
2. ¿Es la controversia de que se trata una controversia «relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados»?	32
a) La competencia del tribunal arbitral se limita a conocer de las infracciones del TBI Países Bajos/República Checa	34
b) El ámbito de aplicación del TBI Países Bajos/República Checa y las normas jurídicas introducidas por éste no son idénticas a las de los Tratados UE y FUE	35
1) El ámbito de aplicación del TBI Países Bajos/República Checa es más amplio que el de los Tratados UE y FUE	36
2) Normas jurídicas del TBI Países Bajos/República Checa que no tienen equivalente en el Derecho de la Unión y que no son incompatibles con él	39
i) Cláusula NMF	40
ii) Cláusula de cumplimiento de los compromisos contractuales, «umbrella clause» ..	40
iii) Cláusula sunset	40
iv) Recurso al arbitraje internacional como mecanismo ISDS	40
3) Solapamiento meramente parcial de las demás disposiciones del TBI Países Bajos/República Checa y ciertas disposiciones de los Tratados UE y FUE	42
i) Protección y seguridad plenas y completas de las inversiones	42
ii) Trato justo y equitativo de las inversiones	43
iii) Prohibición de expropiaciones ilegales	44

3. ¿Tiene el TBI Países Bajos/República Checa, vista su finalidad, el efecto de menoscabar el orden de competencias establecido en los Tratados UE y FUE y, en consecuencia, la autonomía del sistema jurídico de la Unión?	45
VI. Conclusión	52

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial ha sido formulada en el marco de un recurso ante los tribunales alemanes dirigido a obtener la anulación del laudo final de 7 de diciembre de 2012, emitido por el tribunal arbitral compuesto por los Sres. Vaughan Lowe, QC (Presidente), Albert Jan van den Berg y V.V. Veeder, QC (árbitros), y constituido de conformidad con el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca (en lo sucesivo, «TBI Países Bajos/República Checa») ² y con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), actuando la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) en funciones de Secretaría. ³

2. Esta petición brinda, por primera vez, al Tribunal de Justicia la oportunidad de expresarse acerca de la espinosa cuestión de la compatibilidad con los artículos 18 TFUE, 267 TFUE y 344 TFUE de los TBI ⁴ celebrados entre Estados miembros y, ⁵ en particular, de los mecanismos de resolución de controversias entre inversores y Estados (en inglés, *investor-state dispute settlement*; en lo sucesivo, según sus siglas en ese idioma, «ISDS») instaurados por éstos.

2 TBI son las siglas de «Tratado Bilateral de Inversión».

3 Véase Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo final de 7 de diciembre de 2012, disponible en el sitio Internet del Investment Policy Hub de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, según sus siglas en inglés) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323>.

4 Este tipo de TBI se conoce como «TBI interno de la Unión Europea» (*intra-EU BIT*).

5 Los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 3 de marzo de 2009, Comisión/Austria (C-205/06, EU:C:2009:118), y Comisión/Suecia (C-249/06, EU:C:2009:119), y de 19 de noviembre de 2009, Comisión/Finlandia (C-118/07, EU:C:2009:715), se referían a TBI celebrados entre Estados miembros y países terceros. La sentencia de 15 de septiembre de 2011, Comisión/Eslovaquia (C-264/09, EU:C:2011:580), se refería a una controversia entre un inversor procedente de un país tercero, concretamente la Confederación Suiza, y la República Eslovaca con base en el Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. Mientras que, en los tres primeros recursos, el Tribunal de Justicia declaró la existencia de un incumplimiento, desestimó el último recurso en cuanto al fondo.

3. Esta cuestión reviste una importancia primordial a la vista de los 196 TBI internos de la Unión actualmente en vigor⁶ y de los numerosos procedimientos arbitrales entre inversores y Estados miembros en los que la Comisión Europea ha intervenido en calidad de *amicus curiae* para hacer valer su tesis de que los TBI internos de la Unión son incompatibles con el Tratado FUE, tesis que los tribunales arbitrales han rechazado sistemáticamente por infundada.⁷

II. Marco jurídico

A. Tratado FUE

4. El artículo 18 TFUE, párrafo primero, dispone que, «en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad».

5. El artículo 267 TFUE, párrafos primero a tercero, dispone:

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados,
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

[...]

6 El más antiguo es el TBI Alemania/Grecia (1961) y el más reciente, el TBI Lituania/Croacia (2008).

7 Cito, a continuación, los procedimientos arbitrales entre inversores y Estados miembros más importantes en los que los tribunales arbitrales han tenido que pronunciarse acerca de la compatibilidad con el Tratado FUE de un TBI interno de la Unión o de un tratado multilateral de inversión (como el Tratado sobre la Carta de la Energía) en el que son parte la Unión Europea y sus Estados miembros: *Eastern Sugar BV c/República Checa* (CNUDMI) (caso CCE n.º 088/2004), laudo parcial de 27 de marzo de 2007; *Rupert Joseph Binder c/República Checa* (CNUDMI), laudo de 6 de junio de 2007 sobre competencia; *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/República Eslovaca* (CNUDMI), decisión de 30 de abril de 2010 sobre competencia; *AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erőmű Kft. c/Hungría* [asunto del Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI) ARB/07/22], laudo de 23 de septiembre de 2010; *Achmea BV* (antes *Eureko BV*) *c/República Eslovaca* (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión y laudo final de 7 de diciembre de 2012; *European American Investment Bank AG c/República Eslovaca* (CNUDMI) (caso CPA n.º 2010-17), laudo de 22 de octubre de 2012 sobre competencia; *Electrabel SA c/Hungría* (caso CIADI ARB/07/19), decisión de 30 de noviembre de 2012 sobre competencia, derecho aplicable y responsabilidad y laudo de 25 de noviembre de 2015; *Charanne BV y Construction Investments Sàrl c/Reino de España* (caso CCE n.º 062/2012), laudo final de 21 de enero de 2016; *RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c/Reino de España* (caso CIADI ARB/13/30), decisión de 6 de junio de 2016 sobre competencia; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c/Reino de España* (caso CCS V 2013/153), laudo de 12 de julio de 2016; *WNC Factoring Ltd c/República Checa* (CNUDMI) (caso CPA n.º 2014-34), laudo de 22 de febrero de 2017; *Anglia Auto Accessories Limited c/República Checa* (caso CCE V 2014/181), laudo final de 10 de marzo de 2017; *I.P. Busta y J.P. Busta c/República Checa* (caso CCE V 2015/014), laudo final de 10 de marzo de 2017, y *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg Sàrl c/Reino de España* (caso CIADI ARB/13/36), laudo de 4 de mayo de 2017. Todos los laudos arbitrales a los que me refiero en las presentes conclusiones están disponibles en el sitio Internet de la UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Me referiré asimismo a laudos arbitrales pronunciados en relación con TBI entre Estados miembros y países terceros o, incluso, entre países terceros, en la medida en que los principios del Derecho internacional se aplican indistintamente a todos esos casos.

6. El artículo 344 TFUE establece que «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».

B. TBI Países Bajos/República Checa

7. El TBI Países Bajos/República Checa fue celebrado el 29 de abril de 1991 y entró en vigor el 1 de octubre de 1992.⁸ La República Eslovaca, como sucesora de la República Federal Checa y Eslovaca, se subrogó en los derechos y obligaciones de esta última el 1 de enero de 1993 y se convirtió en un Estado miembro de la Unión el 1 de mayo de 2004.

8. Dicho TBI se firmó en lengua checa, inglesa y neerlandesa, siendo la versión inglesa la auténtica para el caso de que surgieran discrepancias interpretativas.

9. El artículo 2 de dicho TBI establece que «cada parte contratante promoverá en su territorio las inversiones de los inversores de la otra parte contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales».⁹

10. El artículo 3 de dicho TBI dispone lo siguiente:

«1) Cada parte contratante garantizará un trato justo y equitativo a las inversiones de los inversores de la otra parte contratante y no impedirá, por medio de medidas irrazonables y discriminatorias, la operación, gestión, utilización, disfrute o transmisión de dichas inversiones por parte de los inversores. [10]

2) Más concretamente, cada parte contratante concederá a tales inversiones una protección y una seguridad plenas que, en cualquier caso, no serán menores que las concedidas a las inversiones de sus propios inversores o a las inversiones de cualquier tercer Estado, en función de lo que resulte más favorable para el inversor afectado. [11]

3) Las disposiciones de este artículo no han de interpretarse en el sentido de que obliguen a cada una de las partes contratantes a conceder a las inversiones de los inversores de la otra parte contratante ventajas y privilegios parecidos a los concedidos a inversores de un tercer Estado

(a) en virtud de su participación en uniones aduaneras o económicas o en instituciones similares existentes o que puedan crearse [...] [12]

4) Cada una de las partes contratantes garantizará el cumplimiento de cualquier compromiso asumido con respecto a los inversores de la otra parte contratante. [13]

8 Texto disponible en lengua inglesa en el sitio Internet de la UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2650>.

9 «Each Contracting Party shall in its territory promote investments by investors of the other Contracting Party and shall admit such investments in accordance with its provisions of law.»

10 «Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.»

11 «More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned.»

12 «The provisions of this Article shall not be construed so as to oblige either Contracting Party to accord preferences and advantages to investors of the other Contracting Party similar to those accorded to investors of a third State (a) by virtue of membership of the former of any existing or future customs union or economic union, or similar institutions; [...]».

13 «Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Contracting Party.»

5) Si las disposiciones del Derecho de cada una de las partes contratantes o sus obligaciones de Derecho internacional actualmente existentes o que puedan establecerse en adelante entre las partes contratantes, además del presente acuerdo, contienen normas, tanto generales como específicas, que concedan a inversiones de los inversores de la otra parte contratante un trato más favorable que el establecido en el presente acuerdo, tales normas prevalecerán sobre el presente acuerdo en tanto en cuanto sean más favorables.» [14]

11. El artículo 4 dispone que «cada una de las partes contratantes garantizará que los pagos relativos a una inversión puedan transferirse. Las transferencias se harán en una moneda libremente convertible sin restricción ni retraso injustificado [...]». ¹⁵ La libre transferencia de los pagos abarcará, entre otros, los beneficios, intereses y dividendos.

12. El artículo 5 establece que «ninguna de las partes contratantes tomará medidas que priven, directa o indirectamente, a los inversores de la otra parte contratante de sus inversiones», ¹⁶ a menos que se cumplan tres requisitos, a saber, que las medidas se adopten en favor del interés general y con arreglo al procedimiento legal establecido, que no sean discriminatorias y que estén acompañadas de una provisión para el pago de una justa compensación. Según dicha disposición, la indemnización debe representar el valor real (*genuine value*) de la inversión.

13. El artículo 8 prescribe lo siguiente:

«1) Toda controversia entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante en relación con una inversión de este último debe dirimirse por acuerdo amistoso, siempre que sea posible. [17]

2) Cada una de las partes contratantes acepta, mediante el presente Tratado, que las controversias a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se sometan a un tribunal arbitral en caso de que no se resuelvan por acuerdo amistoso en el plazo de seis meses desde la fecha en que una de las partes de la controversia haya solicitado un acuerdo amistoso al respecto. [18]

3) El tribunal arbitral a que se refiere el apartado 2 del presente artículo se constituirá en cada caso del siguiente modo: cada una de las partes de la controversia designará un árbitro y los dos árbitros así designados elegirán conjuntamente como tercer árbitro a un nacional de un tercer Estado, que será el presidente. Cada una de las partes de la controversia designará a su árbitro en el plazo de dos meses contado desde la fecha en la que el inversor notifique a la otra parte contratante su intención de someter la controversia a un tribunal arbitral, y el presidente será designado en el plazo de tres meses contado desde la misma fecha. [19]

14 «If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.»

15 «Each Contracting Party shall guarantee that payments related to an investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without undue restriction or delay.»

16 «Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments [...]».

17 «All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.»

18 «Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.»

19 «The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal.»

4) Si en los plazos arriba mencionados no se produjeran las designaciones, cada una de las partes de la controversia podrá solicitar al presidente del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo que proceda a las designaciones necesarias. Si el presidente fuera nacional de una de las partes contratantes o si se viera impedido de ejercer dicha función por cualquier otro motivo, se solicitará al vicepresidente que proceda a las designaciones necesarias. Si el vicepresidente fuera nacional de una de las partes contratantes o si también se viera impedido de ejercer dicha función, se solicitará al miembro de más edad del Instituto de Arbitraje que no tenga la nacionalidad de una de las partes contratantes que proceda a las designaciones necesarias. [20]

5) El tribunal arbitral determinará su propio procedimiento aplicando el Reglamento de Arbitraje de la [CNUDMI]. [21]

6) El tribunal arbitral resolverá en aplicación del Derecho, teniendo en cuenta principalmente, pero no exclusivamente:

- el Derecho en vigor de la parte contratante afectada;
- las disposiciones del presente acuerdo y cualquier otro acuerdo pertinente entre las partes contratantes;
- las disposiciones de acuerdos especiales relativos a la inversión;
- los principios generales del Derecho internacional. [22]

7) El tribunal resolverá por mayoría de votos; su decisión será definitiva y obligatoria para las partes de la controversia. [23]»

14. El artículo 13 dispone lo siguiente:

«1) El presente acuerdo [...] permanecerá en vigor por un período de diez años. [24]

2) Salvo que una u otra parte contratante lo denuncie mediante notificación al menos seis meses antes de la fecha de su expiración, el presente acuerdo se prorrogará por tácita reconducción por un período de diez años, reservándose cada una de las partes el derecho a denunciarlo con un preaviso de, al menos, seis meses antes de su expiración. [25]

20 «If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.»

21 «The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL).»

22 «The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law.»

23 «The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute.»

24 «The present Agreement [...] shall remain in force for a period of ten years.»

25 «Unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity.»

3) En relación con las inversiones realizadas antes de la fecha en la que el presente acuerdo llegue a su fin, los artículos anteriores seguirán aplicándose durante un período adicional de quince años contados desde dicha fecha. [26]

[...]»

C. Derecho alemán

15. El artículo 1040 de la Zivilprozessordnung (Código de Enjuiciamiento Civil), titulado «Competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia», dispone:

«(1) El tribunal podrá decidir acerca de su propia competencia, incluida cualquier excepción en relación con la existencia o la validez del convenio de arbitraje. [...]

(2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral podrá plantearse, como muy tarde, en el escrito de contestación a la demanda. [...]

(3) Si el tribunal arbitral estima que es competente, resolverá la excepción a que se refiere el apartado 2, como norma general, mediante un laudo interlocutorio. [...]»

16. El artículo 1059 del Código de Enjuiciamiento Civil, titulado «Solicitud de anulación», dispone lo siguiente:

«(1) El recurso interpuesto ante un tribunal estatal contra un laudo arbitral deberá presentarse mediante solicitud de anulación con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 y 3.

(2) Sólo podrá anularse un laudo arbitral cuando:

1. la parte que solicita la anulación pueda alegar:

a) [...] que [el convenio arbitral] no es válido con arreglo a la ley a la que las partes han sometido el arbitraje o, de no existir una indicación a tal respecto, con arreglo a la ley alemana o

[...]

2. el juez nacional competente compruebe

[...]

b) que el reconocimiento o la ejecución del laudo conduciría a un resultado contrario al orden público.

[...]»

III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

17. Achmea BV (anteriormente, Eureko BV) es una empresa perteneciente a un grupo asegurador neerlandés.

26 «In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date.»

18. Con motivo de una reforma de su sistema sanitario, a lo largo de 2004, la República Eslovaca abrió el mercado eslovaco a las compañías nacionales y extranjeras que ofrecen seguros de enfermedad privados. Tras haber sido admitida como operadora de seguros de enfermedad, Achmea constituyó en Eslovaquia una filial (Union Healthcare), a la que dotó de capitales (alrededor de unos 72 millones de euros) y a través de la cual ofrecía seguros de enfermedad privados.

19. Tras un cambio de gobierno en 2006, la República Eslovaca dejó parcialmente sin efecto la liberalización del mercado de seguros de enfermedad. Prohibió, en primer lugar, la intervención de corredores de seguros, luego la distribución de beneficios derivados de la actividad del seguro de enfermedad y, por último, la venta de carteras de seguros. Mediante sentencia de 26 de enero de 2011, el Ústavný súd Slovenskej republiky (Tribunal Constitucional de la República Eslovaca) declaró que la prohibición legal de distribución de beneficios era inconstitucional. Mediante una ley de reforma del seguro de enfermedad que entró en vigor el 1 de agosto de 2011, la República Eslovaca volvió a autorizar la distribución de beneficios.

20. A partir de octubre de 2008, Achmea, convencida de que las medidas legislativas de la República Eslovaca infringían el artículo 3, apartados 1 y 2, el artículo 4 y el artículo 5 del TBI Países Bajos/República Eslovaca, inició un procedimiento de arbitraje contra dicho Estado, con arreglo al artículo 8 de dicho TBI y solicitó una indemnización de daños y perjuicios por importe de 65 millones de euros.

21. El tribunal arbitral y las partes acordaron que la CPA desempeñara la función de secretaría y que la lengua de procedimiento fuera el inglés. Mediante resolución procesal n.º 1, el tribunal arbitral fijó como lugar de celebración del arbitraje Fráncfort del Meno (Alemania).

22. En el marco del procedimiento arbitral, la República Eslovaca planteó una excepción de incompetencia del tribunal arbitral. Alegó que el Tratado FUE regulaba la misma materia que el TBI Países Bajos/República Eslovaca y que, en consecuencia, debía considerarse que este último era inaplicable o que había terminado, con arreglo a los artículos 30 y 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (en lo sucesivo, «Convención de Viena»)²⁷. La República Eslovaca también alegó que, en consecuencia, el convenio arbitral contenido en el artículo 8, apartado 2, de ese TBI no podía aplicarse al ser incompatible con el Tratado FUE. A este respecto, precisa que el Tribunal de Justicia tiene una competencia exclusiva en relación con las pretensiones de Achmea y que algunas disposiciones de dicho TBI, como su artículo 4, relativo a la libre transferencia de pagos, habían sido consideradas incompatibles con el Tratado FUE por el Tribunal de Justicia.²⁸

23. Mediante su laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, el tribunal arbitral desestimó dicha excepción de incompetencia y se declaró competente.²⁹ El recurso de anulación interpuesto contra dicho laudo por la República Eslovaca ante los tribunales alemanes no prosperó.

²⁷ *Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 1155, p. 331.

²⁸ Véase la jurisprudencia citada en la nota 5.

²⁹ Véase *Achmea BV (antes Eureka BV) c/República Eslovaca (CNUDMI)* (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión.

24. Mediante laudo final, de 7 de diciembre de 2012, el tribunal arbitral declaró que una parte de las medidas adoptadas por la República Eslovaca, concretamente, la prohibición de distribuir beneficios³⁰ y la prohibición de transferencias,³¹ infringía el artículo 3 (trato justo y equitativo) y el artículo 4 (libre transferencia de pagos) del TBI, y condenó a la República Eslovaca a pagar a Achmea una indemnización por daños y perjuicios de un importe de 22,1 millones de euros, más los intereses, así como los gastos de arbitraje y los gastos y honorarios del abogado de Achmea.³²

25. Al ser Fráncfort del Meno el lugar del arbitraje, la República Eslovaca interpuso un recurso de anulación contra el laudo final ante el Oberlandesgericht Frankfurt am Mein (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania). Dicho tribunal desestimó el recurso mediante una resolución que fue recurrida en casación por la República Eslovaca ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Alemania).

26. En estas circunstancias, la República Eslovaca sostiene que el laudo final debe ser anulado al ser contrario al orden público y que el convenio arbitral de que trae causa dicho laudo también es nulo y contrario al orden público.³³

27. En cuanto al carácter contrario al orden público del laudo final, la República Eslovaca sostiene que, al no tener el tribunal arbitral la posibilidad de dirigir al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, no ha tenido en cuenta disposiciones de rango superior del Derecho de la Unión en materia de libre circulación de capitales y ha vulnerado su derecho de defensa, al fijar el importe del perjuicio.

28. En cuanto a la nulidad del convenio arbitral instaurado por el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca, la República Eslovaca sostiene que dicho convenio es contrario a los artículos 267 TFUE y 344 TFUE, así como al principio de no discriminación enunciado en el artículo 18 TFUE.

29. Aunque el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) no comparte las dudas expresadas por la República Eslovaca en cuanto a la compatibilidad del artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca con los artículos 18 TFUE, 267 TFUE y 344 TFUE, ha considerado que el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre dichas cuestiones y que sería imposible deducir la respuesta a las mismas de la jurisprudencia existente con la certeza suficiente, sobre todo, teniendo en cuenta la posición de la Comisión, que ha intervenido en apoyo de la República Eslovaca, tanto durante el arbitraje en cuestión, como durante el procedimiento de anulación seguido ante los tribunales alemanes.

30. Por estas razones, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) ha resuelto suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se opone el artículo 344 TFUE a la aplicación de una norma incluida en un tratado bilateral de protección de la inversión entre Estados miembros de la Unión (un denominado “TBI interno de la Unión”) con arreglo a la cual un inversor de un Estado parte, en caso de controversia sobre inversiones en el otro Estado parte, puede iniciar un procedimiento contra este último ante un

30 Según la Ley n.º 530/2007, de 25 de octubre de 2007, los beneficios obtenidos de los seguros de enfermedad debían utilizarse para atender las necesidades del sistema sanitario del país. Esa Ley fue considerada contraria a la Constitución por el Ústavný súd Slovenskej republiky (Tribunal Constitucional de la República Eslovaca), razón por la cual el tribunal arbitral consideró que, contrariamente a lo que sostenía Achmea, la prohibición de distribuir beneficios no constituía una expropiación de su inversión. Véase Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo final de 7 de diciembre de 2012, apartado 288.

31 La Ley 192/2009, de 30 de abril de 2009, puso fin a la posibilidad de que una sociedad de seguro de enfermedad vendiera su cartera de seguros a otra compañía aseguradora. Además, según dicha ley, en caso de insolvencia de una sociedad de esa clase, su cartera de seguros debía cederse a una de las dos compañías aseguradoras pertenecientes al Estado, y ello, sin contrapartida alguna.

32 El tribunal arbitral no acogió el argumento de Achmea, según el cual las medidas adoptadas por la República Eslovaca constituían una expropiación contraria al artículo 5 de dicho TBI.

33 Véanse el artículo 1059, apartado 2, punto 1, letra a) y el artículo 1059, apartado 2, punto 2, letra b), del Código de Enjuiciamiento Civil.

tribunal arbitral, cuando el tratado bilateral de protección de la inversión se celebró antes de la adhesión de uno de los Estados parte a la Unión pero el procedimiento arbitral se pretende iniciar después de dicha adhesión?

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

- 2) ¿Se opone el artículo 267 TFUE a la aplicación de tal norma?

En caso de respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda:

- 3) ¿Se opone el artículo 18 TFUE, párrafo primero, a la aplicación de tal norma en las circunstancias descritas en la primera cuestión?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

31. La presente petición de decisión prejudicial tuvo entrada en el Tribunal de Justicia el 23 de mayo de 2016. La República Eslovaca, Achmea, los Gobiernos checo, estonio, griego, español, chipriota, húngaro, neerlandés, austriaco, polaco, rumano y finlandés, así como la Comisión presentaron observaciones escritas.

32. El 19 de junio de 2016 se celebró una vista, en la que la República Eslovaca, Achmea, los Gobiernos checo, alemán, estonio, griego, español, francés, italiano, chipriota, letón, húngaro, neerlandés, austriaco, polaco, rumano y finlandés, así como la Comisión formularon sus observaciones orales.

V. Análisis

A. Observaciones preliminares

33. Antes de abordar las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, quisiera hacer algunas observaciones de carácter preliminar.

34. Los Estados miembros que han intervenido en el presente asunto se dividen en dos grupos. El primer grupo está formado por la República Federal de Alemania, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria y la República de Finlandia, que constituyen, fundamentalmente, países de origen de los inversores y a los que, en consecuencia, nunca o raramente se cita como partes demandadas en los procedimientos arbitrales incoados por los inversores: no lo han sido nunca el Reino de los Países Bajos y la República de Finlandia;³⁴ lo ha sido en tres ocasiones la República Federal de Alemania,³⁵ y sólo una vez, la República Francesa³⁶ y la República de Austria.³⁷

34 Véanse las estadísticas disponibles en el sitio Internet del Investment Policy Hub de la UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

35 Se trata del procedimiento arbitral pendiente Vattenfall AB y otros c/República Federal de Alemania (II) (caso CIADI ARB/12/12) entablado por un inversor sueco con arreglo al Tratado sobre la Carta de la Energía y de procedimientos arbitrales que fueron objeto de una transacción, como el procedimiento Ashok Sancheti c/República Federal de Alemania, incoado por un inversor indio sobre la base del TBI Alemania/India, y Vattenfall AB y otros c/República Federal de Alemania (I) (caso CIADI ARB/09/6), incoado por un inversor sueco con arreglo al Tratado sobre la Carta de la Energía.

36 Se trata del procedimiento arbitral pendiente Erbil Serter c/República Francesa (caso CIADI ARB/13/22), incoado por un inversor turco sobre la base del TBI Francia/Turquía.

37 En cuanto a la República de Austria, se trata del arbitraje pendiente BV Belegging-Maatschappij Far East c/República de Austria (caso CIADI ARB/15/32), incoado sobre la base del TBI Austria/Malta.

35. El segundo grupo está formado por la República Checa, la República de Estonia, la República Helénica, el Reino de España, la República italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, Hungría, la República de Polonia, Rumanía y la República Eslovaca. Todos han sido citados como partes demandadas en varios procedimientos de arbitraje sobre inversiones internos de la Unión: la República Checa, 26 veces; la República de Estonia, 3 veces; la República Helénica, 3 veces; el Reino de España, 33 veces; la República Italiana, 9 veces; la República de Chipre, 3 veces; la República de Letonia, 2 veces; Hungría, 11 veces; la República de Polonia, 11 veces; Rumanía, 4 veces, y la República Eslovaca, 9 veces.³⁸

36. Frente a esas realidades económicas, no es de extrañar que los Estados miembros del segundo grupo hayan intervenido en apoyo de la tesis de la República Eslovaca, ella misma parte demandada en el arbitraje sobre inversión de que se trata en el presente asunto.

37. En cambio, es extraño que, en ese segundo grupo, que sostiene la incompatibilidad de los TBI internos de la Unión con los Tratados UE y FUE, sólo la República Italiana haya puesto fin a los suscritos por ella, con excepción del TBI Italia/Malta, mientras que los demás Estados miembros de ese grupo, todos o la mayoría de ellos, los mantienen en vigor, permitiendo así a sus propios inversores beneficiarse de los mismos. En efecto, son numerosos los arbitrajes en materia de inversiones entablados por inversores de dichos Estados miembros y, con mucha frecuencia, se dirigen contra otro Estado miembro del mismo grupo.³⁹

38. Al ser interrogada durante la vista sobre la razón por la que no denunciaba, al menos, los TBI firmados con los Estados miembros que, en el presente asunto, sostenían, como ella, que eran incompatibles con el Derecho de la Unión,⁴⁰ la República Eslovaca esgrimió su objetivo de evitar que sus propios inversores fueran víctimas de una discriminación en relación con los inversores de los demás Estados miembros en los Estados miembros con los que ya no tuviera TBI. Sin embargo, esta preocupación no le ha impedido poner fin a su TBI con la República Italiana. Al mismo tiempo, sus propios inversores continúan beneficiándose de los TBI celebrados con Estados miembros del mismo grupo, como demuestra, por ejemplo, el procedimiento arbitral Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE c/República Helénica (asunto CIADI ARB/13/8).

39. La tesis de la Comisión suscita también mi reflexión.

38 Véanse las estadísticas disponibles en el sitio Internet del Investment Policy Hub de la UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

39 Véase, por ejemplo, *Indrek Kuivallik c/República de Letonia (CNUDMI)* sobre la base del TBI Estonia/Letonia; *UAB E energija c/República de Letonia (caso CIADI ARB/12/33)* sobre la base del TBI Lituania/Letonia; *Spółdzielnia Pracy Muszynianka c/República Eslovaca (CNUDMI)* sobre la base del TBI Polonia/Eslovaquia; *ČEZ a.s. c/República de Bulgaria (caso CIADI ARB/16/24)* y *ENERGO-PRO a.s. c/República de Bulgaria (caso CIADI ARB/15/19)* sobre la base del TBI República Checa/Bulgaria; *Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE c/República Helénica (caso CIADI ARB/13/8)* con arreglo a los TBI Grecia/Eslovaquia y Grecia/Chipre; *MOL Hungarian Oil and Gas Company plc c/República de Croacia (caso CIADI ARB/13/32)* sobre la base del TBI Hungría/Croacia; *Theodoros Adamakopoulos y otros c/República de Chipre (caso CIADI ARB/15/49)*, *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd c/República Helénica (caso CIADI ARB/14/16)* y *Marfin Investment Group Holdings SA y otros c/República de Chipre (caso CIADI ARB/13/27)* sobre la base del TBI Grecia/Chipre; *WCV Capital Ventures Cyprus Limited y Channel Crossings Limited c/República Checa (CNUDMI)*, *Forminster Enterprises Limited c/República Checa (CNUDMI)* y *WA Investments-Europa Nova Limited c/República Checa (CNUDMI)* sobre la base del TBI República Checa/Chipre; *Juvel Ltd and Bithell Holdings Ltd. c/República de Polonia (CCI)* y *Seventhsun Holding Ltd y otros c/República de Polonia (CCE)* sobre la base del TBI Chipre/Polonia; *Natland Investment Group NV y otros c/República Checa (CNUDMI)* sobre la base, entre otros, del TBI Chipre/República Checa; *Mercuria Energy Group c/República de Polonia (CCE)* con arreglo al Tratado sobre la Carta de la Energía que vincula a la República de Chipre y a la República de Polonia; *Vigotop Limited c/Hungría (caso CIADI ARB/11/22)* sobre la base del TBI Chipre/Hungría; *Impresa Grassetto SpA, en liquidación c/República de Eslovenia (caso CIADI ARB/13/10)* sobre la base del TBI Italia/Eslovenia; *Marco Gavazzi y Stefano Gavazzi c/Rumanía (caso CIADI ARB/12/25)* sobre la base del TBI Italia/Rumanía, y *Luigiterzo Bosca c/República de Lituania (caso CPA n.º 2011-05)* sobre la base del TBI Italia/Lituania.

40 Se trata de la República Helénica, del Reino de España, de la República de Letonia, de Hungría, de la República de Polonia y de Rumanía.

40. En efecto, durante mucho tiempo, la tesis de las instituciones de la Unión, incluida la Comisión, consistía en decir que, lejos de ser incompatibles con el Derecho de la Unión, los TBI eran instrumentos necesarios para preparar la adhesión a la Unión de los países de Europa central y oriental. Precisamente, los acuerdos de asociación firmados entre la Unión y los países candidatos incluían disposiciones que preveían la celebración de TBI entre los Estados miembros y los países candidatos.⁴¹

41. Durante la vista, la Comisión intentó explicar esta evolución de su postura sobre la incompatibilidad de los TBI con los Tratados UE y FUE, alegando que se trataba de acuerdos necesarios para preparar la adhesión de los países candidatos. Sin embargo, si esos TBI sólo se justificaban durante el período de asociación y cada parte sabía que empezaban a ser incompatibles con los Tratados UE y FUE desde que el tercer Estado de que se trataba se convirtiera en un miembro de la Unión, ¿por qué los Tratados de adhesión no han contemplado la finalización de dichos acuerdos, dejándolos así en una incertidumbre jurídica que dura ya más de 30 años, para algunos Estados miembros, y más de 13, para otros muchos?

42. Además, contrariamente a lo que da a entender la Comisión, no sólo existen Tratados de inversión entre países con una economía de mercado y países anteriormente sujetos a una economía planificada⁴² o entre Estados miembros y países candidatos a la adhesión.⁴³

43. Además, todos los Estados miembros y la Unión han ratificado el Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado en Lisboa el 19 de diciembre de 1994.⁴⁴ Este Tratado multilateral en materia de inversiones en el ámbito de la energía opera incluso entre los Estados miembros, dado que no se celebró como un acuerdo entre, por una parte, la Unión y sus Estados miembros,⁴⁵ y, por otra, los terceros países, sino como un acuerdo multilateral ordinario en el que todas las partes contratantes participan en pie de igualdad. En este sentido, las disposiciones materiales para proteger la inversión contempladas en dicho Tratado, así como el mecanismo ISDS, también funcionan entre los Estados miembros. Debo señalar que, si ninguna institución de la Unión ni ningún Estado miembro ha solicitado al Tribunal de Justicia un dictamen acerca de la compatibilidad de dicho Tratado con los Tratados UE y FUE, ha sido porque no existía la menor sospecha de una supuesta incompatibilidad.

41 Véase, por ejemplo, el artículo 72, apartado 2, primer guion, 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 Hungría, por otra, firmado en Bruselas, el 16 de diciembre de 1991 (DO 1993, L 347, p. 2); el artículo 73, apartado 2, primer guion, 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 Polonia, por otra, firmado en Bruselas, el 16 de diciembre de 1991 (DO 1993, L 348, p. 2); el artículo 74, apartado 2, segundo guion, del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Rumanía, por otra, firmado en Bruselas el 1 de febrero de 1993 (DO 1994, L 357, p. 2); el artículo 74, apartado 2, segundo guion, del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Eslovaca, por otra, firmado en Luxemburgo el 4 de octubre de 1993 (DO 1994, L 359, p. 2), y el artículo 85, apartado 2, segundo guion, del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Croacia, por otra, firmado en Luxemburgo el 29 de octubre de 2001 (DO 2005, L 26, p. 3).

42 Véanse, por ejemplo, los TBI Bélgica y Luxemburgo/Chipre, Bélgica y Luxemburgo/Malta y Chipre/Malta.

43 Véanse, por ejemplo, los TBI Chipre/Malta, Estonia/Letonia, Estonia/Lituania, Estonia/Polonia, Polonia/Bulgaria, Polonia/Eslovaquia, Hungría/Eslovenia, Hungría/Eslovaquia, Hungría/Polonia, República Checa/Bulgaria y República Checa/Letonia.

44 Véase la Decisión 98/181/CE, CEEA, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 23 de septiembre de 1997, relativa a la conclusión, por parte de las Comunidades Europeas, del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados (DO 1998, L 69, p. 1).

45 Recientemente, la República Italiana denunció dicho Tratado, citando un análisis global de los costes resultantes de las contribuciones financieras correspondientes a su participación en varias organizaciones internacionales, entre ellas, la Secretaría de la Carta de la Energía, con sede en Bruselas. Véase

https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/002/788/2015_06_03_-_audizione_risposte_senatori_-_VICARI.pdf, página 7.

44. Cabe añadir que se ha exagerado mucho el riesgo sistémico que, según la Comisión, los TBI internos de la Unión entrañarían para la uniformidad y la eficacia del Derecho de la Unión. Las estadísticas de la UNCTAD⁴⁶ demuestran que de cada 62 procedimientos arbitrales internos de la UE cerrados en un período de varias décadas, los inversores sólo han ganado 10 veces,⁴⁷ lo que representa el 16,1 % de esos 62 asuntos, un porcentaje sensiblemente inferior al 26,9 % de «victorias» obtenidas por los inversores a escala mundial.⁴⁸

45. Los tribunales arbitrales dieron a la Comisión amplias posibilidades de intervenir en los arbitrajes y, por lo que yo sé, en ninguno de esos 10 asuntos tuvieron que controlar la validez de los actos de la Unión o la compatibilidad de actos de los Estados miembros con el Derecho de la Unión. En sus observaciones escritas, algunos Estados miembros, así como la Comisión, tan sólo han podido aportar un ejemplo, el arbitraje Ioan Micula y otros c/Rumanía (caso CIADI ARB/05/20), que, a su juicio, dio lugar a un laudo arbitral incompatible con el Derecho de la Unión. Aunque considero que este ejemplo no resulta pertinente en el presente asunto,⁴⁹ el hecho de que sólo exista un ejemplo avala mi idea de que el temor de algunos Estados miembros y de la Comisión a un riesgo sistémico supuestamente creado por los TBI internos de la Unión es muy exagerado.

46. Por último, ha de subrayarse que, desde la adhesión de la República Eslovaca a la Unión, el TBI Países-Bajos/República Checa no está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 351 TFUE.⁵⁰

47. Sin embargo, esto no implica que dicho TBI haya caducado automáticamente ni que se haya vuelto incompatible con los Tratados UE y FUE. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, «las disposiciones de un Convenio que vincula a dos Estados miembros no pueden aplicarse en las relaciones entre esos Estados si dichas disposiciones resultan ser contrarias a las normas del Tratado [FUE]». ⁵¹ En otras palabras, las disposiciones de un Convenio de esta índole son aplicables entre Estados miembros en la medida en que sean compatibles con los Tratados UE y FUE.

48. Por lo tanto, debe examinarse si el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa es incompatible con el Tratado FUE, en particular, con sus artículos 18, 267 y 344.

46 Véase su sitio Internet <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

47 Véase *Eastern Sugar BV c/República Checa* (CNUDMI) (caso CCE n.º 088/2004), laudo parcial de 27 de marzo de 2007; *Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca* (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo final de 7 de diciembre de 2012; *Les Laboratoires Servier, SAS y otros c/República de Polonia* (CPA), laudo de 14 de febrero de 2012; *EDF International SA c/Hungría* (caso CPA), laudo de 3 de diciembre de 2014; *EDF International SA c/Hungría* (CNUDMI), laudo de 3 de diciembre de 2014; *Dan Cake (Portugal) SA c/Hungría* (caso CIADI ARB/12/9), decisión de 24 de agosto de 2015 sobre competencia y responsabilidad; *Edenred SA c/Hungría* (caso CIADI ARB/13/21), laudo de 13 de diciembre de 2016; *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg Sàrl c/Reino de España* (caso CIRDÍ ARB/13/36), laudo de 4 de mayo de 2017; *Horthel Systems BV y otros c/República de Polonia* (caso CPA n.º 2014-31), laudo dictado en 2017, y *Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi c/Rumanía* (caso CIADI ARB/12/25), laudo de 13 de julio de 2017.

48 Véanse las estadísticas de la UNCTAD disponibles en su sitio Internet <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

49 No se trataba de una controversia a la que pudiera aplicarse un TBI interno de la Unión dado que Rumanía aún no se había adherido a la Unión en 2005, que fue cuando se inició el arbitraje y se concretó la controversia. Por consiguiente, el Derecho de la Unión no era aplicable a los hechos objeto de dicho procedimiento arbitral.

50 Véase la sentencia de 8 de septiembre de 2009, *Budějovický Budvar* (C-478/07, EU:C:2009:521), apartados 97 a 99, que trataba de los tratados bilaterales celebrados los días 11 de junio de 1976 y 7 de junio de 1979 entre la República de Austria y la República Socialista Checoslovaca. Cuando ocurrieron los hechos del asunto que dio lugar a dicha sentencia, la República de Austria ya era un Estado miembro, mientras que la República Checa no lo era aún, pero su adhesión a la Unión se produjo durante la tramitación del asunto.

51 Sentencia de 20 de mayo de 2003, *Ravil* (C-469/00, EU:C:2003:295), apartado 37. Véase también, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 1992, *Exportur* (C-3/91, EU:C:1992:420), apartado 8. Esta posición es conforme con el artículo 30, apartado 3, de la Convención de Viena, según el cual «cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no queda terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior». Véase, en este sentido, *Electrabel SA c/Hungría* (caso CIADI ARB/07/19) decisión de 30 de noviembre de 2012 sobre competencia, derecho aplicable y responsabilidad, apartados 4 182 a 4 191.

B. Sobre la tercera cuestión prejudicial

49. Propongo abordar las tres cuestiones en el orden inverso al adoptado por el órgano jurisdiccional remitente, pues resultará inútil responder a las cuestiones primera y segunda si el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca supone una discriminación basada en la nacionalidad prohibida por el artículo 18 TFUE.

50. Con su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 18 TFUE ha de interpretarse en el sentido de que se opone a un mecanismo ISDS como el creado por el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca, que confiere a los inversores neerlandeses el derecho a recurrir al arbitraje internacional contra la República Eslovaca, derecho del que no disfrutaban los inversores de otros Estados miembros.

1. Sobre la admisibilidad

51. Achmea, así como los Gobiernos neerlandés, austriaco y finlandés, se oponen a la admisibilidad de esta cuestión, en tanto y cuanto no es pertinente para la solución del litigio principal, dado que Achmea no se queja en absoluto de haber sido discriminada. Muy al contrario, si el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca constituyera una discriminación, Achmea se habría beneficiado de ella.

52. Considero que no cabe acoger esta excepción de inadmisibilidad, dado que la respuesta a la tercera cuestión es necesaria para poder apreciar la compatibilidad del artículo 8 de dicho TBI con los Tratados UE y FUE.

53. El órgano jurisdiccional remitente conoce de un recurso de anulación interpuesto contra el laudo final de 7 de diciembre de 2012 emitido durante el procedimiento arbitral Achmea BV (antes Eureka BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), basado, entre otros motivos, en la invalidez de la cláusula compromisoria en la que el tribunal arbitral basó su competencia. En este sentido, poco importa que Achmea sea o no víctima de una discriminación.

2. Sobre el fondo

54. Con carácter preliminar, debo señalar que varias de las partes que intervienen en el procedimiento, al igual que la Comisión, señalan que, con su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente no debería referirse al artículo 18 TFUE, sino a los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, que constituyen, en relación con el artículo 18 TFUE, normas especiales.

55. En efecto, nadie cuestiona que «el artículo 18 TFUE sólo está destinado a aplicarse de manera autónoma en situaciones que se rijan por el Derecho de la Unión y para las que el Tratado no prevea normas específicas que prohíban la discriminación».⁵²

56. No obstante, el mecanismo ISDS establecido por el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca no está incluido en el ámbito de aplicación *ratione materiae* ni de la libertad de establecimiento, ni de la libre circulación de capitales, ni de otra disposición del Tratado FUE, puesto que el Derecho de la Unión no establece vías de recurso que permitan a los justiciables demandar a los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia.⁵³

52 Sentencia de 5 de febrero de 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47), apartado 25. Véase también, en este sentido, la sentencia de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133), apartado 37 y jurisprudencia citada.

53 Véase el punto 205 de las presentes conclusiones.

57. Además, como explicaré en los puntos 183 a 198 y 210 a 228 de las presentes conclusiones, el ámbito de aplicación material de dicho TBI sobrepasa ampliamente los límites de la libertad de establecimiento, consagrada en el artículo 49 TFUE, y de la libre circulación de capitales, consagrada en el artículo 63 TFUE.

58. Así lo ilustra el caso de autos, en el que el tribunal arbitral consideró, en su laudo final, que al adoptar las prohibiciones de transferencias y de distribución de los beneficios,⁵⁴ la República Eslovaca había vulnerado los artículos 3 (trato justo y equitativo) y 4 (libre transferencia de pagos) del TBI Países Bajos/República Checa. Mientras que el artículo 4 de dicho TBI viene a corresponder, en lo fundamental, al artículo 63 TFUE, el artículo 3 del mismo TBI no tiene una disposición equivalente en Derecho de la Unión, pese a que se solapa parcialmente con varias disposiciones de este Derecho.⁵⁵

59. Por lo tanto, es preciso examinar la compatibilidad del artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa con el principio general del Derecho de la Unión, expresado en el artículo 18 TFUE, que prohíbe las discriminaciones basadas en la nacionalidad.

60. Sobre este particular, la República Eslovaca, los Gobiernos estonio, griego, español, italiano, chipriota, húngaro, polaco y rumano, así como la Comisión, sostienen que las disposiciones materiales de dicho TBI, incluido su artículo 8, son discriminatorias al conceder, en particular, un trato preferente a los inversores del Reino de los Países Bajos que hayan invertido en la República Eslovaca, mientras que los inversores de los Estados miembros que no han celebrado un TBI con la República Eslovaca⁵⁶ no disfrutaban de ese trato.⁵⁷

61. Se impone realizar una observación preliminar en relación con el alcance que pueda tener la supuesta discriminación. La República Eslovaca ha celebrado un TBI con la mayoría de los Estados miembros, a saber, el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República de Croacia, la República de Letonia, el Gran Ducado de Luxemburgo, Hungría, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Dichos TBI están actualmente en vigor.

62. Ciertamente, los inversores de esos Estados miembros no están contemplados en el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa. No obstante, los TBI que sus Estados miembros de origen han celebrado con la República Eslovaca contemplan, todos ellos, el arbitraje internacional como método de resolución de litigios entre inversores y Estados. Por lo tanto, no existe ninguna diferencia de trato a su respecto.

54 Véase el punto 24 de las presentes conclusiones.

55 Véanse los puntos 213 a 216 de las presentes conclusiones.

56 Este argumento refuerza la tesis de la falta de contradicción entre los Tratados UE y FUE y dicho TBI, que presentaré en los puntos 174 a 228 de las presentes conclusiones, al dar por hecho que, en principio, la protección jurídica concedida por dicho TBI a las inversiones neerlandesas en Eslovaquia es superior y, por tanto, complementaria a la protección concedida a esas inversiones por los Tratados UE y FUE. El Derecho de la Unión sólo prohíbe que un Estado miembro discrimine al nacional de otro Estado miembro en relación con el trato que el primer Estado miembro conceda a sus propios nacionales. En cambio, tanto las discriminaciones inversas como las ventajas concedidas a los nacionales de otro Estado miembro no están contempladas por el Derecho de la Unión ni son incompatibles con éste.

57 Ninguna de las partes que intervienen en el presente asunto afirma que exista discriminación entre los inversores extranjeros y los nacionales. A mi juicio, esta diferencia no constituye discriminación, dado que responde al doble motivo de interés general de crear, de manera recíproca, un marco de protección para las inversiones neerlandesas en Eslovaquia y para las inversiones eslovacas en los Países Bajos y de promover las inversiones entre ambos países. Véanse, en este sentido, los apartados 37 a 40 de la resolución n.º 2017-749-DC del Conseil constitutionnel (Consejo Constitucional, Francia), de 31 de julio de 2017, sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (JORF de 18 de agosto de 2017, texto 1).

63. La República Eslovaca también celebró un TBI con la República Checa y la República Italiana, pero las partes pusieron fin al mismo.⁵⁸ En consecuencia, si existe una diferencia de trato con respecto a los inversores checos e italianos, es porque sus Estados miembros decidieron retirarles ese beneficio que el TBI, precisamente, les concedía.

64. Sin embargo, los inversores estonios, irlandeses, chipriotas y lituanos no se benefician de una disposición equivalente al artículo 8 del TBI Países Bajos/Checoslovaquia con respecto a la República Eslovaca, salvo en el ámbito de las inversiones en el ámbito energético, con respecto a las cuales el Tratado sobre la Carta de la Energía les ofrece una posibilidad semejante.

65. En mi opinión, ni siquiera respecto de tales inversores existe discriminación alguna prohibida por el Derecho de la Unión.

66. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha tratado la cuestión de si puede haber una discriminación con respecto a un nacional de un Estado miembro implicado en una inversión transfronteriza cuando el Estado miembro de acogida de la inversión no le concede una ventaja (fiscal) que sí concede a los nacionales de otro Estado miembro con arreglo a un acuerdo bilateral celebrado con este último.

67. El asunto que dio lugar a la sentencia de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424),⁵⁹ se refería a la negativa de las autoridades neerlandesas a conceder la aplicación de una cantidad exenta en el impuesto sobre el patrimonio a un nacional alemán que había invertido en bienes inmuebles situados en el Reino de los Países Bajos. El Sr. D. alegaba la existencia de una discriminación pues a los nacionales belgas que habían efectuado inversiones similares en los Países Bajos sí se les concedía tal ventaja, con arreglo a los artículos 24 y 25 del Convenio firmado el 19 de octubre de 1970 entre el Gobierno del Reino de Bélgica y el Gobierno del Reino de los Países Bajos para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para regular algunas otras cuestiones en materia tributaria (en lo sucesivo, «CDI Países Bajos/Bélgica»).

68. El Tribunal de Justicia recordó primeramente que «la [...] cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente parte de la premisa de que un no residente como el Sr. D. no se encuentra en una situación comparable a la de un residente en los Países Bajos. La cuestión persigue que se determine si la situación del Sr. D. puede compararse a la de otro no residente que tenga derecho a un trato particular en virtud de un convenio para evitar la doble imposición».⁶⁰

69. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia declaró que «el hecho de que [lo]s derechos y obligaciones recíprocos [creados por el CDI Países Bajos/Bélgica] sólo se apliquen a las personas residentes en uno de los dos Estados miembros contratantes es una consecuencia inherente a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. De ello se desprende que un sujeto pasivo residente en Bélgica no se encuentra en la misma situación que un sujeto pasivo residente fuera de Bélgica por lo que respecta al impuesto sobre el patrimonio determinado en función de los bienes inmuebles situados en los Países Bajos».⁶¹

70. El Tribunal de Justicia añade, a continuación, que «una norma como la contenida en el artículo 25, apartado 3, del Convenio belgoneerlandés no puede considerarse una ventaja separable del resto del Convenio, sino que forma parte integrante de éste y contribuye a su equilibrio general».⁶²

58 Sigue planteándose la cuestión de si, gracias a una cláusula *sunset*, esos TBI siguen produciendo efectos con respecto a las inversiones realizadas durante el período en que dichos TBI estuvieron en vigor.

59 Véanse también, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:773), apartados 84 y 88 a 93; de 20 de mayo de 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289), apartados 50 y 51, y de 30 de junio de 2016, *Riskin y Timmermans* (C-176/15, EU:C:2016:488), apartado 31.

60 Apartado 58 de dicha sentencia.

61 Apartado 61 de dicha sentencia.

62 Apartado 62 de dicha sentencia.

71. De dicha sentencia no sólo se desprende que el Tratado FUE no contiene una cláusula de la nación más favorecida (NMF) como la contenida por el TBI Países Bajos/República Checa en su artículo 3, apartado 2,⁶³ sino también que no existe discriminación cuando un Estado miembro no concede a los nacionales de otro Estado miembro el trato que concede, en virtud de un convenio, a los nacionales de un tercer Estado miembro.

72. El hecho de que el Tratado FUE no contenga una cláusula NMF está avalado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 18 TFUE, según la cual «[el artículo 18 TFUE] exige la perfecta igualdad de trato de las personas que se encuentren en una situación regida por el Derecho [de la Unión], con los nacionales del Estado miembro».⁶⁴

73. A mi parecer, la analogía establecida entre el presente asunto y el asunto que dio lugar a la sentencia de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), es perfecta, dado que la comparación que hacen la República Eslovaca y la Comisión también atañe a dos inversores no eslovacos, uno de los cuales (en este caso, neerlandés) se beneficia de la protección material concedida por dicho TBI, mientras que el otro no puede acogerse a ella.

74. En efecto, al igual que el CDI Países Bajos/Bélgica, dicho TBI es un tratado internacional cuyo «ámbito de aplicación [...] está limitado a las personas físicas o jurídicas mencionadas en éste»,⁶⁵ a saber, las personas físicas que tienen la nacionalidad de una de las partes contratantes y las personas jurídicas constituidas con arreglo a su Derecho.⁶⁶

75. En este sentido, el hecho de que los derechos y obligaciones recíprocos creados por el TBI Países Bajos/República Checa sólo se apliquen a los inversores de uno de los dos Estados miembros contratantes es una consecuencia inherente al carácter bilateral de los TBI. De ello se desprende que un inversor que no sea neerlandés no se encuentra en la misma situación que un inversor neerlandés con respecto a una inversión realizada en la República Eslovaca.

76. Además, al igual que el artículo 25, apartado 3, del CDI Países Bajos/Bélgica, a que se refiere el Tribunal de Justicia en el apartado 62 de su sentencia de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa no es una ventaja separable del resto del TBI, sino que forma parte integrante de éste; de hecho, un TBI sin un mecanismo ISDS carecería de todo sentido, al no alcanzar su objetivo, que consiste en promover y atraer las inversiones extranjeras.

77. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 292 del dictamen 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017 (EU:C:2017:376), la disposición del Acuerdo de Libre Comercio con la República de Singapur que establece el arbitraje internacional como mecanismo ISDS «no puede tener carácter meramente auxiliar». Según una reiterada jurisprudencia arbitral, el derecho de los inversores a recurrir al arbitraje internacional es la disposición más esencial de los TBI

63 Véanse los puntos 200 y 201 de las presentes conclusiones.

64 Sentencia de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47), apartado 10. El subrayado es mío. Véase también, en este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630), apartados 29 a 33, en la que la situación del Sr. Petruhhin fue comparada con la de un nacional de su Estado miembro de acogida.

65 Sentencia de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), apartado 54.

66 Véase el artículo 1, letra b), de dicho TBI.

dado que, pese a su contenido procesal, constituye en sí misma una garantía indispensable que promueve y protege las inversiones.⁶⁷ Por lo tanto, no es de extrañar que los «antiguos» TBI,⁶⁸ que no contienen un mecanismo ISDS equivalente al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa, no hayan resultado especialmente útiles para los inversores.

78. Sin embargo, la Comisión desea diferenciar el presente asunto del que dio lugar a la sentencia de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), debido a que este último trata de materia fiscal.⁶⁹

79. Considero que esta distinción no es nada convincente. Deseo señalar, en primer lugar, que los TBI se asemejan a los convenios para evitar la doble imposición en que se refieren a las mismas actividades económicas, a la vez, la entrada y la salida del capital. En efecto, un Estado puede atraer la entrada de capital extranjero a su territorio concediendo un alto nivel de protección jurídica a la inversión en el marco de un TBI y concediendo ventajas fiscales.⁷⁰ Como ocurre con los convenios para evitar la doble imposición, que nunca fueron considerados, en principio, incompatibles con los Tratados UE y FUE, la reciprocidad de los compromisos de los Estados es un componente esencial de los TBI.⁷¹

80. Más aún, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, los convenios para evitar la doble imposición entre Estados miembros no se fundamentan jurídicamente en el artículo 293 CE, segundo guion. De ser así, ¿en qué artículo habrían de fundamentar los Estados miembros los convenios que actualmente negocian, teniendo en cuenta que el artículo 293 CE ya no está en el Tratado de Lisboa?

81. Dicho esto, nada excluye la posibilidad de sustituir los TBI internos de la Unión por un único TBI multilateral o un acto de la Unión, en función del reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, que sea aplicable a los inversores de todos los Estados miembros, como propusieron en su *non-paper* de 7 de abril de 2016, la República Federal de Alemania, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria y la República de Finlandia.⁷²

67 Véase, en este sentido, Emilio Agustín Maffezini c/Reino de España (caso CIADI ARB/97/7), decisión del tribunal de 25 de enero de 2000 sobre excepciones a la jurisdicción, apartados 54 y 55; Gas Natural SDG SA c/República Argentina (caso CIADI ARB/03/10), decisión del tribunal de 17 de junio de 2005 sobre excepciones a la jurisdicción, apartado 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A., c/República Argentina (caso CIADI ARB/03/17), decisión de 16 de mayo de 2006 sobre competencia, apartado 59; Eastern Sugar BV c/República Checa (CNUDMI) (caso CCE n.º 088/2004), laudo parcial de 27 de marzo de 2007, apartados 165 y 166; Rupert Joseph Binder c/República Checa (CNUDMI), laudo de 6 de junio de 2007 sobre competencia, apartado 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/República Eslovaca (CNUDMI), decisión de 30 de abril de 2010 sobre competencia, apartados 77 y 78; Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartado 264; WNC Factoring Ltd c/República Checa (CNUDMI) (caso CPA n.º 2014-34), laudo de 22 de febrero de 2017, apartado 300; Anglia Auto Accessories Limited c/República Checa (caso CCE V 2014/181), laudo final de 10 de marzo de 2017, apartado 116, e I.P. Busta y J.P. Busta c/República Checa (caso CCE V 2015/014), laudo final de 10 de marzo de 2017, apartado 116.

68 Véanse, por ejemplo, los TBI Alemania/Grecia (1961), Italia/Malta (1967), Alemania/Malta (1974), Francia/Malta (1976) y Alemania/Portugal (1980).

69 La Comisión intenta probar que, a diferencia de la protección de las inversiones, la materia fiscal sigue siendo de competencia puramente nacional, citando, en particular, la sentencia de 16 de julio de 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), que, al igual que otras, no prohíbe la doble imposición jurídica. Cabe señalar que los convenios para evitar la doble imposición tienen precisamente por objeto conceder esta protección que no ofrecen los Tratados UE y FUE. Lo mismo sucede con los TBI, puesto que en la protección de inversiones, como sucede con la fiscalidad directa, el Derecho de la Unión tan sólo interviene, esencialmente, a través de las disposiciones sobre las grandes libertades de circulación.

70 El convenio entre el Reino de los Países Bajos y la República Socialista Checoslovaca para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Praga el 4 de marzo de 1974, establece una retención en la fuente del 10 % sobre los dividendos, del 0 % sobre los intereses y del 5 % sobre los cánones.

71 En ellos, los Estados negocian varios elementos como, por ejemplo, el concepto de inversión, la aplicación o no de la cláusula NMF al mecanismo ISDS, la presencia o no de una cláusula de *carve-out* para las medidas fiscales y la duración de la cláusula *sunset*.

72 Disponible en el sitio Internet del Transnational Institute https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf. Así se hizo en materia fiscal a través de algunas directivas como las Directivas 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DO 2003, L 157, p. 49); 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DO 2009, L 310, p. 34), y 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO 2011, L 345, p. 8), que, más que medidas de armonización, constituyen, en realidad, convenios multilaterales para evitar la doble imposición.

82. Por estos motivos, sugiero al Tribunal de Justicia que responda a la tercera cuestión que un mecanismo ISDS como el creado por el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca, que confiere a los inversores neerlandeses el derecho a recurrir al arbitraje internacional frente a la República Eslovaca, no constituye una discriminación basada en la nacionalidad, prohibida por el artículo 18 TFUE.

83. Sólo en el supuesto de que el Tribunal de Justicia esté de acuerdo con esta propuesta de respuesta, tendrá que examinar las cuestiones prejudiciales primera y segunda.

C. Sobre la segunda cuestión prejudicial

84. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 267 TFUE, como piedra angular del sistema jurisdiccional de la Unión que garantiza el orden de competencias establecido en los Tratados UE y FUE y la autonomía del sistema jurídico de la Unión, se opone a la aplicación de una disposición como el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca.

85. Examinaré esta cuestión antes que la primera, pues estimo que un tribunal arbitral formado con arreglo al artículo 8 de dicho TBI constituye un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE, común a dos Estados miembros, en este caso, el Reino de los Países Bajos y la República Eslovaca y, por lo tanto, con facultades para interrogar al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial. Ello implicaría automáticamente la falta de cualquier incompatibilidad con el artículo 344 TFUE, cuestión que es objeto de la primera cuestión prejudicial.

86. Según una reiterada jurisprudencia, para considerar que un organismo jurisdiccional tiene carácter de «órgano jurisdiccional», en el sentido del artículo 267 TFUE, debe tenerse en cuenta un conjunto de elementos, concretamente, «el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia». ⁷³ Además, es preciso que «ante [él] est[é] pendiente un litigio y [que] deb[a] adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional». ⁷⁴

87. Sobre la base de dichos criterios, los tribunales arbitrales no quedan automáticamente excluidos del concepto de «órgano jurisdiccional de un Estado miembro», en el sentido del artículo 267 TFUE. En efecto, aunque en varias ocasiones el Tribunal de Justicia se ha negado a responder a una cuestión prejudicial planteada por árbitros, ⁷⁵ también ha declarado admisibles, basándose en un examen de cada caso particular, las cuestiones prejudiciales formuladas por tribunales arbitrales en los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 17 de octubre de 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383), y de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), y al auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92).

⁷³ Sentencia de 31 de enero de 2013, *Belov* (C-394/11, EU:C:2013:48), apartado 38 y jurisprudencia citada. Véanse también, en este sentido, las sentencias de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), apartado 23, y de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664), apartado 17.

⁷⁴ Sentencia de 31 de enero de 2013, *Belov* (C-394/11, EU:C:2013:48), apartado 39 y jurisprudencia citada. Véase también, en este sentido, la sentencia de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), apartado 23.

⁷⁵ Véase, en particular, la sentencia de 23 de marzo de 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107), y de 27 de enero de 2005, *Denuit y Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69).

88. Los dos últimos casos dejan entrever una apertura en los criterios de admisibilidad con respecto al arbitraje particular-Estado (sentencia de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754),⁷⁶ y con respecto al arbitraje internacional (auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada*, C-555/13, EU:C:2014:92).⁷⁷

89. Por lo tanto, examinaré las características de los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/Checoslovaquia a la luz de los criterios enunciados en el punto 86 de las presentes conclusiones. En mi opinión, en el presente asunto, se cumple el conjunto de esos criterios.⁷⁸

1. Origen legal de los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/Checoslovaquia

90. La mayor parte de los asuntos procedentes de un arbitraje sometidos al Tribunal de Justicia se referían únicamente a un tipo especial de arbitraje, concretamente el arbitraje comercial, denominado «convencional» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al basarse jurídicamente en una cláusula compromisoria incluida en un contrato de Derecho privado.⁷⁹

91. Hay otros tipos de arbitraje. Además de los arbitrajes previstos en el artículo 272 TFUE, existe el arbitraje entre Estados en virtud de un convenio internacional⁸⁰ o el arbitraje entre particulares y Estados, siendo estos dos últimos tipos de arbitraje muy diferentes, desde el punto de vista de su origen legal, de los arbitrajes entre particulares.

92. En este último caso, el origen de la competencia del tribunal arbitral no procede de una ley, sino de una cláusula compromisoria contenida en un contrato.

93. Así ocurría en el arbitraje que dio lugar a la sentencia de 23 de marzo de 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107), que se refería a un contrato de «pool» celebrado entre varias empresas privadas y que tenía por objeto repartir entre ellas todas las ayudas financieras que obtuvieran del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA) en el marco de un programa común de construcción de trece buques-factoría para pesca. El tribunal arbitral al que se sometió el asunto, en virtud de dicho contrato, había expresado dudas acerca de la compatibilidad del contrato con el Derecho de la Unión e interrogó al Tribunal de Justicia acerca de esta cuestión.

76 Se trataba de un arbitraje entre un contribuyente y la República Portuguesa en materia fiscal.

77 Se trataba de un arbitraje en materia de patentes farmacéuticas, de carácter internacional pues, en el mismo, una sociedad canadiense se enfrentaba a dos sociedades portuguesas, a una sociedad inglesa, a una sociedad griega y a una sociedad neerlandesa.

78 Véase, en este sentido, Basedow, J.: «EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice», 2015, vol. 32(4), *Journal of International Arbitration*, p. 367; Paschalidis, P.: «Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice», 2016, *Arbitration International*, p. 1; Szpunar, M.: «Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU» publicado en Ferrari, F. (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, JurisNet, 2017, pp. 85 a 123.

79 Véanse, por ejemplo, los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 23 de marzo de 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107); de 25 de julio de 1991, *Rich* (C-190/89, EU:C:1991:319); de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269); de 27 de enero de 2005, *Denuit y Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69); de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* (C-168/05, EU:C:2006:675); de 10 de febrero de 2009, *Allianz y Generali Assicurazioni Generali* (C-185/07, EU:C:2009:69); de 13 de mayo de 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), y de 7 de julio de 2016, *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526).

80 Debe señalarse que algunos acuerdos internacionales celebrados entre Estados miembros prevén que el Presidente del Tribunal de Justicia actúe como autoridad de designación de árbitros para las controversias entre Estados miembros o entre una entidad pública y dichos Estados miembros. Véase, en este sentido, el artículo 27 del Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Italiana para la creación y explotación de una nueva línea ferroviaria entre Lyon y Turín, firmado en Roma el 30 de enero de 2012. En mi opinión, estos tribunales arbitrales son también órganos jurisdiccionales de uno de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 TFUE.

94. El Tribunal de Justicia se consideró «incompetente»,⁸¹ declarando que dicho tribunal arbitral no era un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, en el sentido del artículo 267 TFUE, por dos motivos. En primer lugar, «las partes contratantes no tenían ninguna obligación, de hecho o de Derecho, de confiar sus diferencias al arbitraje»⁸² dado que habían hecho esta elección mediante contrato. En segundo lugar, «las autoridades públicas alemanas no están implicadas en la elección de la vía arbitral y [...] no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante el árbitro».⁸³

95. El hecho de que el origen de la competencia del colegio arbitral estuviera en una cláusula compromisoria acordada en un contrato entre un consumidor y una agencia de viajes bastó, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 27 de enero de 2005, *Denuit y Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69), para excluir a dicho colegio del concepto de órgano jurisdiccional, en el sentido del artículo 267 TFUE, pese a que la cláusula compromisoria formaba parte de las condiciones generales impuestas por la agencia de viajes, sin que el consumidor pudiera negociar ese punto.

96. En cambio, el origen legal de un tribunal arbitral formado con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa, que conozca de una controversia conforme a dicho artículo, no puede ponerse en duda. No sólo radica en un tratado internacional, sino también en las leyes neerlandesa y checoslovaca de ratificación de dicho TBI, mediante las cuales pasó a formar parte de sus ordenamientos jurídicos. Contrariamente al asunto que dio lugar a la sentencia de 23 de marzo de 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107), la implicación de las autoridades públicas en la elección de la vía arbitral, así como en el propio procedimiento arbitral (dado que, en este caso, la República Eslovaca era la parte demandada) es manifiesta.

97. Esta apreciación se ve reforzada por la sentencia de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), y por el auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92).

98. El tribunal arbitral que interrogó al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial en el asunto que dio lugar a la sentencia de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754) cumplía el criterio del origen legal al existir una ley portuguesa que establecía el arbitraje como medio de resolución jurisdiccional de litigios en materia tributaria y atribuía una competencia general en materia tributaria a los tribunales arbitrales para apreciar la legalidad de la liquidación de cualquier impuesto.⁸⁴

99. De la misma forma, en el asunto que dio lugar al auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), el Tribunal de Justicia consideró que el tribunal arbitral cumplía el criterio del origen legal por cuanto «[su] competencia [...] no result[aba] de la voluntad de las partes, sino de la [l]ey [portuguesa] n.º 62/2011»,⁸⁵ que instauraba el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en materia de derechos de propiedad industrial relativos a medicamentos genéricos y de referencia.

81 En mi opinión, no se trata de una cuestión de competencia, sino de admisibilidad.

82 Véase la sentencia de 23 de marzo de 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107), apartado 11. Véase también, en este sentido, la sentencia de 27 de enero de 2005, *Denuit y Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69), apartado 13.

83 Véase la sentencia de 23 de marzo de 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107), apartado 12. Véase también, en este sentido, la sentencia de 27 de enero de 2005, *Denuit y Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69), apartado 13.

84 Véase el apartado 24 de dicha sentencia.

85 Véase el apartado 19 de dicho auto.

2. Permanencia de los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa

100. El arbitraje internacional puede ser un arbitraje institucional, en el que una institución de arbitraje se hace cargo del procedimiento y lo administra⁸⁶ con arreglo a su reglamento y a cambio de una retribución, o un arbitraje *ad hoc*, en el que las propias partes administran el procedimiento sin el concurso de una institución arbitral.

101. De los apartados 25 y 26 de la sentencia de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), y del apartado 24 del auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), se desprende que el criterio de permanencia no se refiere a la composición del tribunal arbitral en cuanto tal, sino a la institucionalización del arbitraje como vía de solución de controversias. En otros términos, el criterio de permanencia ha de valorarse con respecto a la institución arbitral que administra el procedimiento arbitral y no con respecto al tribunal arbitral, cuya composición es efímera.

102. En este sentido, el Tribunal de Justicia consideró, en el apartado 26 de la sentencia de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), que, «aun cuando la composición de las formaciones juzgadoras del Tribunal Arbitral Tributário [(Portugal)] sea efímera y [...] la actividad de éstos termina después de que hayan resuelto, no es menos cierto que, en su conjunto, el Tribunal Arbitral Tributário presenta, como elemento de dicho sistema, un carácter de permanencia». El sistema al que se refiere el Tribunal de Justicia es la institución arbitral «Centro de Arbitragem Administrativa» (CAAD).

103. De igual forma, en el apartado 24 del auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), el Tribunal de Justicia consideró que se cumplía el criterio de permanencia por cuanto el tribunal arbitral «[estaba] constituido sobre una base legal, que dispon[ía], con carácter permanente, de una competencia obligatoria y que, además, aplica[ba] normas procesales definidas y delimitadas por la legislación nacional», y ello, incluso si su forma, composición y normas procesales podían variar en función de la elección de las partes e incluso si se disolvía una vez adoptado el laudo.

104. En ese asunto, estaba claro que el tribunal arbitral era un tribunal *ad hoc* y que no existía una institución arbitral que garantizara la permanencia del mismo, pero el Tribunal de Justicia infirió que existía tal permanencia del artículo 2 de Ley portuguesa n.º 62/2011, que instituía el arbitraje como única vía para la solución de controversias en materia de derechos de propiedad industrial relativos a medicamentos genéricos y de referencia.

105. Puede deducirse idéntica conclusión en relación con los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa y que conozcan de una controversia conforme al mismo artículo, dado que, como ocurre en los asuntos que dieron lugar a la sentencia de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), y al auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), el Reino de los Países Bajos y la República Eslovaca instauraron el arbitraje como vía para solucionar controversias entre uno de dichos Estados y un inversor del otro Estado.

106. Hay otros elementos de institucionalización del arbitraje que también están presentes en dicho TBI.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, la CPA en La Haya (Países Bajos), el CIADI en Washington DC (Estados Unidos), la CCE en Suecia, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en París (Francia) y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (según sus siglas en inglés, LCIA) (Reino Unido).

107. En efecto, el artículo 8, apartado 4, del TBI Países Bajos/República Checa confiere la facultad de nombrar los árbitros a la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), que es una institución arbitral permanente y, en virtud de su apartado 5, resulta aplicable al procedimiento arbitral el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

108. Además, el procedimiento ante el tribunal arbitral de que se trata en el presente asunto se desarrolló bajo la égida de una institución arbitral permanente. En efecto, la CPA, establecida en La Haya y creada por las Convenciones para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, firmadas en La Haya en 1899 y 1907,⁸⁷ fue designada para desempeñar la función de secretaría mediante un escrito en el que se le encomendaba ese cometido, firmado por ésta y por las partes en el asunto principal.

109. Por consiguiente, considero que también se cumple el criterio de permanencia.

3. Carácter obligatorio de la jurisdicción de los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa

110. Según una reiterada jurisprudencia, «[el carácter obligatorio de la jurisdicción] está ausente en el marco del arbitraje convencional, dado que no hay ninguna obligación para las partes contratantes, ni de hecho ni de Derecho, de confiar la resolución de sus diferencias al arbitraje y que las autoridades públicas del Estado miembro concernido no están ni implicadas en la elección de la vía del arbitraje ni llamadas a intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante el árbitro».⁸⁸

111. No tiene nada de sorprendente que el Tribunal de Justicia considerara, en los asuntos que dieron lugar a la sentencia de 17 de octubre de 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), y al auto de 13 de febrero de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), que los tribunales arbitrales cumplían el requisito de ser un órgano jurisdiccional obligatorio, dado que el Derecho danés y el Derecho portugués obligaban a recurrir al arbitraje.

112. Sin embargo, en el asunto en que se pronunció la sentencia de 12 de junio de 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), el hecho de que el recurso al arbitraje fuera facultativo y de que el contribuyente hubiera elegido recurrir al mismo contra el Estado portugués, cuando hubiera podido dirigirse directamente a los tribunales ordinarios, no sirvió para excluir al tribunal arbitral del concepto de órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el sentido del artículo 267 TFUE.

113. En efecto, según el Tribunal de Justicia, «[sus] decisiones [eran] vinculantes para las partes en virtud del artículo 24, apartado 1, del Decreto-Ley n.º 10/2011 [y] su competencia resulta[ba] directamente de las disposiciones del Decreto-Ley n.º 10/2011, [y] no [estaba], por ello, subordinada a la previa expresión por las partes de la voluntad de someter sus diferencias a arbitraje [...]. Así, cuando el contribuyente recurrente somete su discrepancia al arbitraje tributario, la competencia del [tribunal arbitral] tiene [...] carácter obligatorio para la autoridad tributaria y aduanera».⁸⁹

114. Lo mismo debe decirse de los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa.

⁸⁷ Todos los Estados miembros de la Unión son parte de dichas Convenciones. En cuanto al presente asunto, el Reino de los Países Bajos es un Estado miembro de la CPA desde su fundación, mientras que la República Eslovaca lo es desde 1993.

⁸⁸ Sentencia de 12 de junio de 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), apartado 27. Véanse también, en este sentido, las sentencias de 23 de marzo de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), y de 27 de enero de 2005, Denuit y Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69), apartado 13, así como el auto de 13 de febrero de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), apartado 17.

⁸⁹ Apartado 29 de dicha sentencia. Véase también, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664), apartado 23.

115. Su apartado 7 dispone que la decisión de un tribunal arbitral constituido con arreglo a dicho artículo será «definitiva y *obligatoria* para las partes de la controversia». ⁹⁰ Por lo tanto, no cabe ninguna duda en cuanto a que el laudo emitido por tal tribunal arbitral es vinculante para las partes, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

116. Además, el apartado 2 de dicha disposición establece que «cada una de las partes contratantes *accepta*, mediante el presente Tratado, que las controversias [entre inversor y Estado] se sometan a un tribunal arbitral en caso de que no se resuelvan por acuerdo amistoso en el plazo de seis meses desde la fecha en que una de las partes de la controversia haya solicitado un acuerdo amistoso». ⁹¹

117. El hecho de que el inversor pueda elegir entre acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de que se trate o al tribunal arbitral ⁹² no afecta al carácter obligatorio de la jurisdicción del tribunal arbitral, dado que el contribuyente también tenía esta opción en el asunto que dio lugar a la sentencia de 12 de junio de 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754).

118. Dado que la República Eslovaca ha dado previamente su consentimiento al arbitraje, como lo había hecho la República Portuguesa en el asunto que dio lugar a la sentencia de 12 de junio de 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), la jurisdicción del tribunal arbitral constituido tiene, con arreglo al artículo 8, apartado 2, del TBI Países Bajos/República Checa, carácter obligatorio para dicho Estado miembro y para el inversor.

119. Por consiguiente, los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa cumplen también el criterio de jurisdicción obligatoria.

4. Carácter contradictorio del procedimiento ante los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa, aplicación por dichos tribunales de normas de Derecho en la solución de los litigios que les son sometidos, así como independencia e imparcialidad de los árbitros

120. En cuanto al carácter contradictorio del procedimiento ante los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa, debe señalarse que, según su apartado 5, «el tribunal arbitral determinará su propio procedimiento aplicando el Reglamento de Arbitraje de la [CNUDMI]». ⁹³

121. El artículo 15, apartado 1, de dicho Reglamento, en su versión de 1976, que era aplicable cuando se celebró el TBI Países Bajos/República Checa, establecía que, «con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, *en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos*». ⁹⁴ El artículo 17, apartado 1, de dicho Reglamento, en sus versiones de 2010 y de 2013, recoge esta garantía.

90 El subrayado es mío.

91 El subrayado es mío.

92 Dicho TBI no contiene una cláusula de opción irrevocable (*fork-in-the-road*), que establezca que, cuando un inversor elige el fuero (los órganos jurisdiccionales internos del Estado de que se trate o un tribunal arbitral internacional), su elección es irrevocable.

93 El Reglamento de Arbitraje está disponible en el sitio Internet de la CNUDMI http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

94 El subrayado es mío.

122. El cumplimiento del principio de contradicción también está garantizado por varias disposiciones del citado Reglamento que se refieren al intercambio de escritos, a la organización de la audiencia y a la participación de las partes en la misma, así como al cierre de la fase oral, concretamente los artículos 18 a 20, 22, 24, 25 y 29 del Reglamento de 1976 y los artículos 20 a 22, 24, 28 y 31 del Reglamento revisado en 2010 y en 2013.

123. En cuanto al criterio de aplicación por los tribunales arbitrales de normas de Derecho, el artículo 8, apartado 6, del TBI Países Bajos/Checoslovaquia dispone que «el tribunal arbitral resolverá en aplicación del Derecho» y establece una serie de normas jurídicas que el tribunal habrá de tener en cuenta. Se excluye, por lo tanto, la posibilidad de resolver *ex aequo et bono*.

124. Por último, por lo que se refiere al criterio de independencia e imparcialidad, es de reiterada jurisprudencia que «las garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio [...]. Para considerar cumplido el requisito relativo a la independencia del órgano de remisión, la jurisprudencia exige, en particular, que los supuestos de cese de los miembros de ese órgano estén previstos en disposiciones legales expresas».⁹⁵

125. Debo señalar, primero, que el Tribunal de Justicia no ha puesto en tela de juicio la independencia e imparcialidad de los árbitros en ninguno de los asuntos de los que ha conocido y, seguidamente, que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI garantiza la independencia e imparcialidad de los árbitros, imponiéndoles una obligación clara de señalar cualquier circunstancia que pueda suscitar dudas legítimas acerca de su imparcialidad o acerca de su independencia⁹⁶ y estableciendo un procedimiento de recusación de árbitros, cuando concurren tales circunstancias.⁹⁷

126. A la vista de lo que precede, los tribunales arbitrales creados por el artículo 8 del TBI Países Bajos/Checoslovaquia constituyen órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 TFUE, pero cabe preguntarse si son también órganos jurisdiccionales «de uno de los Estados miembros», en el sentido de dicha disposición.

127. Soy de la opinión de que así es.

128. La naturaleza de un órgano jurisdiccional internacional establecido en el marco de una organización internacional, creada mediante un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, fue examinada a propósito del Tribunal del Benelux en el asunto que dio lugar a la sentencia de 4 de noviembre de 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517).

129. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que «no existe ningún motivo válido que justifique que tal órgano jurisdiccional común a varios Estados miembros no pueda plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, tal como lo hacen los órganos jurisdiccionales de cada uno de dichos Estados miembros».⁹⁸

95 Sentencia de 9 de octubre de 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), apartado 32 y jurisprudencia citada. Ha de aclararse que, a diferencia de los jueces, los árbitros no ocupan plazas permanentes. Por lo tanto, en Derecho de arbitraje internacional, no existen normas sobre revocación de los árbitros.

96 Véanse el artículo 9 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 y el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI modificado en 2010 y en 2013.

97 Véanse los artículos 10 a 12 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, así como los artículos 12 y 13 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI modificado en 2010 y en 2013. Véanse también las Directrices de la IBA (International Bar Association) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (disponibles en el sitio Internet de la IBA http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx), que especifican las causas de conflicto de intereses que pueden llevar a la recusación de los árbitros.

98 Apartado 21. Véase también, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2011, Miles y otros (C-196/09, EU:C:2011:388), apartado 40.

130. Así ocurre también con los tribunales arbitrales constituidos de conformidad con el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca, pues han sido creados como mecanismo para la solución de controversias por el Reino de los Países Bajos y la República Eslovaca.

131. Por estos motivos, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión que el artículo 267 TFUE ha de interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición como el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca, que permite la resolución de controversias entre inversores y Estados por un tribunal arbitral, que debe considerarse «un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros», en el sentido del artículo 267 TFUE.

D. Sobre la primera cuestión prejudicial

132. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 344 TFUE ha de interpretarse en el sentido de que se opone a que se apliquen disposiciones de los TBI internos de la Unión, como el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca, que permiten que un tribunal arbitral solucione controversias entre inversores y Estados.

133. De entrada, ha de señalarse que si, como propongo, el Tribunal de Justicia considera que los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 de dicho TBI son órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en el sentido del artículo 267 TFUE, entonces, participan en el diálogo jurisdiccional a que se refiere el apartado 176 del dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), y están obligados a aplicar el Derecho de la Unión. Por consiguiente, el recurso al arbitraje internacional en las condiciones establecidas en el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Eslovaca no puede menoscabar ni el artículo 344 TFUE ni el orden de competencias establecido en los Tratados UE y FUE ni, en consecuencia, la autonomía del sistema jurídico de la Unión.

134. En efecto, en ese caso, los tribunales arbitrales están obligados, so pena de nulidad por infracción del orden público, a cumplir los principios enunciados por el Tribunal de Justicia en los apartados 65 a 70 del dictamen 1/09 (Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), y en los apartados 157 a 176 del dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), especialmente la primacía del Derecho de la Unión⁹⁹ sobre los Derechos de los Estados miembros y sobre cualquier compromiso internacional asumido entre Estados miembros, el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos, la confianza mutua entre ellos en el reconocimiento de los valores comunes en que se basa la Unión y la íntegra aplicación y el cumplimiento cabal del Derecho de la Unión.

135. Por lo demás, la inaplicación o la aplicación defectuosa del Derecho de la Unión por parte de los tribunales arbitrales creados por los Estados miembros no sólo generaría la responsabilidad de los Estados miembros de que se tratara, con arreglo a la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), al ser ellos los que los han creado, sino que también podría llevar a declarar un incumplimiento por parte de dichos Estados, de conformidad con los artículos 258 TFUE y 259 TFUE.¹⁰⁰

99 Varios tribunales arbitrales que se pronunciaban sobre controversias entre inversores nacionales de la Unión y Estados miembros, entre ellos el tribunal arbitral de que se trata en el presente asunto, ya han reconocido la primacía del Derecho de la Unión. Véase *Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca (CNUDMI)* (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartado 289; *Electrabel SA c/Hungría* (caso CIADI ARB/07/19), decisión de 30 de noviembre de 2012 sobre competencia, derecho aplicable y responsabilidad, apartados 4189 a 4191; *Charanne BV y Construction Investments Sàrl c/Reino de España* (caso CCE n.º 062/2012), laudo final de 21 de enero de 2016, apartados 439 y 443, y *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c/Reino de España* (caso CIADI ARB/13/30), decisión de 6 de junio de 2016 sobre competencia, apartado 72 (sería diferente si se tratara de inversores procedentes de terceros Estados, véanse los apartados 74 a 76).

100 Véase, en este sentido, *Electrabel SA c/Hungría* (caso CIADI ARB/07/19), decisión de 30 de noviembre de 2012 sobre competencia, derecho aplicable y responsabilidad, apartados 4160 a 4162.

136. Si, a pesar de todo, el Tribunal de Justicia declara que los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa no constituyen órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 TFUE, faltaría aún por examinar si el artículo 344 TFUE impide la aplicación del artículo 8 de dicho TBI y, en su caso, si este último es incompatible con el orden de competencias establecido en los Tratados UE y FUE y con la autonomía del sistema jurídico de la Unión.

137. En este contexto es preciso llevar a cabo tres análisis, el segundo de ellos sólo en el supuesto de que la conclusión del primero sea positiva y el tercero sólo si la conclusión del primero o del segundo resulta negativa:

- ¿Está contemplada en el artículo 344 TFUE una controversia entre un inversor y un Estado miembro, como la mencionada en el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa?
- ¿Cabe calificar el objeto de tal controversia de «relativ[o] a la interpretación o aplicación de los Tratados», en el sentido del artículo 344 TFUE?
- ¿A la vista de su finalidad, tiene dicho TBI el efecto de menoscabar el orden de competencias establecido por los Tratados UE y FUE y, en consecuencia, la autonomía del sistema jurídico de la Unión?

1. ¿Está contemplada en el artículo 344 TFUE una controversia entre un inversor y un Estado miembro, como la contemplada en el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa?

138. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa, por los siguientes motivos.

139. Según el artículo 344 TFUE, «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».

140. El Tribunal de Justicia ha tenido frecuentes oportunidades de interpretar el artículo 344 TFUE y de pronunciarse acerca de la compatibilidad con dicho artículo de tales acuerdos internacionales, aunque se trataba de acuerdos internacionales celebrados por la Unión y sus Estados miembros con terceros Estados.¹⁰¹

141. Según jurisprudencia reiterada, «un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico [de la Unión], cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Este principio se encuentra recogido en particular en el artículo 344 TFUE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».¹⁰²

¹⁰¹ Véanse los dictámenes 1/91 (Acuerdo EEE — I), de 14 de diciembre de 1991 (EU:C:1991:490); 1/92 (Acuerdo EEE — II), de 10 de abril de 1992 (EU:C:1992:189); 2/94 (Adhesión de la Comunidad al CEDH), de 28 de marzo de 1996 (EU:C:1996:140); 1/09 (Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), y 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454). Véase también la sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345).

¹⁰² Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 201. Véanse también, en ese sentido, el dictamen 1/91 (Acuerdo EEE — I), de 14 de diciembre de 1991 (EU:C:1991:490), apartado 35 y las sentencias de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), apartado 123, y de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión (C-402/05 P y C-415/05 P, EU:C:2008:461), apartado 282.

142. Según el Tribunal de Justicia, el artículo 344 TFUE impone a los Estados miembros la obligación de «recurrir al sistema jurisdiccional [de la Unión] y de respetar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia que constituye [uno de sus] rasgo[s] fundamental[es,] [obligación que] debe interpretarse como una manifestación específica de su deber más general de lealtad que resulta del artículo [4 TUE, apartado 3]». ¹⁰³

143. Ha de señalarse, de entrada, que el tribunal arbitral que dictó el laudo de que se trata en el asunto principal examinó minuciosamente los argumentos de la República Eslovaca y de la Comisión basados en el artículo 344 TFUE. A este respecto, consideró, de conformidad con la sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), que las controversias entre inversores y Estados contratantes del TBI no estaban comprendidas en el artículo 344 TFUE. ¹⁰⁴

144. La República Eslovaca, apoyada por varios Estados miembros y la Comisión, discrepa de esta apreciación del tribunal arbitral. Para ellos, debe darse al artículo 344 TFUE una interpretación extensiva que lo haga aplicable a los litigios entre un particular y un Estado miembro, especialmente a la vista de su redacción que, en su opinión, no limita expresamente, a diferencia del artículo 273 TFUE, su ámbito de aplicación a los litigios «entre Estados miembros».

145. No comparto esta tesis.

146. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que las controversias entre Estados miembros, ¹⁰⁵ así como entre los Estados miembros y la Unión, ¹⁰⁶ están contempladas en el artículo 344 TFUE. En cambio, los litigios entre particulares no lo están, aun cuando el órgano jurisdiccional que deba resolverlos haya de tener en cuenta o aplicar el Derecho de la Unión.

147. En efecto, como consideró el Tribunal de Justicia en relación con el proyecto de acuerdo sobre el tribunal europeo y comunitario de patentes, «la creación del [tribunal europeo y comunitario de patentes] tampoco puede entrar en conflicto con el artículo 344 TFUE, ya que éste se limita a prohibir *a los Estados miembros* que sometan las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en éstos. Ahora bien, las competencias que el proyecto de acuerdo prevé atribuir al [tribunal europeo y comunitario de patentes] sólo tendrían como objeto los litigios entre particulares en materia de patentes». ¹⁰⁷

148. En cuanto a las controversias entre particulares y Estados miembros, la Comisión señala que el sistema jurisdiccional a que se refiere el dictamen 1/91 (Acuerdo EEE — I), de 14 de diciembre de 1991 (EU:C:1991:490), también preveía la interposición de recursos por parte de particulares contra el Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) en materia de competencia. ¹⁰⁸

¹⁰³ Sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), apartado 169.

¹⁰⁴ Véase Achmea BV (antes Eureka BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartado 276. Véanse también, en este sentido, European American Investment Bank AG c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2010-17), laudo de 22 de octubre de 2012 sobre competencia, apartados 248 a 267; Electrabel SA c/Hungría (caso CIADI ARB/07/19), decisión de 30 de noviembre de 2012 sobre competencia, derecho aplicable y responsabilidad, apartados 4150 a 4152; Charanne BV y Construction Investments Sàrl c/Reino de España (caso CCE n.º 062/2012), laudo final de 21 de enero de 2016, apartados 441 a 445; RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c/Reino de España (caso CIADI ARB/13/30), decisión de 6 de junio de 2016 sobre competencia, apartado 80, y Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg Sàrl c/Reino de España (caso CIADI ARB/13/36), laudo de 4 de mayo de 2017, apartado 204.

¹⁰⁵ Véase la sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), apartado 128.

¹⁰⁶ Véase el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartados 202 y 205.

¹⁰⁷ Dictamen 1/09 (Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartado 63. El subrayado es mío.

¹⁰⁸ Véase el apartado 6 de dicho dictamen.

149. Sin embargo, tales recursos no se dirigirían contra un Estado miembro y, de cualquier forma, no hay nada en el dictamen del Tribunal de Justicia que permita creer que éste considerara problemático este aspecto concreto del proyecto de Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

150. También ha de subrayarse que la Unión tenía que convertirse en parte del acuerdo objeto de dicho dictamen y que, por consiguiente, dicho acuerdo debía pasar a formar parte del Derecho de la Unión, cosa que, evidentemente, no ocurre con el TBI Países Bajos/Checoslovaquia. Por otra parte, como se desprende claramente de los apartados 13 a 29 de dicho dictamen, el Tribunal de Justicia estaba preocupado por la existencia de un riesgo sistémico creado por el artículo 6 del proyecto de acuerdo para la homogeneidad de la interpretación y de la aplicación del Derecho en el EEE¹⁰⁹ y no por el hecho de que determinados recursos interpuestos en materia de competencia por particulares contra el Órgano de Vigilancia de la AELC fueran competencia de un órgano jurisdiccional situado fuera de la arquitectura jurisdiccional de la Unión.

151. El dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), reviste especial importancia en este aspecto, dado que, aun cuando el artículo 6 TUE, apartado 2, prevé la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), esta adhesión sería incompatible con el artículo 344 TFUE si las controversias entre particulares y Estados miembros, que son las más típicas de las que conoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estuvieran incluidas en esta última disposición.

152. Éste es el motivo por el que, en los apartados 201 a 214 de dicho dictamen, el Tribunal de Justicia se limitó a examinar, desde el punto de vista del artículo 344 TFUE, las controversias entre Estados miembros y entre los Estados miembros y la Unión,¹¹⁰ pese a ser consciente del hecho de que, por mor de su adhesión al CEDH, la Unión quedaría vinculada por el artículo 34, primera frase, de éste, el cual establece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las [partes contratantes] de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos».¹¹¹

153. Por estos motivos, pienso que una controversia entre un inversor y un Estado miembro, como la contemplada en el artículo 8 del TBI Países Bajos/Checoslovaquia, no está comprendida en el artículo 344 TFUE.

154. No obsta a esta conclusión el argumento de la Comisión según el cual las controversias entre inversores y Estados miembros son, en efecto, controversias entre Estados miembros, porque al entablar un procedimiento arbitral contra un Estado miembro con arreglo a una disposición como el artículo 8 del TBI Países Bajos/Checoslovaquia, el inversor no ejerce un derecho propio sino un derecho atribuido por dicho TBI a su Estado de origen.

109 El artículo 6 del proyecto del Acuerdo establecía que, para su ejecución y aplicación, sus disposiciones habían de interpretarse conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la fecha de la firma del Acuerdo y relativa a las disposiciones correspondientes del Tratado CEE, del Tratado CECA y de los actos derivados de éstos, lo cual creaba, naturalmente, el riesgo de divergencias entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la del Tribunal EEE. Véase el dictamen 1/91 (Acuerdo EEE — I), de 14 de diciembre de 1991 (EU:C:1991:490), apartados 6 y 25 a 29.

110 Véanse, en particular, los apartados 204, 205, 207 y 212.

111 Véase el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartados 17 y 18.

155. La Comisión se basa, a este respecto, en dos laudos arbitrales que cita en el punto 81 de sus observaciones escritas.¹¹² No obstante, su tesis queda refutada por esta misma jurisprudencia arbitral¹¹³ y, de todas formas, está lejos de alcanzar un consenso generalizado.¹¹⁴

156. En efecto, en Derecho internacional está establecido que las disposiciones de un tratado internacional pueden, cumpliéndose ciertos requisitos, conferir derechos a los particulares.¹¹⁵ En este sentido, varias instancias arbitrales,¹¹⁶ así como estatales,¹¹⁷ han declarado que los TBI conferirían directamente derechos a los inversores.¹¹⁸

157. Así ocurre ciertamente con el artículo 3 del TBI Países Bajos/República Checa, cuya vulneración fue constatada por el tribunal arbitral en el laudo de que se trata en el procedimiento principal, puesto que menciona expresamente que los inversores de las partes contratantes tienen derecho a un trato justo y equitativo, así como al trato de la nación más favorecida.

158. Además, el Derecho aplicable a las controversias a que se refiere el artículo 8, apartado 6, del TBI Países Bajos/República Checa¹¹⁹ difiere del Derecho aplicable a las controversias entre los dos Estados parte en dicho TBI, a tenor de su artículo 10, apartado 7.¹²⁰

112 Véanse *Loewen Group & Raymond L. Loewen c/Estados Unidos de América* [caso CIADI ARB(AF)/98/3], laudo de 26 de junio de 2003, apartado 233, y *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. c/Estados Unidos Mexicanos* [caso CIADI ARB(AF)/04/05], laudo de 21 de noviembre de 2007, apartado 178.

113 Véase *Loewen Group & Raymond L. Loewen c/Estados Unidos de América* [caso CIADI ARB(AF)/98/3], laudo de 26 de junio de 2003, apartado 223, en el que el tribunal arbitral reconoció que el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) representa un desarrollo progresivo del Derecho internacional, al permitir al inversor reclamar *sus propios derechos* y someter *su propia reclamación* a un arbitraje internacional (*Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration*).

114 Véase Douglas, Z.: *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pp. 17 a 38.

115 Además del ejemplo del Tratado FUE y del CEDH, deseo citar la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963. Véase, en este sentido, TIJ, sentencia de 27 de junio de 2001, asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América), Recopilación 2001, p. 466, apartado 78.

116 Véase, en este sentido, *American Manufacturing & Trading Inc. c/República del Zaire* (caso CIADI ARB/93/1) laudo de 21 de febrero de 1997, apartado 6.06; *CMS Gas Transmission Company c/República de Argentina* (caso CIADI ARB/01/8), decisión del Tribunal de 17 de julio de 2003 sobre excepciones a la jurisdicción, apartado 45; *Corn Products International, Inc. c/Estados Unidos Mexicanos* [caso CIADI ARB(AF)/04/01], laudo de 15 de enero de 2008, apartados 174 a 176; *Cargill Inc. c/Estados Unidos Mexicanos* [caso CIADI ARB(AF)/05/2], laudo de 18 de septiembre de 2009, apartados 424 a 426, y *European American Investment Bank AG c/República Eslovaca (CNUDMI)* (caso CPA n.º 2010-17), laudo de 22 de octubre de 2012 sobre competencia, apartado 445. Véase también, en ese sentido, Burdeau, G.: «Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'Etat», 1995, *Revue de l'arbitrage*, pp. 3 a 12; Paulsson, J.: «Arbitration Without Privity», 1995, vol. 10, *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, pp. 232 a 256; Wälde, T.: «Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty», 1996, *Arbitration International*, pp. 429 y 435 a 437, y Douglas, Z.: *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pp. 32 a 38.

117 Véase *Occidental Exploration & Production Company v Republic of Ecuador* [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, apartado 22, en el que el Court of Appeal (England & Wales) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y País de Gales), Reino Unido] califica el apartado 233 del laudo de 26 de junio de 2003 en el arbitraje *Loewen Group & Raymond L. Loewen c/Estados Unidos de América* [caso CIADI ARB(AF)/98/3] de «controversia», añadiendo que no compartía una interpretación de dicho laudo según la cual los TBI no confieren derechos a los inversores, sino a sus Estados de origen.

118 Ciertamente, los TBI incluyen sistemáticamente convenios de arbitraje para las controversias entre los Estados contratantes (véase, en este caso, el artículo 10 del TBI Países Bajos/República Checa). Sin embargo, por lo que sé, no se ha celebrado tal arbitraje entre Estados desde la firma del primer TBI en 1959. Así ocurre, efectivamente, con los TBI entre Estados miembros.

119 Según dicha disposición, «el tribunal arbitral resolverá en aplicación del Derecho, teniendo en cuenta principalmente, pero no exclusivamente: el Derecho en vigor de la parte contratante afectada; las disposiciones del presente acuerdo y cualquier otro acuerdo pertinente entre las partes contratantes; las disposiciones de acuerdos especiales relativos a la inversión; los principios generales del Derecho internacional».

120 «El tribunal resolverá con arreglo al presente Acuerdo, así como con arreglo a los demás acuerdos pertinentes entre las dos partes contratantes, los principios generales del Derecho internacional y las normas generales del Derecho que el tribunal considere aplicables. Las disposiciones anteriores se entenderán sin perjuicio de la potestad del tribunal de resolver *ex aequo et bono* si las partes así lo acuerdan» (*The tribunal shall decide on the basis of the present Agreement and other relevant Agreements between the two Contracting Parties, the general principles of international law, as well as such general rules of law as the tribunal deems applicable. The foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute ex aequo et bono if the Parties so agree*).

159. De lo anterior concluyo que una controversia entre un inversor y un Estado miembro, como la contemplada en el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa, no está comprendida en el artículo 344 TFUE, lo cual exime de preguntarse acerca de la cuestión de si tal controversia es «relativa [...] a la interpretación o aplicación de los Tratados [UE y FUE]». Para el supuesto en que el Tribunal de Justicia no comparta mi conclusión sobre el primer punto, analizaré también esta cuestión.

2. ¿Es la controversia de que se trata una controversia «relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados»?

160. El órgano jurisdiccional remitente considera, remitiéndose a los apartados 140, 149 y 151 a 153 de la sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), que sólo puede concurrir una infracción del artículo 344 TFUE si el objeto del laudo arbitral de que se trata es la interpretación y la aplicación de las propias disposiciones del Derecho de la Unión, lo cual no ocurre, en su opinión, en el caso del laudo arbitral controvertido en el asunto principal.

161. La República Eslovaca, apoyada por varios Estados miembros y la Comisión, discrepa de esta apreciación del órgano jurisdiccional remitente. Estima que el artículo 344 TFUE es aplicable a una controversia como la que se da entre Achmea y la República Eslovaca, al referirse ésta efectivamente a la interpretación y aplicación de los Tratados UE y FUE, incluso en el sentido de la sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345).

162. No comparto esta opinión.

163. Ciertamente, en su sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), y en su dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), el Tribunal de Justicia consideró que las controversias examinadas se referían a la interpretación y a la aplicación de los Tratados UE y FUE aunque les fueran aplicables acuerdos internacionales (a saber, respectivamente, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, y el CEDH).

164. Sin embargo, sólo era así en la medida en que la Unión formaba parte del acuerdo en cuestión (la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar), que, por lo tanto, formaba parte del Derecho de la Unión, o en que estaba prevista su adhesión al acuerdo en cuestión (CEDH), que, por lo tanto, iba a formar parte del Derecho de la Unión.

165. En efecto, como señaló el Tribunal de Justicia en los apartados 126 y 127 de la sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345):

«126 Se ha demostrado que las disposiciones de la Convención [de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar] que son de aplicación en la controversia relativa a la fábrica MOX corresponden a una competencia de [la Unión] que ésta ejerció al adherirse a la Convención, por lo que dichas disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico [de la Unión].

127 Por consiguiente, se trata, en el caso de autos, de una controversia relativa a la interpretación aplicable del Tratado [TFUE], a efectos del artículo [344 TFUE].»

166. Del mismo modo, en el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), el Tribunal de Justicia consideró que «el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión. Por consiguiente, cuando se cuestiona éste, el Tribunal de Justicia tiene competencia exclusiva para conocer de cualquier litigio entre Estados miembros y entre éstos y la Unión relativo al cumplimiento de dicho Convenio». Sobre esa base, el Tribunal de Justicia consideró

que la adhesión de la Unión al CEDH podía afectar al artículo 344 TFUE.¹²¹

167. Sin embargo, a diferencia de los acuerdos de que se trataba en los asuntos que dieron lugar a la sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), y al dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), la Unión no es parte en el TBI Países Bajos/República Checa, que, por lo tanto, no forma parte del Derecho de la Unión, que es el criterio que definen ambas resoluciones del Tribunal de Justicia.

168. Por consiguiente, la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia garantizada por el artículo 344 TFUE no está en tela de juicio.

169. No obsta a esta consideración el argumento de la Comisión de que el Derecho de la Unión forma parte del Derecho aplicable a las controversias entre inversores y Estados partes del TBI Países Bajos/República Checa y de que, en este asunto, Achmea había alegado una vulneración del Derecho de la Unión en el procedimiento arbitral.

170. Sobre este particular, el tribunal arbitral de que se trata en el presente asunto consideró que, «lejos de no poder tomar en consideración y aplicar el Derecho de la Unión, [estaba obligado] a aplicarlo en la medida en que form[aba] parte del Derecho aplicable, ya fuera conforme al artículo 8 del TBI como conforme al Derecho alemán o de cualquier otra manera». ¹²² Añadió que correspondía al Tribunal de Justicia el «monopolio de la interpretación definitiva y autorizada del Derecho de la Unión». ¹²³

171. Debo añadir que un tribunal arbitral constituido con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa también puede encontrarse en la tesitura de tener que aplicar el Derecho de la Unión con arreglo al artículo 3, apartado 5, de dicho TBI, que establece, entre otras cosas, que si un Tratado que se celebre en el futuro entre las partes ¹²⁴ contuviera normas, tanto generales como específicas, que concedieran a las inversiones de inversores de la otra parte contratante un trato más favorable que el previsto en el TBI Países Bajos/República Checa, tales normas prevalecerían sobre este último en la medida en que sean más favorables. ¹²⁵

172. Además, los Tratados UE y FUE formarían parte, en cualquier caso, de las normas de Derecho que los tribunales arbitrales deberían tener en cuenta, incluso de no existir una disposición como el artículo 8, apartado 6, del TBI Países Bajos/República Checa, al resultar tal obligación, por defecto, del artículo 31, apartado 3, letras a) y c), de la Convención de Viena. ¹²⁶

¹²¹ Véanse los apartados 205 a 214 del dictamen.

¹²² Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión de 26 de octubre de 2010, apartado 281 [*Far from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise*]. Véase también, en este sentido, Isolux Infrastructure Netherlands BV c/Reino de España (caso CCS V 2013/153), laudo de 12 de julio de 2016, apartado 654.

¹²³ Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión de 26 de octubre de 2010, apartado 282 (*What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law*).

¹²⁴ Como los Tratados UE y FUE.

¹²⁵ Véase, en este sentido, en relación con una disposición similar (el artículo 16, punto 2, del Tratado sobre la Carta de la Energía), Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg Sàrl c/Reino de España (caso CIADI ARB/13/36), laudo de 4 de mayo de 2017, apartado 202.

¹²⁶ Según esta disposición, en la interpretación de un tratado habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones (en este caso, los Tratados UE y FUE), así como toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (en este caso, el Derecho de la Unión).

173. No obstante, el hecho de que Derecho de la Unión forme parte del Derecho aplicable a las controversias entre inversores y Estados con arreglo al artículo 8, apartado 6, del TBI Países Bajos/República Checa no implica que tales controversias sean relativas a la interpretación y aplicación de los Tratados UE y FUE, y ello por dos razones: la primera es que la competencia del tribunal arbitral se limita a conocer de las infracciones de dicho TBI y la segunda que el ámbito de aplicación de dicho TBI y las normas jurídicas introducidas por éste no son idénticas a las de los Tratados UE y FUE.

a) La competencia del tribunal arbitral se limita a conocer de las infracciones del TBI Países Bajos/República Checa

174. Como así lo ha considerado el tribunal arbitral de que se trata en el presente asunto, «su competencia se limita a conocer sobre supuestas infracciones del TBI. El tribunal carece de competencia para conocer de supuestas infracciones del Derecho de la Unión en cuanto tales».¹²⁷

175. En efecto, la función del tribunal no consiste en determinar si, con su comportamiento que denuncia el inversor, el Estado miembro ha incumplido sus obligaciones derivadas de los Tratados UE y FUE o, más en general, del Derecho de la Unión. Al contrario, su función consiste en apreciar la existencia de infracciones del TBI Países Bajos/República Checa por parte del Estado de acogida de la inversión, siendo el Derecho de la Unión uno de los elementos pertinentes que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar la actuación del Estado en relación con dicho TBI.¹²⁸

176. En este sentido, «el Derecho de la Unión puede incidir en la extensión de los derechos y obligaciones derivadas del TBI en el presente asunto, según la función que le corresponde como parte del Derecho aplicable con arreglo al artículo 8, apartado 6, del TBI y del Derecho alemán, que es la *lex loci arbitri*».¹²⁹

177. Dicho esto, el Derecho de la Unión no ha tenido incidencia alguna sobre el fondo de la controversia entre Achmea y la República Eslovaca. En efecto, no resulta de ninguno de los dos laudos arbitrales emitidos en el asunto principal, que Achmea haya invocado ante el tribunal arbitral actos del Derecho de la Unión con vistas a su interpretación y aplicación en el marco de un procedimiento dirigido a que se declare una infracción de las disposiciones de dichos actos por parte de la República Eslovaca.¹³⁰ Al contrario, Achmea sostenía que las medidas legislativas adoptadas por la República Eslovaca en el sector de los seguros de enfermedad,¹³¹ cuyo origen o fundamentación no tenían nada que ver con el Derecho de la Unión, conculcaban los artículos 3 a 5 del TBI Países Bajos/República Checa.

¹²⁷ Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión de 26 de octubre de 2010, apartado 290 (*the Tribunal notes that its jurisdiction is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT. The Tribunal does not have jurisdiction to rule on alleged breaches of EU law as such*). Véase también, en este sentido, Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c/Reino de España (caso CCS V 2013/153), laudo de 12 julio de 2016, apartado 651.

¹²⁸ Véase, por ejemplo, Emilio Agustín Maffezini c/Reino de España (caso CIADI ARB/97/7), laudo de 13 de noviembre de 2000, apartados 65 a 71, en el que un inversor invocaba la existencia de un incumplimiento por parte del Reino de España de la obligación de garantizar a su inversión un tratamiento justo y equitativo. Según el inversor, su inversión había soportado costes adicionales en forma de una evaluación del impacto ambiental. El tribunal arbitral recordó que la obligación de realizar tal evaluación procedía del Derecho de la Unión y que el Reino de España se había limitado a garantizar el cumplimiento de tal obligación. Por lo tanto, desestimó su reclamación en este aspecto.

¹²⁹ Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartado 279 [*«EU law may have a bearing upon the scope of rights and obligations under the BIT in the present case, by virtue of its role as part of the applicable law under BIT Article 8(6) and German law as the lex loci arbitri»*]. De todos modos, no veo por qué debería prohibirse a los tribunales arbitrales tener en cuenta el Derecho de la Unión, dado que esta prohibición les impediría, en su caso, interpretar el TBI de conformidad con el Derecho de la Unión y evitar posibles conflictos con sus disposiciones.

¹³⁰ En contraste, como se desprende del apartado 151 de la sentencia de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), «Irlanda [había sometido] instrumentos de Derecho comunitario al tribunal arbitral para su interpretación y su aplicación en un procedimiento cuyo objetivo era que se declarara que el Reino Unido había infringido lo dispuesto en dichos instrumentos».

¹³¹ Véase el punto 24 de las presentes conclusiones.

178. Además, como declaró el tribunal arbitral, ni Achmea ni la República Eslovaca se basaron en disposiciones del Derecho de la Unión que pudieran haber tenido una influencia en el razonamiento o en la decisión del tribunal en cuanto al fondo de la controversia. Por lo tanto, su laudo no podría haber tenido ninguna influencia en cuestiones del Derecho de la Unión.¹³²

b) El ámbito de aplicación del TBI Países Bajos/República Eslovaca y las normas jurídicas introducidas por éste no son idénticas a las de los Tratados UE y FUE

179. La tesis de la Comisión, tal y como la ha expresado en sus observaciones escritas¹³³ y durante la vista, descansa en la premisa de que el Derecho de la Unión ofrece a los inversores, en particular, a través de las libertades fundamentales y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), una protección completa en materia de inversiones.

180. Desconozco qué entiende la Comisión por «protección completa», pero la comparación del TBI Países Bajos/República Eslovaca con los Tratados UE y FUE demuestra que la protección dada a las inversiones por éstos dista de ser completa. En mi opinión, los TBI internos de la Unión y, más en particular, el TBI de que se trata en el asunto principal, establecen derechos y obligaciones que ni reproducen ni contradicen las garantías para proteger las inversiones transfronterizas que ofrece el Derecho de la Unión.¹³⁴

181. El TBI de que se trata en el asunto principal puede ser analizado desde tres perspectivas diferentes. En primer lugar, su ámbito de aplicación es más amplio que el de los Tratados UE y FUE (1). En segundo lugar, algunas normas jurídicas introducidas por dicho TBI no tienen equivalente en el Derecho de la Unión (2). En tercer lugar, algunas de sus normas se solapan parcialmente con el Derecho de la Unión sin llevar, sin embargo, a resultados incompatibles con los Tratados UE y FUE (3).

182. Antes de realizar este análisis, debo identificar las principales normas jurídicas contenidas en el TBI Países Bajos/República Eslovaca:

- principio de legalidad de la inversión¹³⁵ (artículo 2);
- trato justo y equitativo (artículo 3, apartado 1);
- protección y seguridad plenas y completas (artículo 3, apartado 2);
- cláusula NMF (artículo 3, apartados 2 y 3);

132 Véase Achmea BV (antes Eureka BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo final de 7 de diciembre de 2012, apartados 275 y 276.

133 Véanse los puntos 13, 18, 57, 101 y 130 de sus observaciones escritas.

134 Véase también, en este sentido, Eastern Sugar BV c/República Checa (CNUDMI) (caso CCE n.º 088/2004), laudo parcial de 27 de marzo de 2007, apartados 159 a 172; Rupert Joseph Binder c/República Checa (CNUDMI), laudo de 6 de junio de 2007 sobre competencia, apartado 63; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/República Eslovaca (CNUDMI), decisión de 30 de abril de 2010 sobre competencia, apartados 74 a 79; Achmea BV (antes Eureka BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartados 245 a 267; European American Investment Bank AG c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2010-17), laudo de 22 de octubre de 2012 sobre competencia, apartados 178 a 185; WNC Factoring Ltd c/República Checa (CNUDMI) (caso CPA n.º 2014-34), laudo de 22 de febrero de 2017, apartados 298 a 308; Anglia Auto Accessories Limited c/República Checa (caso CCE V 2014/181), laudo final de 10 de marzo de 2017, apartados 115 y 116, e I.P. Busta y J.P. Busta c/República Checa (caso CCE V 2015/014), laudo final de 10 de marzo de 2017, apartados 115 y 116.

135 Según dicho principio, un inversor sólo puede beneficiarse de la protección del TBI en relación con una inversión que se ajustara, en el momento en que se realizó, al Derecho del Estado de acogida. Véase, por ejemplo, Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c/Reino de Marruecos (caso CIADI ARB/00/4), laudo de 31 de julio de 2001 sobre competencia, apartado 46, y Tokios Tokelés c/Ucrania (caso CIADI ARB/02/18), laudo de 29 de junio de 2004 sobre competencia, apartado 84.

- cláusula de cumplimiento de los compromisos contractuales (*umbrella clause*)¹³⁶ (artículo 3, apartado 4);
- libre transferencia de pagos (artículo 4);
 - prohibición de expropiaciones ilegales (artículo 5);
 - indemnización en caso de guerra, conflicto armado, en caso de urgencia u otras circunstancias extraordinarias (artículo 6);
 - subrogación del asegurador en los derechos del inversor en caso de seguro de riesgos no comerciales (artículo 7);
 - mecanismo ISDS (artículo 8);
 - mecanismo para la resolución de controversias entre Estados (artículo 10), y
 - cláusula de limitación temporal (*sunset*)¹³⁷ (artículo 13, apartado 3).

1) *El ámbito de aplicación del TBI Países Bajos/Checoslovaquia es más amplio que el de los Tratados UE y FUE*

183. Salvo limitación expresa, los TBI abarcan cualquier acto u omisión del Estado que afecte a un inversor extranjero y a su inversión. En este sentido, son aplicables a situaciones que no están previstas en los Tratados UE y FUE.

184. Los mejores ejemplos son el mecanismo que garantiza la estabilidad de la zona euro, el Derecho penal y la fiscalidad directa.

185. Me refiero así a los procedimientos arbitrales iniciados con arreglo a los TBI internos de la Unión a los que la República Helénica y la República de Chipre se han referido durante la vista y relativos a las medidas adoptadas por éstas de conformidad con las condiciones establecidas para facilitar la asistencia financiera fijadas en los Memorandos de Entendimiento y en otros instrumentos negociados, bien en el marco del Tratado por el que se establece el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), bien bajo el régimen anterior al MEDE [a saber, el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEFF)]. Esas medidas se encuentran bien en el MEDE, bien en la competencia de los Estados miembros, pero no en los Tratados UE y FUE,¹³⁸ en cuyo marco no pueden ser impugnadas por los particulares basándose en su incompatibilidad con el Derecho de la Unión.

¹³⁶ El incumplimiento de un contrato celebrado entre un Estado y un inversor extranjero no constituye en sí mismo una vulneración del Derecho internacional. Por lo tanto, una cláusula de cumplimiento de los compromisos contractuales suscritos por el Estado de acogida de las inversiones con respecto a los inversores del otro Estado que es parte en el TBI trae como consecuencia integrar en el TBI la obligación de cumplir dichos compromisos. Por consiguiente, cuando estiman que ha existido un incumplimiento de dichos compromisos, los inversores pueden beneficiarse de las diversas protecciones que el TBI ofrece, entre ellas, el derecho a recurrir al arbitraje internacional, lo cual habría sido imposible sin la cláusula de cumplimiento de los compromisos, en la medida en que el Derecho internacional no lo impone.

¹³⁷ Según dicha cláusula, las inversiones realizadas estando vigente el TBI siguen beneficiándose de la protección material ofrecida por éste, incluso si ya no está en vigor, y ello, durante un período adicional establecido en el mismo. Dicho período empieza en la fecha en la que el TBI llega a su fin.

¹³⁸ Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aun cuando las medidas específicas impuestas a los Estados miembros y que condicionan la ayuda financiera que habían solicitado en el marco del Tratado MEDE deben ser respetuosas con el Derecho de la Unión, no están regidas por ese Derecho. Véanse, en ese sentido, las sentencias de 27 de noviembre de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartados 151, 164, 179 y 180, y de 20 de septiembre de 2016, Mallis y otros/Comisión y BCE (C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702), en particular, los apartados 59 y 61. En efecto, el Memorando de Entendimiento firmado en nombre del MEDE por la Comisión y el Banco Central Europeo (BCE) es un acto del MEDE y, en cuanto tal, no puede ser objeto de un control de legalidad por parte de los órganos jurisdiccionales de la Unión. Sin embargo, el hecho de que esas medidas no se rijan por el Derecho de la Unión no se ve afectado por la posibilidad de reclamar una indemnización a la Unión en la medida en que la Comisión y el BCE han firmado dicho Memorando de Entendimiento, lo cual podría constituir por su parte una infracción caracterizada del Derecho de la Unión que ha causado un daño. Véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2016, Ledra Advertising y otros/Comisión y BCE (C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701), apartados 52 a 55.

186. En este sentido, las medidas adoptadas por el Gobierno griego conocidas con el nombre inglés de «Private Sector Involvement» (en lo sucesivo, «PSI»), y que consisten, fundamentalmente, en una quita parcial, unilateral y retroactiva, de obligaciones emitidas por dicho Gobierno en contra de la voluntad de alguno de sus titulares, dieron lugar al procedimiento arbitral entre, por una parte, un inversor eslovaco y un inversor chipriota y, por otra parte, la República Helénica.¹³⁹ Según dichos inversores, su participación «obligada» en la quita parcial de obligaciones prevista por el PSI constituía una expropiación indirecta, así como un trato injusto y no equitativo contrario a los TBI Grecia/República Checa/República de Chipre.

187. El PSI había sido negociado entre el Gobierno griego y la «troika» [Comisión, BCE y Fondo Monetario Internacional (FMI)] y aprobado, a continuación, por el Eurogrupo.¹⁴⁰ Como declaró el Tribunal de Justicia al respecto, la participación de la Comisión y el BCE en la troika se realiza fuera de los Tratados UE y FUE y el Eurogrupo no es un órgano de la Unión.¹⁴¹ Los TBI no conocen una limitación semejante. Se aplican a cualquier actuación del Estado.

188. Lo mismo ocurre con las medidas de control de capitales impuestas por la República de Chipre durante la crisis bancaria que fueron objeto del procedimiento arbitral Theodoros Adamakopoulos y otros c/República de Chipre (asunto CIADI ARB/15/49). Durante la audiencia, el Gobierno chipriota reconoció que él mismo había adoptado tales medidas con arreglo al artículo 65 TFUE, apartado 1, que permite —y, por lo tanto, no impone— a los Estados miembros introducir restricciones a la libre circulación de capitales.

189. Como señaló el Presidente del BCE, aunque pueda tolerarse la adopción de esas medidas como una restricción de la libre circulación de capitales en virtud del artículo 65 TFUE, apartado 1, no es menos cierto que se trata de «medidas nacionales [...] unilaterales y soberanas adoptadas por el Parlamento chipriota, el Gobierno chipriota y/o el Banco Central de Chipre».¹⁴² Aun cuando los Estados miembros deben ejercer las competencias de una forma que no infrinja el Derecho de la Unión, el TBI puede ofrecer una protección útil para los inversores, en aquellas situaciones en que las medidas que son de la exclusiva competencia de los Estados miembros les perjudiquen, sin llegar, sin embargo, a infringir el Derecho de la Unión.

190. De forma pareja, las medidas de saneamiento del sector bancario chipriota acordadas en el marco del MEDE y aprobadas por el Eurogrupo comprendían el desmantelamiento del banco Laïki, su escisión en un banco malo y un banco saneado, así como la integración de este último en el banco Trapeza Kyprou.¹⁴³ Según su accionista Marfin Investment Group, Laïki también fue objeto de medidas adoptadas por el Gobierno chipriota que supusieron, en su propio detrimento, un incremento de la participación de la República de Chipre en el capital de Laïki. Se iniciaron procedimientos penales dirigidos contra directivos de Laïki nombrados por Marfin Investment Group y se efectuaron embargos provisionales de bienes pertenecientes a Marfin Investment Group y a sus directivos. Considerando que las medidas constituían una expropiación indirecta de su inversión en el banco Laïki, así como un trato arbitrario y discriminatorio contrario al TBI Grecia/República de Chipre, Marfin Investment Group incoó un procedimiento arbitral contra la República de Chipre.¹⁴⁴

139 Véase Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE c/República Helénica (caso CIADI ARB/13/8), laudo de 9 de abril de 2015, apartados 60 a 76.

140 Véase la declaración de prensa del Eurogrupo de 21 de febrero de 2012.

141 Véanse las sentencias de 20 de septiembre de 2016, Ledra Advertising y otros/Comisión y BCE (C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701), apartados 52, y Mallis y otros/Comisión y BCE (C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702), apartados 52 a 61.

142 Véase la carta de 13 de julio de 2015 dirigida por el Sr. Mario Draghi, Presidente del BCE, al Sr. Sven Giegold, miembro del Parlamento Europeo, disponible en el sitio Internet del BCE https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter_giegold.en.pdf?1a6b3fcf462edc2c155fec04e0f9d475. El subrayado es mío.

143 Estas medidas no se rigen por el Derecho de la Unión. Véase la sentencia de 20 de septiembre de 2016, Mallis y otros/Comisión y BCE (C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702).

144 Véase el arbitraje pendiente Marfin Investment Group Holdings SA, Alexandros Bakatselos y otros c/República de Chipre (caso CIADI ARB/13/27). Véase, también, el comunicado de prensa del servicio jurídico de la República de Chipre, disponible en el sitio Internet de su Oficina de Prensa e Información (<http://www.pio.gov.cy/moi/pio/pio2013.nsf/All/4D30C42F4FB53EB7C225802E00436251?OpenDocument&L=G>).

191. Es evidente que la controversia objeto de dicho arbitraje tampoco está incluida en el ámbito de aplicación de los Tratados UE y FUE, ni en su aspecto penal, ni en el aspecto relacionado con el saneamiento. Durante la audiencia, el Gobierno chipriota reprochó al tribunal arbitral haberle ordenado «no emitir ni ejecutar órdenes de detención europeas» contra algunos nacionales griegos, aun cuando la finalidad de las mismas fuera permitir su participación como testigos en las audiencias ante el tribunal arbitral.

192. Sin embargo, como resulta del comunicado de prensa emitido por el servicio jurídico de la República de Chipre, la decisión de emitir o no tales órdenes de detención es competencia exclusiva de los Estados miembros. Por lo tanto, no veo de qué manera la decisión del tribunal arbitral pudo haber impedido a la República de Chipre ejecutar sus obligaciones dimanantes de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros,¹⁴⁵ que se refiere, en sustancia, a la ejecución en los demás Estados miembros de las órdenes emitidas por un Estado miembro (en este caso, la República de Chipre), así como a los procedimientos de entrega de las personas a que atañen. En cuanto a la suspensión de la ejecución de las órdenes, dicha Decisión Marco no contiene disposiciones relativas a la ejecución de las órdenes en el país emisor. En este sentido, esta cuestión también es competencia exclusiva de los Estados miembros. De todas formas, a raíz de una solicitud del Fiscal General de Chipre, el tribunal arbitral de que se trata parece haber revocado su decisión, obligando, de esta forma, a los nacionales griegos afectados a comparecer ante los órganos jurisdiccionales chipriotas, lo cual constituía el objeto de las órdenes de detención europeas en cuestión.¹⁴⁶

193. Con respecto al ámbito de la fiscalidad directa, el TBI Países Bajos/República Checa se aplica plenamente. No sucede así con los Tratados UE y FUE, dado que la fiscalidad directa corresponde a la competencia de los Estados miembros, sin perjuicio de que estos últimos deban ejercerla respetando el Derecho de la Unión.¹⁴⁷ La protección ofrecida por las libertades fundamentales en materia de fiscalidad directa¹⁴⁸ sólo incluye la prohibición de diferencia de trato entre contribuyentes que se encuentren en situaciones objetivamente comparables o de trato idéntico a contribuyentes que se encuentren en situaciones diferentes.¹⁴⁹

145 DO 2002, L 190, p. 1. La Decisión Marco define los delitos para los cuales puede emitirse una orden de detención europea, pero no trata de los demás requisitos de Derecho penal que han de cumplirse en tal procedimiento, requisitos que son competencia exclusiva del Estado miembro de emisión de la orden de detención.

146 Véase el artículo de prensa «Bouloutas y Foros han comparecido ante los tribunales» en el sitio Internet del periódico *Politis* <https://politix.com.cy/article/parousiastikan-sto-dikastirio-mpouloutas-ke-foros>.

147 Véanse las sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31), apartado 21; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773), apartado 36, y de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286), apartado 14.

148 A excepción de los escasos casos en los que el Tratado FUE así lo prevé (artículos 110 TFUE a 112 TFUE) y en los que la Unión ha legislado. Cito, a título de ejemplo, las Directivas 2003/49; 2009/133; 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE (DO 2011, L 64, p. 1); 2011/96, y (UE) 2015/2060 del Consejo, de 10 de noviembre de 2015, por la que se deroga la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DO 2015, L 301, p. 1). Véanse también, en ese sentido, las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto C (C-122/15, EU:C:2016:65), puntos 42 a 50. Nada impediría a las instituciones de la Unión o a los Estados miembros, según el reparto de sus competencias en los ámbitos afectados, establecer un marco jurídico único para la protección de las inversiones en todo el territorio de la Unión, que sustituiría a los TBI.

149 Véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de noviembre de 1995, Svensson y Gustavsson (C-484/93, EU:C:1995:379), apartados 12 a 19; de 1 de abril de 2014, Felixstowe Dock and Railway Company y otros (C-80/12, EU:C:2014:200), apartados 20, 21 y 25; de 17 de julio de 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087), apartados 19 y 24; de 3 de febrero de 2015, Comisión/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50), apartados 21 y 24, y de 24 de noviembre de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896), apartado 54.

194. Durante la vista, la Comisión se refirió a la sentencia de 5 de febrero de 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47)*, cuando dicha sentencia prueba, en contra de la tesis de la Comisión, que el Derecho de la Unión no ofrece una protección «completa» en materia de inversiones.¹⁵⁰ En efecto, de los apartados 23 y 30 de dicha sentencia se desprende que, en el ámbito a que se refiere dicha sentencia, el de la fiscalidad directa, el Derecho de la Unión sólo ofrece una protección frente a las discriminaciones.

195. Además, con arreglo a su artículo 51, apartado 1, las disposiciones de la Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Como ha considerado el Tribunal de Justicia, en tanto en cuanto las medidas de fiscalidad directa de que se trate no estén comprendidas en las disposiciones del Tratado FUE o de las directivas en materia de fiscalidad, las disposiciones de la Carta no les resultan aplicables.¹⁵¹

196. En cambio, la protección concedida a los inversores por los TBI en el ámbito de la fiscalidad directa es más amplia que en Derecho de la Unión, al no referirse únicamente a un trato fiscal discriminatorio sino también a cualquier imposición que pueda vulnerar las garantías de trato justo y equitativo, de trato de la nación más favorecida, de protección y seguridad plenas y completas, y a cualquier expropiación indirecta realizada so capa de imposición.¹⁵²

197. Por ejemplo, un accionista minoritario en una sociedad establecida en otro Estado miembro y expropiada en dicho Estado¹⁵³ a través de la fiscalidad directa no está protegido por las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE, dado que su participación no le confiere el control de la sociedad que es objeto de las medidas de expropiación y por ello no está comprendido en la libertad de establecimiento. Además, como las medidas fiscales se refieren únicamente a la sociedad, serían aplicables a una situación puramente interna, con lo que las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libre circulación de capitales pasarían a ser inaplicables. Al no ser aplicables las disposiciones del Derecho de la Unión, la Carta y su artículo 17 tampoco lo son.

198. En cambio, dado que una participación minoritaria constituye una inversión directa, en el sentido del TBI Países Bajos/República Checa, un accionista minoritario sí podría beneficiarse plenamente del artículo 5, que prohíbe las expropiaciones ilegales.¹⁵⁴

2) Normas jurídicas del TBI Países Bajos/República Checa que no tienen equivalente en el Derecho de la Unión y que no son incompatibles con él

199. Varias normas jurídicas del TBI Países Bajos/República Checa no tienen equivalente en el Derecho de la Unión. Se trata de la cláusula NMF, de la cláusula de cumplimiento de los compromisos contractuales, de la cláusula *sunset* y del mecanismo ISDS.

¹⁵⁰ Al referirse a esta sentencia, que versa sobre fiscalidad directa, para demostrar la existencia de una protección completa en materia de inversiones en el Derecho de la Unión, la Comisión se contradice, puesto que defiende, al mismo tiempo, la tesis de que la sentencia de 5 de julio de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), que trata también de la existencia de una discriminación prohibida por el Tratado FUE en materia de fiscalidad directa, no es pertinente para apreciar la compatibilidad del artículo del TBI Países Bajos/República Checa con el artículo 18 TFUE, por ser la fiscalidad directa competencia de los Estados miembros. Véase el punto 78 de las presentes conclusiones.

¹⁵¹ Véase la sentencia de 2 de junio de 2016, C (C-122/15, EU:C:2016:391), apartados 28 y 29, y el auto de 15 de abril de 2015, *Burzio (C-497/14, EU:C:2015:251)*, apartados 26 a 33.

¹⁵² Véase *Achmea BV (antes Eureka BV) c/República Eslovaca (CNUDMI)* (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartado 251. Para el supuesto de expropiación, véase especialmente *Marvin Feldman c/Estados Unidos Mexicanos* [caso CIADI ARB(AF)/99/1], laudo de 16 de diciembre de 2002, apartados 101 a 107; *EnCana Corporation c/República de Ecuador (CNUDMI)*, laudo de 3 de febrero de 2006, apartados 173 y 177, y *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c/República de Ecuador* (caso CIADI ARB/06/11), laudo de 5 de octubre de 2012, apartado 455.

¹⁵³ Para más detalles acerca de la comparación de la protección contra las expropiaciones ilegales entre dicho TBI y los Tratados UE y FUE, véanse los puntos 217 a 226 de las presentes conclusiones.

¹⁵⁴ Véase, en ese sentido, *Quasar de Valores SICAV SA y otros c/Federación Rusa* (caso CCE n.º 24/2007), laudo de 20 de julio de 2012, y *RosInvestCo UK Ltd c/Federación Rusa (SCC caso n.º V 079/2005)*, laudo final de 12 de septiembre de 2010, anulados por tribunales suecos por otros motivos.

i) Cláusula NMF

200. El artículo 3, apartado 2, del TBI Países Bajos/Checoslovaquia insta el principio según el cual cada parte contratante concederá a las inversiones de los inversores de la otra parte una protección y una seguridad plenas y completas que, en cualquier caso, no serán menores que las concedidas a las inversiones de sus propios inversores o a las inversiones de cualquier otro Estado, en función de lo que resulte más favorable al inversor afectado.

201. Aun cuando el Derecho de la Unión reconoce el principio de trato nacional,¹⁵⁵ no recoge una cláusula NMF que permita a los nacionales de un Estado miembro beneficiarse en otro Estado miembro del trato concedido por este último a los nacionales de un tercer Estado miembro con arreglo a un acuerdo bilateral.¹⁵⁶

ii) Cláusula de cumplimiento de los compromisos contractuales, «umbrella clause»

202. Por mor de la cláusula de cumplimiento de los compromisos contractuales, «*umbrella clause*», del artículo 3, apartado 5, del TBI Países Bajos/Checoslovaquia, un incumplimiento por parte del Estado de un compromiso contractual suscrito con el inversor se convierte en una infracción del TBI. No hay en el Derecho de la Unión ninguna disposición equivalente, que transforme el incumplimiento de un compromiso contractual en una vulneración de los Tratados UE y FUE.

iii) Cláusula sunset

203. Contrariamente al artículo 13, apartado 3, del TBI Países Bajos/Checoslovaquia, los Tratados UE y FUE no contienen una cláusula *sunset*. Al contrario, el artículo 50 TUE, apartado 3, establece que «los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2», salvo si se prorroga dicho plazo. Por consiguiente, los nacionales de la Unión dejarán inmediatamente de beneficiarse de la protección concedida por el Derecho de la Unión a sus actividades económicas en el Estado miembro que decida retirarse de la Unión, aun cuando sus inversiones se hayan realizado durante el período en el que los Tratados estaban en vigor en dicho Estado miembro, y viceversa.

iv) Recurso al arbitraje internacional como mecanismo ISDS

204. El artículo 8 del TBI Países Bajos/Checoslovaquia recoge la oferta permanente (*standing offer*) del Reino de los Países Bajos y de la República Eslovaca a los inversores de la otra parte contratante de someter al arbitraje internacional cualquier controversia relativa a sus inversiones, con arreglo a las normas de arbitraje de la CNUDMI, con la intervención del Instituto de Arbitraje de la CCE como autoridad facultada para proceder a las designaciones.

205. Según el tribunal arbitral que conoce del arbitraje de que se trata en el asunto principal, el derecho a recurrir al arbitraje internacional no puede asimilarse sin más a los recursos ante los tribunales ordinarios del Estado¹⁵⁷ y debe tenerse en cuenta que los Tratados UE y FUE (al igual que los Derechos de los Estados miembros) no crean una vía de recurso equiparable al mecanismo ISDS. Aunque el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, obligue a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, los Tratados UE y FUE no crean vías de recurso que puedan permitir a los

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438), apartado 59.

¹⁵⁶ Véanse los puntos 66 a 72 de las presentes conclusiones.

¹⁵⁷ Véase Achmea BV (antes Eureka BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartado 264. Véase también, en ese sentido, WNC Factoring Ltd c/República Checa (CNUDMI) (caso CPA n.º 2014-34), laudo de 22 de febrero de 2017, apartado 300.

justiciables demandar directamente a los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia.¹⁵⁸ Por otro lado, el ámbito de aplicación del TBI Países Bajos/República Checa es más amplio que el de los Tratados UE y FUE y, por lo tanto, se aplica también en supuestos en los que las obligaciones derivadas del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, no son de aplicación.

206. Además, los tribunales arbitrales son el fuero más adecuado para resolver controversias entre inversores y Estados con arreglo al TBI, puesto que, con frecuencia, los órganos jurisdiccionales estatales imponen a los inversores condiciones para poder invocar el Derecho internacional que, en realidad, son imposibles de cumplir,¹⁵⁹ así como plazos difícilmente conciliables con el ritmo de los negocios y las cuantías que están en juego.

207. Por consiguiente, de no prever el recurso al arbitraje internacional como método ISDS, la totalidad del TBI Países Bajos/República Checa quedaría privado de cualquier efectividad. Sobre este particular, ni los Estados miembros que han intervenido en el presente procedimiento ni la Comisión han dado un solo ejemplo de un inversor que haya entablado acciones ante los tribunales estatales con arreglo a los antiguos TBI, que, al igual que los TBI Alemania/Grecia y Alemania/Portugal, carecían de mecanismos ISDS.

208. Por lo tanto, no es de extrañar que, en Derecho internacional en materia de inversiones, el derecho de los inversores a recurrir al arbitraje internacional sea reconocido como la disposición más fundamental de los TBI, pues, más allá de su contenido procedimental, también constituye, por sí misma, una garantía que promueve y protege las inversiones.¹⁶⁰

209. El Tribunal de Justicia confirmó esta apreciación en el apartado 292 del dictamen 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017 (EU:C:2017:376), al declarar que los mecanismos ISDS «no puede[n] tener carácter meramente auxiliar».

158 Véase *Eastern Sugar BV c/República Checa* (CNUDMI) (caso CCE n.º 088/2004), laudo parcial de 27 de marzo de 2007, apartado 180; *Rupert Joseph Binder c/República Checa* (CNUDMI), laudo sobre competencia de 6 de junio de 2007, apartado 40; *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/República Eslovaca* (CNUDMI), decisión sobre competencia de 30 de abril de 2010, apartado 77; *WNC Factoring Ltd c/República Checa* (CNUDMI) (caso CPA n.º 2014-34), laudo de 22 de febrero de 2017, apartado 299; *Anglia Auto Accessories Limited c/República Checa* (caso CCE V 2014/181), laudo final de 10 de marzo de 2017, apartado 116, e I.P. *Busta y J.P. Busta c/República Checa* (caso CCE V 2015/014), laudo final de 10 de marzo de 2017, apartado 116.

159 Véase, por ejemplo, *Conseil d'État* (Consejo de Estado, Francia), resolución de 21 de diciembre de 2007, n.º 280264, que consideró que las disposiciones del artículo 3 del Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre el fomento y la protección recíprocos de las inversiones, firmado en Argel el 13 de febrero de 1993, sólo creaban obligaciones entre los dos Estados signatarios y que, por consiguiente, los particulares no podían invocarlas. Puede establecerse un paralelo con el control de validez de los actos de la Unión a la luz del Derecho internacional. Véase, en ese sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros* (C-366/10, EU:C:2011:864).

160 Véase *Emilio Agustín Maffezini c/Reino de España* (caso CIADI ARB/97/7), decisión del Tribunal de 25 de enero de 2000 sobre excepciones a la jurisdicción, apartados 54 y 55; *Gas Natural SDG, S.A. c/República Argentina* (caso CIADI ARB/03/10), decisión del Tribunal de 17 de junio de 2005 sobre excepciones a la jurisdicción, apartado 31; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A., c/República Argentina* (caso CIADI ARB/03/17), decisión de 16 de mayo de 2006 sobre competencia, apartado 60; *Eastern Sugar BV c/República Checa* (CNUDMI) (caso CCE n.º 088/2004), laudo parcial de 27 de marzo de 2007, apartados 165 y 166; *Rupert Joseph Binder c/República Checa* (CNUDMI), laudo de 6 de junio de 2007 sobre competencia, apartado 65; *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/República Eslovaca* (CNUDMI), decisión de 30 de abril de 2010 sobre competencia, apartados 77 y 78; *Achmea BV (antes Eureka BV) c/República Eslovaca* (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartado 264; *WNC Factoring Ltd c/República Checa* (CNUDMI) (caso CPA n.º 2014-34), laudo de 22 de febrero de 2017, apartado 300; *Anglia Auto Accessories Limited c/República Checa* (caso CCE V 2014/181), laudo final de 10 de marzo de 2017, apartado 116, e I.P. *Busta y J.P. Busta c/República Checa* (caso CCE V 2015/014), laudo final de 10 de marzo de 2017, apartado 116.

3) *Solapamiento meramente parcial de las demás disposiciones del TBI Países Bajos/República Checa y ciertas disposiciones de los Tratados UE y FUE*

210. En cuanto a las demás normas de protección material de las inversiones, a saber, la protección y seguridad plenas y completas, el trato justo y equitativo de las inversiones y la prohibición de expropiaciones ilegales, ha de subrayarse que su solapamiento con el Derecho de la Unión es meramente parcial y no da lugar a ninguna incompatibilidad con éste. Al contrario, al igual que las libertades fundamentales, tales normas también fomentan los movimientos de capitales entre Estados miembros. *A priori*, son compatibles con el mercado interior.

i) *Protección y seguridad plenas y completas de las inversiones*

211. Esta norma impone al Estado la obligación positiva de adoptar medidas para proteger las inversiones, lo cual incluye la protección física del inversor y de su inversión frente a acciones violentas por parte de particulares¹⁶¹ o de órganos del Estado,¹⁶² así como la protección jurídica¹⁶³ del inversor y de su inversión.¹⁶⁴

212. No existe una norma directamente equivalente en el Derecho de la Unión.¹⁶⁵ Ciertamente, las libertades fundamentales pueden aplicarse en los mismos marcos fácticos que la garantía de protección y seguridad plenas y completas, al tener un efecto directo vertical y horizontal.¹⁶⁶ Sin embargo, los contenidos son diferentes, tanto con respecto a la protección física del inversor como a la protección jurídica, que abarca la obligación del Estado de garantizar que el nivel de protección y de seguridad de las inversiones pactado con los inversores extranjeros no se suprima o disminuya ni mediante una modificación de sus leyes ni mediante actos de su Administración.¹⁶⁷ En el Derecho de la Unión, no se encuentra ninguna norma tan específica.

161 Véanse, en particular, *Wena Hotels Ltd c/República Árabe de Egipto* (caso CIADI ARB/98/4) laudo de 8 de diciembre de 2000, apartado 84, y *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. c/Estados Unidos Mexicanos* [caso CIADI ARB(AF)/00/2] laudo de 29 de mayo de 2003, apartados 175 a 177.

162 Véanse, en particular, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c/República Unida de Tanzania* (caso CIADI ARB/05/22), laudo de 24 de julio de 2008, apartado 730, y *Eureko BV c/República de Polonia* (Arbitraje *ad hoc*), laudo parcial de 19 de agosto de 2005, apartados 236 y 237.

163 Véanse *CME Czech Republic BV c/República Checa* (CNUDMI), laudo parcial de 13 de septiembre de 2001, apartado 613, y *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A., y Vivendi Universal, S.A. c/República Argentina* (caso CIADI ARB/97/3), laudo de 20 de agosto de 2007, apartados 7.4.15 y 7.4.16.

164 Para un análisis más completo, véase Schreuer, C.: «Full Protection and Security», 2010, *Journal of International Dispute Settlement*, p. 1.

165 Véase *Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca* (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartado 260.

166 Véase, por ejemplo, la sentencia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union* (C-438/05, EU:C:2007:772), apartados 56 a 59, 62 y 66. Ocurre lo mismo con los reglamentos, pero no así con las directivas.

167 Véase *Saluka Investments BV c/República Checa* (CNUDMI) (caso CPA n.º 2001-04), laudo parcial de 17 de marzo de 2006, apartado 484.

ii) *Trato justo y equitativo de las inversiones*

213. El trato justo y equitativo de las inversiones es un concepto amplio que incluye el derecho a un juicio justo y las garantías fundamentales de buena fe, no discriminación¹⁶⁸ y proporcionalidad,¹⁶⁹ así como los conceptos de transparencia, ausencia de ambigüedad y de trato arbitrario, protección de la confianza legítima y protección contra la coacción y el acoso.¹⁷⁰ Por último, el concepto de trato justo y equitativo protege al inversor frente a una denegación de justicia¹⁷¹ por parte de los órganos jurisdiccionales estatales.¹⁷²

214. Los puntos en común con varios principios del Derecho de la Unión, como los principios de no discriminación, proporcionalidad y protección de la confianza legítima, así como los derechos a una buena administración, a un recurso judicial efectivo y a un tribunal imparcial, son evidentes.

215. Sin embargo, dichas normas del Derecho de la Unión, incluso consideradas en su conjunto, no implican que el Derecho de la Unión conozca el principio de trato justo y equitativo en cuanto tal. Por ejemplo, como han declarado varios tribunales arbitrales, un trato puede ser injusto y no equitativo, pese a dirigirse a todos los agentes económicos con independencia de su nacionalidad o de otras características distintivas,¹⁷³ como puede ocurrir en el caso de un impuesto sobre las sociedades fijado a tanto alzado. Debe subrayarse que, durante el procedimiento arbitral de que se trata en el asunto principal, la República Eslovaca reconoció que tal impuesto podía resultar contrario al trato justo y equitativo exigido por el TBI, mientras que no sería incompatible con el Derecho de la Unión.¹⁷⁴

216. Otro ejemplo es la protección contra las denegaciones de justicia, en la que también se incluye el supuesto de la aplicación del Derecho nacional manifiestamente errónea y maliciosa. El Derecho de la Unión no ofrece una protección comparable, dado que los órganos jurisdiccionales de la Unión no son competentes para interpretar el Derecho nacional.

168 El concepto de discriminación en Derecho internacional de las inversiones se asemeja al del Derecho de la Unión en que se refiere a un trato desfavorable para el inversor que no puede justificarse razonablemente. Véase, en este sentido, *Elettronica Sicula SpA (ELSI)*, sentencia, CIJ, Recopilación 1989, p. 15, apartado 122; *Saluka Investments BV c/República Checa (CNUDMI)* (caso CPA n.º 2001-04), laudo parcial de 17 de marzo de 2006, apartado 460, y *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/República Unida de Tanzania (caso CIADI ARB/05/22)*, laudo de 24 de julio de 2008, apartado 695.

169 Véanse *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c/República de Chile (caso CIADI ARB/01/7)*, laudo de 25 de mayo de 2004, apartado 109; *Saluka Investments BV c/República Checa (CNUDMI)* (caso CPA n.º 2001-04), laudo parcial de 17 de marzo de 2006, apartados 303 y 460; *Plama Consortium Limited c/República de Bulgaria (caso CIADI ARB/03/24)*, laudo de 27 de agosto de 2008, apartado 184, y *EDF (Services) Limited c/Rumanía (caso CIADI ARB/05/13)*, laudo de 8 de octubre de 2009, apartado 303.

170 Véanse *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A., c/Estados Unidos Mexicanos [caso CIADI ARB(AF)/00/2]*, laudo de 29 de mayo de 2003, apartado 154, *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c/República Árabe de Egipto (caso CIADI ARB/05/15)*, laudo de 1 de junio de 2009, apartado 450, y *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c/República de Kazajistán (caso CIADI ARB/05/16)*, laudo de 29 de julio de 2008, apartado 609. Véase también, en ese sentido, Dolzer, M., y Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 133 a 149; Yannaca-Small, K.: «Fair and equitable Treatment Standard», publicado en Yannaca-Small, K. (éd.), *Arbitration under International Investment Agreements — A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, pp. 385 y 393 a 410. Véase, también, el dictamen 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017 (EU:C:2017:376), apartado 89.

171 El concepto de «denegación de justicia» en Derecho internacional incluye la obligación del Estado de no administrar justicia de un modo notoriamente injusto. Véase, en este sentido, Paulsson, J.: *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 67. Esta obligación se incumple si, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales estatales se niegan a tramitar un asunto, si incurren en retrasos no razonables en su tramitación, si la justicia se imparte de forma claramente inadecuada o, incluso, si existe una aplicación del Derecho nacional manifiestamente errónea y maliciosa. Véase Robert Azinian y otros c/Estados Unidos Mexicanos [caso CIADI ARB(AF)/97/2], laudo de 1 de noviembre de 1999, apartados 102 y 103.

172 Véase *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c/República de Kazajistán (caso CIADI ARB/05/16)*, laudo de 29 de julio de 2008, apartado 651, y *Victor Pey Casado y President Allende Foundation c/República de Chile (caso CIADI ARB/98/2)*, laudo de 8 de mayo de 2008, apartados 653 a 657. Véase también, en este sentido, McLachlan, C., Shore, L., y Weiniger, M.: *International Investment Arbitration — Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 227.

173 Véanse *S.D. Myers Inc. c/Canadá (CNUDMI)*, laudo parcial de 13 de noviembre de 2000, apartado 259; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., y LG&E International, Inc c/República Argentina (caso CIADI ARB/02/1)*, decisión sobre responsabilidad de 3 de octubre de 2006, apartado 162, y *Achmea BV (antes Eureka BV) c/República Eslovaca (CNUDMI)* (caso CPA n.º 2008-13), laudo sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión de 26 de octubre de 2010, apartados 250 y 251.

174 Véase *Achmea BV (antes Eureka BV) c/República Eslovaca (CNUDMI)* (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartados 119 y 251.

iii) *Prohibición de expropiaciones ilegales*

217. A tenor del artículo 5 del TBI Países Bajos/República Eslovaca, una expropiación sólo es legal si está justificada por el interés general, respeta el procedimiento legal establecido, no es discriminatoria y está acompañada de una provisión para el pago de una justa compensación.

218. El solapamiento con el derecho de propiedad garantizado por el artículo 17, apartado 1, de la Carta es evidente.¹⁷⁵ Según dicha disposición, «nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida».

219. Sin embargo, este solapamiento es meramente parcial, dado que la protección contra la expropiación conferida por los TBI es más amplia que la del Derecho de la Unión, al menos en dos aspectos.

220. En primer lugar, a tenor del artículo 51, apartado 1, de la Carta, su artículo 17 se dirige a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por lo tanto, en los demás casos, se excluye su aplicación. En consecuencia, aunque la Comisión se refirió durante la vista a los asuntos acumulados pendientes SEGRO y Horváth (C-52/16 y C-113/16), como ejemplos de asuntos en los que el Derecho de la Unión ofrece una protección contra las expropiaciones, esta protección dista de ser completa, al no aplicarse nunca de manera autónoma.¹⁷⁶ En cambio, la prohibición de las expropiaciones ilegales del artículo 5 del TBI Países Bajos/República Eslovaca es autónoma y vincula al Estado sin limitaciones.

221. En segundo lugar, los TBI no protegen únicamente de las expropiaciones directas,¹⁷⁷ sino también de las expropiaciones indirectas, a saber, las que se producen por vía normativa y las llamadas expropiaciones «larvadas» (*creeping expropriations*).¹⁷⁸

222. El concepto de «expropiación indirecta» es más borroso y contempla medidas de injerencia en el derecho de propiedad y en el disfrute de la inversión que no llegan a privar de la propiedad. Los tribunales arbitrales han establecido varios criterios para distinguir una expropiación indirecta de la normal utilización de la facultad reguladora del Estado, a saber, el grado de injerencia en el derecho de propiedad, la finalidad y el contexto de las medidas estatales de que se trate y el incumplimiento, a través de dichas medidas, de las expectativas razonables en relación con los resultados económicos de la inversión.¹⁷⁹

175 Véase Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13) laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, admisibilidad y suspensión, apartado 261.

176 Véanse las conclusiones presentadas por el Abogado General Saugmandsgaard Øe en los asuntos acumulados SEGRO y Horváth (C-52/16 y C-113/16, EU:C:2017:410), punto 121, en las que propone no contestar a las cuestiones prejudiciales relativas al artículo 17 de la Carta porque «la infracción alegada de [dicho artículo] no puede examinarse al margen de la cuestión de la vulneración de las libertades de circulación». Véase también, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972), apartado 65.

177 Se entiende por expropiación directa las medidas de nacionalización o privación de la propiedad con transmisión formal del título de propiedad o mediante una apropiación física.

178 Véase Achmea BV (antes Eureko BV) c/República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartado 261. Véase también, en este sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2011, Comisión/Eslovaquia (C-264/09, EU:C:2011:580), apartados 47 a 50, en la que Tribunal de Justicia consideró que la resolución por parte de la República Eslovaca de un contrato que había celebrado con un inversor suizo, necesaria para ajustarse a sus obligaciones con arreglo a la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (DO 2003, L 176, p. 37), podría constituir una expropiación en el sentido del artículo 6 del TBI Suiza/Eslovaquia.

179 Véase, en este sentido, el resumen de la jurisprudencia internacional pertinente disponible en Yannaca-Small, K.: «“Indirect expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law», *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, pp. 10 a 20.

223. Lo mismo ocurre con las expropiaciones larvadas, es decir, las expropiaciones indirectas que se desarrollan de manera progresiva y que se concretan en una serie de medidas, ninguna de las cuales constituye en sí misma una expropiación, pero cuya acumulación tiene por efecto destruir el valor de la inversión.¹⁸⁰

224. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el artículo 17 de la Carta no está tan desarrollada. Por lo tanto, no es en absoluto cierto que proteja a los inversores de las expropiaciones indirectas de un modo comparable a los TBI.

225. En tercer lugar, el artículo 17 de la Carta prevé únicamente una justa indemnización, mientras que el artículo 5, letra c), del TBI Países Bajos/República Checa establece que la indemnización debe representar el valor *real* de la inversión.

226. Por último, la Comisión no facilita un sólo ejemplo de un asunto planteado ante el Tribunal de Justicia, bien a través de un recurso de anulación, bien mediante una petición de decisión prejudicial, en el que un inversor haya reivindicado el derecho a la propiedad frente a una expropiación ilegal de su inversión.¹⁸¹

227. Además, la Comisión no explica en modo alguno en qué la prohibición de expropiaciones ilegales resultaría incompatible con los Tratados UE y FUE.

228. De todo lo que antecede resulta que el ámbito de aplicación del TBI Países Bajos/República Checa es más amplio que el de los Tratados UE y FUE y que las garantías de protección de las inversiones introducidas por dicho TBI son diferentes de las que el Derecho de la Unión confiere, sin ser incompatibles con éste. Por este motivo, una controversia entre un inversor neerlandés y la República Eslovaca contemplada en dicho TBI no es una controversia relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados UE y FUE.

3. ¿Tiene el TBI Países Bajos/República Checa, vista su finalidad, el efecto de menoscabar el orden de competencias establecido en los Tratados UE y FUE y, en consecuencia, la autonomía del sistema jurídico de la Unión?

229. Aun cuando el Tribunal de Justicia considere que una controversia como la existente entre Achmea y la República Eslovaca en el asunto principal no es una controversia relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados, mencionada en el artículo 344 TFUE, quedaría todavía por examinar si el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa tiene el efecto de menoscabar el orden de competencias establecido por los Tratados y la autonomía del sistema jurídico de la Unión.¹⁸²

¹⁸⁰ Véanse, por ejemplo, Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c/Estados Unidos Mexicanos [caso CIADI ARB(AF)/00/2] laudo de 29 de mayo de 2003, apartado 114, y Generation Ucraina Inc. c/Ucrania (caso CIADI ARB/00/9), laudo de 16 de septiembre de 2003, apartado 20.22.

¹⁸¹ En la vista, el Gobierno chipriota se refirió a los apartados 62 a 76 de la sentencia de 20 de septiembre de 2016, Ledra Advertising y otros/Comisión y BCE (C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701), en la que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la cuestión de si, al haber firmado el Memorandum de Entendimiento en nombre del MEDE, la Comisión había contribuido a la vulneración del derecho de propiedad de los demandantes garantizado por el artículo 17, apartado 1, de la Carta. No se abordó la posible vulneración del derecho de propiedad por parte de la República de Chipre, puesto que, de todos modos, la Carta no es aplicable a los Estados miembros al margen de la aplicación del Derecho de la Unión (véase el apartado 67 de dicha sentencia).

¹⁸² Véanse los dictámenes 1/09 (Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartados 63 a 89; 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 183, y 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017 (EU:C:2017:376), apartado 301.

230. Primero, deseo recordar los principios fundamentales sobre esta cuestión, enunciados por el Tribunal de Justicia en los apartados 65 a 70 del dictamen 1/09 (Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), y en los apartados 157 a 176 del dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454).

231. Es un hecho indiscutido que los tratados constitutivos de la Unión crearon un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía, y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales, caracterizándose el Derecho de la Unión por su primacía sobre los derechos de los Estados miembros, así como por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos.¹⁸³

232. El ordenamiento jurídico y el sistema jurisdiccional de la Unión se asientan en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás, y reconoce que éstos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, lo cual 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.¹⁸⁴

233. Con arreglo al principio de cooperación leal, enunciado en el artículo 4 TUE, apartado 3, párrafo primero, los Estados miembros garantizan en sus territorios respectivos la aplicación y el respeto del Derecho de la Unión. Asimismo, en virtud del párrafo segundo del mismo apartado, los Estados miembros adoptan todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.¹⁸⁵

234. Para garantizar la preservación de las características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional dirigido a garantizar la coherencia y unidad en la interpretación del Derecho de la Unión, que encomienda a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia la función garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros, así como la tutela judicial de los derechos que dicho Derecho confiere a los justiciables.¹⁸⁶

183 Véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de febrero de 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1), p. 12; de 15 de julio de 1964, Costa (6/64, EU:C:1964:66), p. 593; de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114), apartado 3; los dictámenes 1/91 (Acuerdo EEE — I), de 14 de diciembre de 1991 (EU:C:1991:490), apartado 21, y 1/09 (Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartado 65; la sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107), apartado 59, y el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 166.

184 Véase el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 168.

185 Véanse la sentencia de 16 de julio de 1998, Oelmühle y Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372), apartado 23, y los dictámenes 1/09 (Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartado 68, y 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 173.

186 Véase el artículo 19 TUE, apartado 1. Véase también el dictamen 1/91 (Acuerdo EEE — I), de 14 de diciembre de 1991 (EU:C:1991:490), apartado 35; la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163), apartado 38, y los dictámenes 1/09 (Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartados 66 y 68, y 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 173.

235. En ese contexto, «la piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE, que, al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión [...], permitiendo de ese modo garantizar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados [...]».¹⁸⁷

236. Por último, en el ejercicio de su papel de guardianes del Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros velarán por el cumplimiento de las normas y principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico de la Unión, como la primacía del Derecho de la Unión, las cuatro libertades fundamentales, la ciudadanía de la Unión, el espacio de libertad, seguridad y justicia, el Derecho en materia de competencia y ayudas estatales y los derechos fundamentales.¹⁸⁸

237. En mi opinión, la posibilidad que ofrece el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa a los inversores neerlandeses y eslovacos de recurrir al arbitraje internacional no vulnera ni el orden de competencias establecido por los Tratados UE y FUE, ni la autonomía del sistema jurídico de la Unión, ni siquiera en el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere que los tribunales arbitrales constituidos con arreglo a dicho artículo no son órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 TFUE.

238. Debe señalarse primero que, pese a su carácter vinculante, ningún laudo arbitral puede ejecutarse sin el concurso del Estado, que, en el caso del arbitraje de inversión, pone sus mecanismos de ejecución a disposición del inversor.

239. En el caso del artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa, los laudos emitidos por los tribunales arbitrales no pueden eludir el control de los órganos jurisdiccionales estatales. Tal control puede verificarse en el marco de un recurso de anulación contra el laudo arbitral ante los órganos jurisdiccionales de la sede del arbitraje o en el marco de una oposición a una solicitud de reconocimiento y de ejecución del mismo ante los órganos jurisdiccionales de los países en los que se solicite el reconocimiento y la ejecución del laudo con arreglo a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958¹⁸⁹ (en lo sucesivo, «Convención de Nueva York»).

240. Como ha declarado el Tribunal de Justicia en varias ocasiones, «si un arbitraje convencional suscitara cuestiones de Derecho [de la Unión], los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, especialmente en el marco del control del laudo arbitral, de mayor o menor entidad según el caso, que les corresponde en caso de que se interponga un recurso de apelación, un recurso de oposición, un recurso relativo al exequátur o cualquier otro recurso admitido por la legislación nacional aplicable».¹⁹⁰

187 Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 176. Véanse también, en este sentido, las sentencias de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3), apartados 2 y 3, y de 12 de junio de 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338), apartado 20, así como el dictamen 1/09 (Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartado 83.

188 Véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), apartados 36 a 39; de 28 de marzo de 2000, Krombach (C-7/98, EU:C:2000:164), apartado 21, y de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión (C-402/05 P y C-415/05 P, EU:C:2008:461), apartado 304, y el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 172. Para un análisis más detallado del concepto de orden público europeo, me remito a las conclusiones que presenté en los asuntos Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414), puntos 166 a 177, y Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177), puntos 55 a 72, también referidos a laudos arbitrales.

189 *Recopilación de los Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 330, p. 3.

190 Sentencia de 23 de marzo de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), apartado 14. Véanse también, en este sentido, las sentencias de 27 de abril de 1994, Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171), apartados 22 y 23, y de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), apartado 32.

241. En esta constatación se basa la reiterada jurisprudencia según la cual «corresponde a estos órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si deben plantear una cuestión al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo [267 TFUE] para obtener la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones del Derecho [de la Unión] que aquéllos deban aplicar en el ejercicio del control jurisdiccional de un laudo arbitral»,¹⁹¹ al estar, en definitiva, esos órganos jurisdiccionales encargados de garantizar la uniformidad de la aplicación del Derecho de la Unión y el cumplimiento de las normas de orden público europeo.¹⁹²

242. El Tribunal de Justicia ni siquiera consideró útil recordar expresamente esta cuestión en el cuerpo de sus sentencias de 13 de mayo de 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), y de 7 de julio de 2016, *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526), en las que se pronunció directamente sobre el fondo del asunto, que, en ambos casos, consistía en determinar si el laudo arbitral en cuestión era incompatible con el Derecho de la Unión en materia de competencia.

243. En dichos asuntos, ni los Estados miembros ni la Comisión consideraron que las cuestiones de Derecho de la competencia planteadas ante los árbitros no pudieran ser objeto de arbitraje ni que hubiera la más mínima incompatibilidad entre el Derecho de la Unión y las cláusulas compromisorias que las partes privadas habían incluido en sus contratos.¹⁹³

244. Además, los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), y de 7 de julio de 2016, *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526), se suscitaron en el marco de recursos de anulación contra laudos arbitrales, mientras que el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de mayo de 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), traía causa de una oposición a una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. Esto demuestra que, cualesquiera que sean los procedimientos, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y de la Unión tienen la posibilidad de garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión y el cumplimiento de las normas de orden público europeo, tanto en materia de competencia,¹⁹⁴ como en otros ámbitos del Derecho de la Unión.

245. Las características de los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa y, especialmente, del tribunal arbitral de que se trata en el presente asunto son tales que permiten a los órganos jurisdiccionales ordinarios de los Estados miembros garantizar el respeto de dichos principios, de la misma forma que lo hacen en el marco del arbitraje internacional comercial.

246. El artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa encomienda al Presidente del Instituto de Arbitraje de la CCE, establecida en un Estado miembro, el cometido de designar a los árbitros, si no se producen las designaciones en los plazos establecidos en el artículo 8, apartado 3, de dicho TBI. También prevé la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a los procedimientos arbitrales que se tramiten con arreglo a dicho artículo. Según el artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de 1976, corresponde al propio tribunal arbitral determinar la sede del arbitraje y elegir la institución que desempeñe la función de secretaría, después de haber oído a las partes.¹⁹⁵

191 Sentencia de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), apartado 33. Véase también, en este sentido, la sentencia de 23 de marzo de 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107), apartado 15.

192 Véanse, en este sentido, los puntos 59 a 62 de las conclusiones que presenté en el asunto *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:177).

193 Véase también, en este sentido, la sentencia de 21 de mayo de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2015:335), apartados 57 a 72, en la que el Tribunal de Justicia no siguió el punto de vista expresado por el Abogado General Jääskinen en el punto 124 de las conclusiones que presentó en el asunto *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2014:2443), que consideraba que la remisión al arbitraje podría, en cuanto tal, infringir el artículo 101 TFUE.

194 Véase la sentencia de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), apartados 37 y 40.

195 Véase *Achmea BV* (antes *Eureka BV*) *c/* República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión, apartado 16.

247. Mediante su resolución procesal de 19 de marzo de 2009, el tribunal arbitral estableció la sede del arbitraje en el territorio de un Estado miembro, a saber, en Fráncfort del Meno. En consecuencia, con arreglo al artículo 1059 del Código de Enjuiciamiento Civil alemán, su laudo sería recurrible en anulación ante los órganos jurisdiccionales alemanes, que, en ese marco, podrán velar por garantizar la uniformidad de interpretación del Derecho de la Unión y el cumplimiento de las normas de orden público europeo. Este asunto ha llegado al órgano jurisdiccional remitente y al Tribunal de Justicia en el marco de ese tipo de recurso.

248. Además, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales emitidos por los tribunales arbitrales constituidos con arreglo al artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa están regulados en la Convención de Nueva York, a la que se han adherido todos los Estados miembros. Con arreglo a dicha Convención, los órganos jurisdiccionales estatales pueden denegar el reconocimiento y la ejecución de dichos laudos por todos los motivos mencionados en su artículo V, entre los que se incluye el hecho de que el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre las partes¹⁹⁶ y su carácter contrario al orden público,¹⁹⁷ incluido el orden público europeo.

249. Por lo tanto, suponiendo que Achmea quiera obtener el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral de que se trata en el presente asunto en otro Estado miembro, los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se solicitara el reconocimiento o la ejecución también tendrían que asegurarse de que el laudo no es incompatible con el Derecho de la Unión.

250. Lo mismo ocurre en el marco de un recurso de anulación como el del presente asunto. La uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión puede quedar garantizada al amparo de varios motivos, entre los cuales los más pertinentes son la falta de conformidad del procedimiento arbitral con lo acordado por las partes, y el resultar contrario al orden público,¹⁹⁸ incluido el orden público europeo.

251. La Comisión también invoca el riesgo de que la sede de un arbitraje se establezca potencialmente en un tercer país o que se solicite el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral incompatible con el Derecho de la Unión en un tercer país, casos en los que los órganos jurisdiccionales de la Unión no tendrían ninguna intervención, con lo cual, el asunto nunca podría llegar al Tribunal de Justicia por vía de remisión prejudicial.

252. Según la Comisión, eso mismo ocurre con los TBI internos de la Unión que designan al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido en Washington D.C., como institución que asume la función de secretaría en el arbitraje, casos en los que el laudo arbitral sería obligatorio para las partes y no podría ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los supuestos previstos en el Convenio CIADI.¹⁹⁹ De ello se infiere, según la Comisión, que no existe ningún medio en Derecho que permita a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros controlar la compatibilidad de un laudo arbitral CIADI con el Derecho de la Unión.

253. Aunque considero que los Estados miembros deberían evitar optar por el CIADI, los riesgos a los que se refiere la Comisión son, a efectos del presente asunto, meramente hipotéticos, habida cuenta de que el TBI de que se trata no designa al CIADI como institución que asume la secretaría del arbitraje, de que las partes han elegido la CPA en La Haya como institución que desempeña tal función, de que

¹⁹⁶ Véase el artículo V, apartado 1, letra d), de la Convención de Nueva York; esto podría ocurrir si un tribunal arbitral, contrariamente a lo previsto en el artículo 8, apartado 6, del TBI Países Bajos/República Checa, no tuviera en cuenta el Derecho de la Unión.

¹⁹⁷ Véanse el artículo V, apartado 2, letra b) de la Convención de Nueva York y la sentencia de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269)*, apartado 38.

¹⁹⁸ Véase el artículo 1059, apartado 2, punto 1, letra d), y punto 2), letra b), del Código de Enjuiciamiento Civil alemán.

¹⁹⁹ Véase el artículo 53, apartado 1, de dicho Convenio. No obstante, he de señalar que esta inquietud no ha impedido a las instituciones de la Unión elegir el CIADI como institución arbitral en el artículo 9.16 del Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur.

el tribunal arbitral fijó la sede del arbitraje en el territorio de un Estado miembro y de que no existe ninguna solicitud de reconocimiento y de ejecución del laudo arbitral en terceros países,²⁰⁰ sino un recurso de anulación contra el laudo arbitral ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, uno de los cuales ha sometido el asunto al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial.

254. Además, no se ha suscitado ninguna cuestión referente a la incompatibilidad en cuanto al fondo del laudo arbitral con el Derecho de la Unión, pues las alegaciones de la República Eslovaca ante el órgano jurisdiccional remitente sólo tratan de la compatibilidad con los Tratados UE y FUE del mecanismo de resolución de controversias instaurado por el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa.

255. Dicho esto, la eficacia del sistema jurisdiccional de la Unión permanecería incólume incluso en la hipótesis de que un Estado miembro no estuviera dispuesto a denunciar la incompatibilidad de un laudo arbitral con los Tratados UE y FUE mediante un recurso de anulación u oponiéndose a una solicitud de reconocimiento y de ejecución. En efecto, en tal hipótesis, los artículos 258 TFUE y 260 TFUE permitirían a la Comisión actuar contra ese Estado miembro que se hubiera aquietado con un laudo arbitral incompatible con el Derecho de la Unión.²⁰¹

256. Por estos motivos, considero que el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa no menoscaba el orden de competencias establecido por los Tratados UE y FUE ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión.

257. Esta conclusión no se ve afectada por la argumentación de varios Gobiernos y de la Comisión basada en el riesgo de que los tribunales arbitrales emitan decisiones que puedan resultar incompatibles con el Derecho de la Unión, así como en el principio de confianza mutua.

258. Esta argumentación vale no sólo para el arbitraje internacional de inversión, sino también para el arbitraje internacional comercial, dado que este último también puede conducir a laudos incompatibles con el Derecho de la Unión y basarse en una supuesta falta de confianza con respecto a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Pese a estos riesgos, el Tribunal de Justicia jamás ha cuestionado su validez, a pesar de que el arbitraje entre particulares sobre cuestiones de Derecho de la Unión en materia de competencia no es algo desconocido.²⁰²

259. Si, por lo tanto, el arbitraje internacional entre particulares no menoscaba el orden de competencias establecido por los Tratados UE y FUE ni, en consecuencia, la autonomía del sistema jurídico de la Unión, ni siquiera cuando el Estado es parte en el procedimiento arbitral,²⁰³ pienso que lo mismo debe ocurrir con el arbitraje internacional entre inversores y Estados, sobre todo teniendo en cuenta que la inevitable presencia del Estado supone una mayor transparencia²⁰⁴ y que queda la posibilidad de obligarlo a cumplir las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión a través de un procedimiento por incumplimiento, con arreglo a los artículos 258 TFUE y 259 TFUE.

200 Pero incluso en ese supuesto, sólo podría haber un verdadero riesgo si el Estado miembro demandado en el arbitraje fuera propietario de activos radicados en el territorio de un tercer país que no disfrutaran de las inmunidades reconocidas en Derecho internacional a los Estados extranjeros. En realidad, aunque se establezca la sede del arbitraje en un país tercero o aunque el reconocimiento y la ejecución del laudo se solicite en un país tercero, el inversor no podría evitar solicitar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro demandado.

201 Véase *Electrabel SA c/Hungría* (caso CIADI ARB/07/19), decisión sobre competencia, derecho aplicable y responsabilidad de 30 de noviembre de 2012, apartados 4160 a 4162.

202 Véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), y de 7 de julio de 2016, *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526), así como la sentencia del Tribunal Federal Suizo de 8 de marzo de 2006, 4P.278/2005, relativa al recurso de anulación de un laudo arbitral emitido en Suiza en un procedimiento entre dos sociedades italianas por infracción del Derecho de la Unión.

203 Véase el procedimiento arbitral entre *Gazprom* y el Ministerio de Energía lituano que fue objeto del asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de mayo de 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316).

204 La mayoría de los laudos son públicos, pero no en el caso del arbitraje internacional comercial. Por ello, es aún más difícil comprobar si ha habido una vulneración del Derecho de la Unión.

260. Si se siguiera la lógica de la Comisión, cualquier arbitraje podría menoscabar el orden de competencias establecido por los Tratados UE y FUE y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión.

261. Por lo demás, no veo de qué modo puede el procedimiento arbitral de que se trata en el asunto principal infringir el principio de confianza mutua en tanto en cuanto, si ha tenido lugar, ha sido gracias al consentimiento de los Estados miembros implicados y a la decisión de Achmea, libremente expresada, de hacer uso de la facultad que dichos Estados miembros le han ofrecido.

262. En efecto, el principio de confianza mutua «obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho».²⁰⁵

263. No veo ninguna relación entre dicho principio y el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa. Como señaló el Gobierno neerlandés durante la vista, el arbitraje internacional, como método ISDS, no supone en modo alguno que el Reino de los Países Bajos y la República Eslovaca tuvieran dudas acerca del respeto por la otra parte del Derecho de la Unión y de los derechos fundamentales que reconoce.

264. Como todos los mecanismos ISDS contenidos en los TBI, el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa crea un fuero donde el inversor puede demandar al Estado para reivindicar los derechos que le confiere, en Derecho internacional público, el TBI, posibilidad que sin dicho artículo no tendría.²⁰⁶

265. Además, no es seguro que un particular pueda invocar las disposiciones de un tratado internacional ante los órganos jurisdiccionales estatales porque éstos, o bien excluyen de oficio esta posibilidad, por considerar que los tratados sólo crean derechos y obligaciones entre Estados, o bien imponen requisitos más o menos estrictos, según el caso, para invocar dichas disposiciones, de manera que no se garantiza a los particulares la posibilidad de hacerlas valer.²⁰⁷

266. Por consiguiente, lejos de expresar una desconfianza hacia el sistema jurídico del otro Estado miembro, el recurso al arbitraje internacional es la única vía para dotar de un efecto útil y pleno a los TBI, creando un fuero especializado donde los inversores pueden invocar los derechos que les confieren los TBI.

267. No considero, por tanto, que el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa infrinja el principio de confianza mutua.

268. Por último, no me convencen los argumentos de la Comisión que señalan que la falta de TBI entre los Estados miembros fundadores de la Unión o que se adhirieron a la misma antes de 2004 es la prueba de que esos Tratados se basan en una falta de confianza mutua.

269. En primer lugar, no es cierto que los Estados miembros fundadores y aquéllos que se adhirieron a la Unión antes de 2004 no estén vinculados por acuerdos semejantes a los TBI distintos de los Tratados UE y FUE.²⁰⁸

²⁰⁵ Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 191 y jurisprudencia citada.

²⁰⁶ Véase, en este sentido, Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, Alemania), auto de 8 de mayo de 2007 de la Sala Segunda, 2 BvM 1/03 (ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm000103), apartado 54.

²⁰⁷ Véase el punto 206 de las presentes conclusiones.

²⁰⁸ Véanse los ejemplos que he dado en los puntos 42 y 43 de las presentes conclusiones.

270. En segundo lugar, los TBI son mucho menos útiles entre Estados exportadores de capitales. Así, por poner un ejemplo, se comprueba, según las últimas estadísticas, que Francia no forma parte ni de los diez primeros países receptores de flujos de capitales alemanes ni de los diez primeros países emisores de flujos de capitales hacia Alemania, mientras que Polonia ocupa el décimo lugar como beneficiaria de los flujos de capitales procedentes de Alemania.²⁰⁹

271. Por tanto, me pregunto si la falta de TBI entre los antiguos Estados miembros no se explica más bien por el hecho de que la mayoría de los Estados miembros de esta categoría son importantes exportadores de capitales, más que países de acogida de inversiones, y, por eso, no han tenido verdadera necesidad de celebrar entre ellos TBI.

272. Por estos motivos, considero que el mecanismo de resolución de controversias creado por el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa es compatible con el artículo 344 TFUE, así como con el orden de competencias fijado por los Tratados UE y FUE y la autonomía del sistema jurídico de la Unión.

VI. Conclusión

273. Por lo tanto propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof (Tribunal de lo Supremo Civil y Penal, Alemania) del siguiente modo:

«Los artículos 18 TFUE, 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no obstan a la aplicación de un mecanismo de resolución de controversias entre un inversor y un Estado establecido en un acuerdo bilateral de inversión celebrado antes de la adhesión a la Unión Europea de uno de los Estados contratantes y que prevé que un inversor de un Estado contratante pueda, en caso de litigio sobre inversiones en el otro Estado contratante, entablar un procedimiento contra este último Estado ante un tribunal arbitral.»

²⁰⁹ Véase la nota de 1 de marzo de 2017 de la embajada de Francia en Alemania sobre la inversión directa extranjera en Alemania en 2014/2015 elaborada sobre la base de estadísticas recopiladas por la UNCTAD y el Deutsche Bundesbank (Banco Federal de Alemania), disponible en el sitio Internet <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/434035>. Véase, en particular, el cuadro 5.