

BIBLIOGRAFÍA

Comentarios bibliográficos



Reflexiones en torno a la monografía de la profesora Ana Fernández Pérez sobre Derecho de la Unión Europea y cambio climático (Madrid, 2023)

Enrique Linares Rodríguez



Enrique Linares Rodríguez

Abogado y Profesor Doctor de Derecho internacional privado

I. INTERACCIÓN ENTRE INVERSIÓN INTERNACIONAL Y CAMBIO CLIMÁTICO

1. Las crisis energéticas de los últimos años han hecho cada vez más irrefutable la dependencia de las economías de los combustibles fósiles imponiéndose la necesidad de una consolidación de nuevas fuentes de energía de carácter renovable. El tránsito fue largo y complejo pues hubo que desarrollar una tecnología que pudiese considerarse competitiva frente a los combustibles fósiles al tiempo que el sector de las energías renovables está en un cambio continuo, desde la financiación y la legislación hasta la tecnología y la cadena de suministro. Una serie de instrumentos internacionales sin fines de inversión, como el Protocolo de Kioto y el Acuerdo de París sobre el

Clima, han impuesto a los Estados parte la obligación de adoptar medidas que fomenten la eficiencia energética, lograr una rápida transición energética y reducir las emisiones de carbono a escala mundial. Si el Protocolo de Kioto era una manifestación de la «vieja gobernanza», el Acuerdo de París de 2015 representa la «nueva gobernanza» al poner el acento en los actores transnacionales y los enfoques ascendentes. Esta «nueva gobernanza» se adapta mejor a las realidades de la política nacional aunque surge la duda de si pondrá en marcha con la suficiente rapidez para crear las condiciones conducentes a la descarbonización y que el cambio climático agrave los problemas existentes en la política mundial, como los conflictos armados y las migraciones masivas.

En este marco evolutivo, la presente y documentada monografía de la profesora Ana Fernández Pérez, Profesora titular de Derecho internacional, a la vez que árbitra y mediadora, muestra con carácter exhaustivo cómo la inversión internacional y el cambio climático se entrecruzan de varias maneras, como la responsabilidad medioambiental de las empresas multinacionales, el alcance de las cláusulas de protección de las inversiones, el papel de las partes no contendientes, el funcionamiento de las cláusulas de emergencia o necesidad, o el tratamiento que se da en los litigios sobre inversiones extranjeras a alguna cuestión medioambiental concreta. Considera que existe un inmenso potencial de inversión en los mercados del carbono, las fuentes de energía renovables y las tecnologías con bajas emisiones de carbono, sin embargo, también existe la posibilidad de que el Derecho internacional de las inversiones frustre la aplicación de medidas de mitigación del cambio climático.

Llama la atención la autora del problema recurrente en torno a la eficacia del Derecho internacional sobre el cambio climático que sigue sin estar desarrollado convenientemente siendo en su opinión es menester investigar y profundizar en el análisis jurídico de la influencia del reciente y dinámico Derecho climático, que está dando lugar a una serie de principios como los de equidad, responsabilidades y capacidades comunes pero diferenciadas, prevención, cautela, exhaustividad, rentabilidad, libre comercio, emisiones per cápita, importancia de reducir las pequeñas emisiones.

En cuanto a las obligaciones de conducta establecidas por este marco legal, los instrumentos internacionales, encabezados por el Acuerdo de París, desempeñan un papel central en la mitigación del cambio climático. La profesora Ana Fernández sostiene que estos acuerdos no son meramente el resultado de compromisos políticos con Estados reticentes, sino que responden a preocupaciones genuinas sobre los costos impredecibles de cumplir con objetivos específicos de mitigación durante un período de al menos una década. En su opinión, persisten cuestiones controvertidas, como la incorporación del Derecho Internacional consuetudinario como una fuente de este ordenamiento y, en particular, la relevancia del principio de no perjudicar. Concluye que los resultados de la codificación internacional y los trabajos realizados en el seno del Consejo de Derechos Humanos han arrojado nueva luz sobre la percepción que tienen los Estados sobre la interacción entre estos dos cuerpos jurídicos. En efecto, el Acuerdo de París ha transformado la forma en que se aborda el cambio climático, enfocándolo hacia la acción voluntaria. Los impactos humanos del cambio climático se hacen cada vez más evidentes en todo el mundo, y la responsabilidad en relación con el cambio climático es cada vez más ampliamente aceptada.

2. Abarca la presente obra una amplia gama de temas. La primera parte está centrada en el sector energético internacional y consta de tres capítulos donde se aborda sucesivamente la internacionalización de los mercados energéticos, el estudio particularizado de los mercados del gas y de la electricidad, caracterizados por la transición energética, y el doble reto del sector energético internacional, determinado por la dialéctica entre la promoción y protección de inversiones y las respuestas del Derecho internacional del medio ambiente caracterizado por el cambio climático. La segunda parte se dedica al estudio de la política energética de la Unión Europea y el régimen de soluciones de controversias y está conformada por cuatro capítulos que comprenden las dimensiones *ad extra* y *ad intra* de la con el Tratado de la Carta de la Energía como telón de fondo, instrumento objeto de profunda crisis acentuada por la guerra de Ucrania y la imposibilidad de diálogo energético entre Rusia y la Unión Europea, contemplan la contradicción entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de protección e inversiones, con una especial consideración de los contenciosos de inversiones suscitados en el interior de la Unión, y concluyen con el examen de los problemas derivados de las postrimerías de un modelo energético de cooperación transnacional.

II. RESPUESTA ADECUADA A LOS RETOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

3. Parte la autora de que el sector energético interrelaciona dos cuestiones fundamentales, el cambio climático y el comercio y, dentro de éste, la energía. Por consiguiente, el desafío que supone el cambio climático exige una respuesta adecuada al aumento del consumo de energía para que la inversión y el comercio de tecnologías de energías renovables, así como de tecnologías energéticas convencionales de vanguardia más eficientes, se ajusten a las actuales normas multilaterales de comercio e inversión. A su juicio, vivimos un momento histórico donde el desarrollo del mercado, provocada por la internacionalización de los sectores energéticos, primero en el comercio y luego en las inversiones, crea la necesidad de una respuesta internacional a los proyectos y mercados internacionales. Como en el pasado, la energía desempeña hoy un papel importante en el proceso de producción y, por lo tanto, es uno de los factores clave que determinan directa o indirectamente las estructuras de producción de los Estados y su competitividad en los mercados nacionales e internacionales, así como sus balanzas presupuestarias, sus déficits por cuenta corriente y sus tasas de crecimiento económico pero, al mismo tiempo, la preocupación por el cambio climático global y la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero siguen estando en el punto de mira mientras el mundo lucha por definir el camino hacia un futuro energético sostenible. En la consecución de poner límites al calentamiento global es menester el empleo de la energía de forma eficiente y, al mismo tiempo, la adopción de fuentes de energía limpias. A tal efecto, considera la autora que las políticas de la UE desempeñan un papel importante a la hora de facilitar esta transición energética.

Muestra el libro como la energía ha estado en el centro de la integración europea desde el principio, cuando en 1951, algunos Estados europeos decidieron aunar sus intereses en dos sectores clave de la economía para crear la CECA, una Comunidad que sustituyera el conflicto por la cooperación y la animosidad por la prosperidad y la energía era uno de estos sectores, pero a medida que el mundo se adentra en la segunda década del siglo XXI, los responsables políticos de todo el planeta siguen enfrentándose con cuestiones relacionadas con la seguridad energética, la asequibilidad de la

energía y el previsible aumento de la demanda de todas las fuentes de energía

4. El desarrollo sostenible es un paradigma que requiere esfuerzos colectivos para construir un futuro inclusivo, sostenible y resistente para toda la humanidad. Esto significa para la profesora de Alcalá que deben armonizarse los tres elementos centrales de la sostenibilidad: el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente. Ello explica que este postulado se integre gradualmente en las políticas de todo el mundo precisándose un sistema energético mucho más inteligente e interactivo dominado por la eficiencia energética y la utilización de los recursos adecuados para conseguir la descarbonización. En palabras de la autora, se requiere un «sistema energético integrado» caracterizado por el empleo de un innovador modo de gestión energética para coordinar diversas fuentes de energía, como el gas natural, la energía eléctrica y la energía térmica y configurado a partir de subsistemas de producción, conversión, almacenamiento y consumo de energía, cuya virtud es la superación del aislamiento de los subsistemas de energía mediante una programación razonable, propiciando la utilización de la energía en cascada y mejorando la eficiencia de la utilización de la energía.

III. NUEVA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE LA ENERGÍA

5. La autora no esquiva el debate en torno a si el denominado «Derecho de la energía» es una disciplina jurídica con suficiente autonomía y portadora de principios propios, apuntándose en este caso la soberanía de los recursos nacionales, la justicia energética y la lucha contra el cambio climático como elementos clave de este ordenamiento. Y desde una dimensión amplia considera este sector del ordenamiento como el conjunto de normas que tratan del uso de la energía y de las fuentes de energía, o como la plasmación normativa de la política energética en forma jurídica. La jurisprudencia y la doctrina se orientan cada vez más hacia aquellas materias que entran dentro del ámbito normativo del Derecho de la energía, como la producción, la distribución, el transporte, el consumo o el ahorro de energía, y, en segundo lugar, asuntos jurídicos no relacionados en los ámbitos de la protección del medio ambiente, la gestión de la energía o la innovación y la investigación. Y lo anterior le permite insistir a lo largo del libro en las numerosas intersecciones con otras materias jurídicas como el Derecho internacional, el Derecho de la UE, el Derecho constitucional, pero también el Derecho de sociedades, el Derecho de la competencia, el Derecho civil y el Derecho medioambiental, el Derecho de la energía debe considerarse como una materia interdisciplinar y transversal. Unas notas que, si bien aportan algunas ventajas en términos de ampliación de los perímetros de una disciplina jurídica, a menudo exageran, en su opinión, los efectos del trabajo interdisciplinar con resultados negativos.

Considera la autora que la legislación de la UE en materia de energía se dirige principalmente a reestructurar la base institucional y jurídica de las industrias energéticas nacionales para que pueda surgir gradualmente una verdadera producción energética a escala de la UE, introduciendo al mismo tiempo en el ámbito comunitario y de los Estados miembros una mayor igualdad de condiciones con respecto a la regulación medioambiental y a las iniciativas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Una igualdad que forma parte del paradigma global de privatización y liberalización, cuyo corolario implica el desmantelamiento de los monopolios existentes y de las

barreras al comercio transfronterizo, proporcionando la base jurídica para unos mercados competitivos y, por último, empujando a las industrias hacia una competencia real. Es la forma jurídica de una reestructuración industrial proactiva, y no reactiva, de las industrias energéticas de la UE. Apunta al efecto que en la UE el mercado interior de la electricidad implantado gradualmente desde 1999 fomentó decisivamente el comercio transfronterizo, a fin de conseguir mejoras de la eficiencia, precios competitivos, un aumento de la calidad del servicio y de contribuir a la seguridad del suministro y a la sostenibilidad y también pone de relieve el papel desempeñado por el TJUE en la interpretación y aplicación de las disposiciones sobre libre circulación en el sector de la energía que permiten el comercio transfronterizo de energía (libre circulación de mercancías) y las inversiones en energía (libre circulación de capitales). Evidentemente, con el Pacto Verde Europeo presentado en diciembre de 2019, la UE elevó aún más su ambición climática al comprometerse a alcanzar la neutralidad climática para 2050 y a partir de este precedente el 4 marzo de 2020, la Comisión Europea publicó su propuesta de Ley Europea del Clima con un «objetivo de neutralidad climática», definido como «las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero a escala de la Unión reguladas en la legislación de la Unión deberán equilibrarse a más tardar en 2050».

6. No desconoce la autora que el entorno mundial para la inversión internacional cambió drásticamente con el inicio de la guerra en Ucrania, que se produjo cuando el mundo aún se tambaleaba por el impacto de la pandemia y la crisis de los precios de la energía provocada por la guerra en Ucrania podría tener implicaciones para la inversión internacional en la transición energética, aunque se espera que la crisis de los combustibles impulse también la inversión en energías renovables, sobre todo en Europa. Recuerda a este efecto que para poner fin a la dependencia de la UE de los combustibles fósiles procedentes de Rusia mucho antes de 2030, la Comisión Europea presentó el 8 marzo 2022 un proyecto de plan (*REPowerEU*) centrado en la dependencia energética y la seguridad del suministro. La Comunicación titulada «Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible» determinó el aumento progresivo de la resistencia del sistema energético europeo, pues el objetivo del *REPowerEU* es potenciar las fuentes de suministro de gas mediante el aumento de las importaciones de gas natural licuado y por gasoducto de países distintos de Rusia, así como el uso de biometano e hidrógeno renovable.

IV. EL DOBLE RETO DEL SECTOR ENERGÉTICO INTERNACIONAL

7. Entrando de lleno en el apuntado doble reto del sector energético internacional observa la autora una situación paradójica. De un lado, la relevancia de las inversiones extranjeras directas en el sector energético como responsable del calentamiento global y, de otro lado, su papel en las soluciones al cambio climático, si se quiere, un equilibrio entre la protección de las inversiones extranjeras directas y la necesidad de una transición energética rápida y eficaz en la resolución de las demandas relacionadas con los tratados de inversión. Los llamamientos para revisar el régimen internacional de inversiones de forma sustantiva y estructural están, en su opinión, ganando popularidad, apareciendo paralelamente sugerencias tan variadas como la revisión de los TIBs en vigor, la creación de una instancia de apelación, el establecimiento de un tribunal internacional permanente de inversiones, etcétera. En virtud del Derecho internacional de inversiones y de la acción de los foros de resolución de controversias existente, los mecanismos previstos para llevar a cabo esta

función están equipados con un conjunto de dispositivos legales que está a disposición de los árbitros internacionales para lograr un equilibrio entre la garantía de una transición energética fluida y la preservación de la existencia de IED.

El sector energético brinda al inversor unas características específicas derivadas de la naturaleza de su negocio. En opinión de la autora estamos ante valores defensivos por su escasa sensibilidad al ciclo económico, con crecimiento modesto a largo plazo, pero en su lugar con una elevada rentabilidad por dividendo. Los perfiles de inversión y beneficios de los operadores tradicionales suelen medirse en décadas, mientras que los proveedores de tecnología tienen una perspectiva a corto plazo. Por lo general las expectativas inversoras han sido fuente de numerosas controversias y, adicionalmente, los cambios en la política estatal y los incentivos financieros a lo largo del tiempo han provocado y seguirán provocando importantes litigios entre los inversores extranjeros y las organizaciones estatales.

V. RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

8. El libro muestra con especial clarividencia cómo, a pesar de cubrir sectores comunes, el Derecho de UE y el Derecho de inversiones internacionales incorporan, lógicas diferentes. Este último se basa en un razonamiento centrado en la integración, concretamente, en el objetivo fundamental de lograr un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, mientras que el Derecho de inversiones se rige por una construcción de protección que persigue un doble objetivo la promoción y protección de las inversiones, exigiendo a los Estados que garanticen normas de trato a los inversores extranjeros. Bien entendido que la discrepancia pierde gran parte de su sentido cuando estamos en presencia de inversiones intra-comunitarias

En la actualidad el cauce del arbitraje comercial es una vía cada vez más utilizada para la resolución de los litigios derivados de este sector. En el libro se explicita cómo tras un periodo en el cual la mayoría de los instrumentos inclusivos de dicho cauce se limitaban a hacer una referencia general al proceso y no especificaban una institución concreta ni las normas de procedimiento, la situación actual ha variado sensiblemente. La autora muestra que hoy nos encontramos ante un buen número de procedimientos arbitrales derivados de litigios que pueden favorecer el objetivo de la transición y la adaptación a una economía verde o la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero. Son frecuentes, en efecto, controversias variadas sometidas a arbitraje, como las derivadas de contratos de construcción y financiación de proyectos de energías renovables, de desmantelamiento de centrales eléctricas o de explotaciones de combustibles fósiles y de rehabilitación de edificios relacionados con la energía, o de contratos cuya aplicación está condicionada por normativas reguladoras del cambio climático o por los efectos directos del mismo. Y, junto a ellas se hallan las que ponen en marcha conjuntamente las partes implicadas una vez surgido el conflicto relacionado con el cambio climático.

Ello explica, en opinión de la autora, que dentro de la tendencia del arbitraje internacional a

diversificarse para alinearse y buscar oportunidades alternativas, esta materia haya constituido uno de sus objetivos esenciales. Habida cuenta que el arbitraje es un método muy extendido en la resolución de controversias en sectores que pueden verse afectados por la aplicación de políticas sobre el cambio climático (energía, construcción, industria, infraestructuras...), las cláusulas de arbitraje se incluyen en muchos contratos redactados en los sectores más directamente implicados por el cambio climático, como el energético, el extractivo y el de la construcción; dichas industrias, que ya están muy reguladas, probablemente verán un nuevo aumento de la normativa destinada a hacer frente al cambio climático.

9. Entre los perspicaces capítulos que configuran la presente monografía se incluye una amplia consideración de la Carta Europea de la Energía que se estableció en su día como una suerte de código de conducta en el que los signatarios se comprometían a cumplir y hacer cumplir una serie de postulados. La mayoría de los Estados de la CEI y de Europa Central y Oriental mostraron una actitud positiva hacia la Carta de la Energía. Los diplomáticos soviéticos, en particular, subrayaron repetidamente su interés por la Carta, que preveía la negociación de varios acuerdos que transformarían la misma de una mera declaración política en un tratado multilateral que también tendría efectos internos directos para la UE. Se preveía la negociación de un acuerdo básico y de varios acuerdos complementarios específicos, por ejemplo, sobre comercio de combustibles nucleares y sobre eficiencia energética.

El proceso que surgió de la Carta de la Energía tenía un doble objetivo: en primer lugar, proteger la inversión en el sector energético y, por tanto, fomentar la inversión en el sector energético en Europa Central y Oriental en particular; en segundo lugar, al facilitar el comercio internacional de la energía, aumentar la seguridad de abastecimiento de las naciones industrializadas que dependen de las importaciones de energía. El Tratado de la Carta de la Energía (ECT) es un acuerdo multilateral que entró en vigor en 1998, con la finalidad de establecer un marco jurídico para promover la cooperación internacional a largo plazo en el sector de la energía, proporcionando un marco multilateral de cooperación energética único en el Derecho internacional. Se trata de un instrumento multilateral vinculante, diseñado para promover la seguridad energética mediante el funcionamiento de mercados energéticos más abiertos y competitivos, respetando al mismo tiempo los principios de desarrollo sostenible y soberanía sobre los recursos energéticos. Los principales ámbitos de cooperación del ECT son la inversión, el comercio, el tránsito, la eficiencia energética y la resolución de litigios. Este instrumento obliga a los Estados que son Partes Contratantes del tratado a fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para los inversores de otras Partes Contratantes. Una de las originalidades de este instrumento, puestas de manifiesto a lo largo del libro, es que agrupa a países exportadores, importadores y de tránsito de energía y a países en distintas fases de desarrollo: desarrollados, emergentes y en vías de desarrollo, con distintas necesidades y prioridades de desarrollo.

VI. CONTROVERSIAS EN EL MARCO DEL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA

10. La pieza maestra del ECT es la posibilidad de solucionar las controversias a través del recurso al arbitraje internacional, pues existían serias dudas sobre la neutralidad, la competencia profesional y

la eficacia de los tribunales nacionales de muchos Estados no miembros de la UE. Bien entendido que este instrumento, a diferencia de los TBIs, se concibió con un carácter unilateral, porque sólo las empresas pueden demandar a los Estados y no a la recíproca. En tal sentido, el presente libro ayuda a comprender las estrategias de gestión empresarial que de las grandes empresas que protagonizan este sector.

El mecanismo de solución de controversias entre una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante se describe en su art. 26 ECT . Se resolverán, en la medida de lo posible, amigablemente y si esto no fuera factible en un plazo de tres meses a partir de la fecha en la que cualquiera de las partes en conflicto hubiera solicitado una solución amigable, el inversor afectado podrá optar por someter una controversia para su solución ante los tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante implicada en la controversia, o de acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado.

Muestra la profesora Ana Fernández cómo casi ningún otro tratado internacional en el ámbito del Derecho económico internacional ha suscitado tantas alteraciones políticas y producido tantos argumentos en favor y en contra como el ECT, porque, se quiera o no, políticamente una retirada de este instrumento conlleva complejos problemas jurídicos. Existe una opinión prácticamente unánime que apunta la inadaptación de este instrumento tanto desde la perspectiva de los principios contemplados en la actualidad por el Derecho de las inversiones internacionales, como desde la óptica trazada por los objetivos del Acuerdo de París sobre el cambio climático.

Desde hace varios años se viene criticando al ECT por impedir que los gobiernos apliquen los cambios legislativos necesarios para transformar los sistemas energéticos mundiales y cumplir así los objetivos de descarbonización establecidos en el Acuerdo de París y el Pacto Verde Europeo. En efecto, al igual que los TBIs, el ECT ha creado derechos especiales para las empresas con actividad internacional que muchos consideran que no son legítimos en los Estados constitucionales democráticos y les dota de valiosos mecanismos para imponer sus intereses individuales frente a la protección del clima, la salud y el medio ambiente.

Si bien durante muchos años el arbitraje inversor-Estado ha sido el método más utilizado para la resolución de controversias sobre inversiones internacionales entre inversores y Estados receptores, en un futuro próximo es verosímil que los inversores extranjeros de los países pertenecientes UE tengan que presentar esas demandas contra la UE en lugar de contra el Estado miembro europeo donde se ha realizado físicamente la inversión. Esta evolución se debe a la clasificación que hace el Tratado de Lisboa de las IED como competencia exclusiva de la UE. Tras un largo proceso en el articulado de esta nueva competencia exclusiva de la UE en materia de IED, hay indicios inequívocos de que la UE desempeñará un papel primordial y directo en la resolución de futuras controversias internacionales en materia de inversión.

11. Disecciona la autora a este respecto el Derecho primario sosteniendo que aunque el término «inversión intracomunitaria» se utiliza poco en el Derecho primario y derivado de la UE, la finalidad y el resultado de las libertades de circulación comporta el fomento y la protección de las inversiones realizadas en el territorio de otro Estado miembro que son, según una definición económica,

inversiones internacionales. En la normativa de la UE, la libertad de inversión se deriva en particular de dos normas de construcción del mercado interior contenidas en el TFUE), la libertad de establecimiento (art. 49) y la libre circulación de capitales (art. 63). En el ámbito de las IED, sin embargo, las cosas son muy diferentes: el mecanismo de solución de controversias que prevalece en gran medida es el arbitraje inversor-Estado, una institución que, aunque no es completamente nueva en el sistema jurídico de la UE, no se ha puesto a prueba en la práctica con la UE como participante autónomo. Esta metodología pone de relieve que aunque la UE ha alcanzado el nivel de litigante reconocido en los tribunales y foros clásicos de Derecho internacional público, señaladamente ante la Organización Mundial del Comercio, la Unión no ha consolidado aún experiencia con los mecanismos de resolución de conflictos internacionales en los que intervienen partes privadas. A día de hoy, la Conferencia sobre la Carta de la Energía, en tanto que organización internacional con una personalidad jurídica distinta de la de sus Estados miembros, hace tiempo que considera que la UE y sus predecesores (en particular la Comunidad Europea) pueden asumir compromisos internacionales, incluido el sometimiento a mecanismos internacionales de solución de controversias, para los que existe una práctica establecida.

De todas las difíciles interrelaciones que han surgido en los últimos años entre el Derecho de la UE y el Derecho del arbitraje internacional, ninguna rivaliza en relevancia de cómo la cuestión de si el primero de estos ordenamientos puede suministrar una defensa a la responsabilidad en virtud de los acuerdos internacionales de inversión.

La confianza que los Estados miembros de la UE demandados han depositado en el Derecho de la UE para presentar defensas jurisdiccionales y sustantivas en virtud de estos acuerdos ha provocado un desafío jurisdiccional referido a una categoría de controversias internacionales sobre inversiones comúnmente identificada como «intra-UE», esto es, entre un Estado miembro de la UE y un nacional de otro Estado miembro de la UE. Hasta la fecha una controversia intracomunitaria también puede surgir en virtud de cualquier tratado de inversión (incluidos los TIBs) del que sean parte varios Estados miembros de la UE. De estos últimos, el ECT es el principal ejemplo. No es de extrañar que el Derecho de la Unión ocupe un lugar destacado en las controversias que surgen en virtud de los TIBs intracomunitarios y del ECT ya que el Derecho de la UE desempeña un papel, junto con el Derecho internacional, como cuerpo de Derecho aplicable a dichas controversias. Los tribunales de los Estados inversores han sostenido que el Derecho de la UE forma parte del Derecho internacional y su aplicación, por esa sola razón, es pertinente.

Aunque el arbitraje inversor-Estado está en gran medida desvinculado del ordenamiento jurídico de la UE, en los últimos tiempos ha sido habitual su invocación en los procedimientos de arbitraje inversor-Estado. En el contexto de los TIBs dentro de la UE, la Comisión ha expresado la opinión de que el arbitraje entre inversores y Estados da lugar a una serie de «riesgos de arbitraje» para el ordenamiento jurídico de la UE y, ello, no sólo puede incitar a los inversores a buscar un foro de conveniencia, sino que también puede dar lugar a que las cuestiones relativas al Derecho de la UE no se resuelvan en los tribunales de los Estados miembros o de la Unión.

12. En el marco descrito, la STJ 6 marzo 2018 en el asunto *Achmea* (C-284/16), supuso un auténtico

revulsivo para el mecanismo de arbitraje entre inversor y Estado establecido en el art. 26 ECT en lo referente a las relaciones intra-UE. Antes de *Achmea*, se habían difundido muchos esfuerzos doctrinales en el intento de conciliar el arbitraje de inversiones y el Derecho de la UE a nivel procesal. La autora considera que estos datos deben interpretarse con cautela frente a afirmaciones tales como que los Tribunales de Inversiones deberían ser considerados como «tribunales de un Estado miembro» en el sentido del art. 267 TFUE para permitirles formular cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en relación con el impacto del Derecho de la UE en la interpretación del TBI.

VII. PROBLEMAS Y OPCIONES DE LA SALIDA DEL ECT

13. El estudio realizado por la autora demuestra que la salida del tratado está sujeta a dos cláusulas determinantes de un procedimiento de cierta complejidad. Por un lado, el art. 47.2.º proroga la validez del tratado durante un año después de la fecha de recepción de la notificación de la retirada y, una vez transcurrido el plazo de un año, el tratado expira automáticamente para las Partes Contratantes y no amplía la protección a nuevas inversiones. Pero existe una segunda cláusula en el ap. 3 del dicho artículo referida únicamente a las inversiones ya realizadas, que proroga la validez de las disposiciones del ECT a dichas inversiones durante 20 años a partir de la fecha en que surta efecto la retirada. Dicho en otros términos, la retirada del ECT actual es posible de acuerdo con su art. 47.2.º conforme al cual ésta surtirá efecto como muy pronto un año después de la recepción de la notificación de retirada. Seguirá vigente hasta entonces, el pleno compromiso jurídico con el ECT para la parte contratante respectiva. Sin embargo, las inversiones realizadas en el territorio de la Parte que se retira del ECT antes de que la retirada sea efectiva, o las inversiones realizadas por inversores de la Parte en cuestión en el territorio de otras Partes, están protegidas durante otros 20 años (art. 47.3.º ECT). Sólo una salida del tratado puede ayudar a garantizar que las políticas climáticas no puedan ser revertidas por los gobiernos en una fecha posterior. Pero la retirada del ECT debe ir acompañada de un acuerdo entre todos los Estados que se retiran para neutralizar la «cláusula de extinción», que permite a los inversores presentar demandas ISDS relacionadas con inversiones existentes durante otros 20 años después de la retirada.

Políticamente, se quiera o no, una retirada de este instrumento conlleva complejos problemas jurídicos. Junto a esto debe considerarse la cuestión de si es convincente la valoración política de que la retirada conjunta del ECT pondría fin a las demandas de los inversores en el ámbito de los combustibles fósiles y sería, por tanto, un gran paso hacia una mayor protección del clima. Y una valoración política, íntimamente rigurosa exige estudiar en profundidad los complejos problemas jurídicos asociados a la retirada. En efecto, la posible retirada del ECT en este momento debe considerarse en un contexto más amplio que el de la llamada «modernización ECT». Desde finales noviembre 2017, se está debatiendo una reforma del ECT en varios ámbitos sobre la base de una decisión correspondiente de la Conferencia sobre la Carta de la Energía.

14. El libro pone relieve en varias ocasiones que la creación de un tribunal de inversiones permanente es una posibilidad que no sólo puede sustentarse desde una perspectiva teórica. La UE se ha hecho eco de las reclamaciones efectuadas desde distintos sectores sociales vinculadas a la crítica del arbitraje de inversiones por considerar su vinculación a las grandes empresas multinacionales y

corporaciones globales. Las críticas de estos sectores descansan, esencialmente, en la existencia de conflictos de intereses de los árbitros, la inconsistencia en la jurisprudencia, y el costo y la duración del arbitraje de inversión y a menudo se afirma que el arbitraje internacional de inversiones está marcado por una puerta giratoria donde los individuos actúan secuencialmente e incluso simultáneamente como árbitro, asesor jurídico, perito o secretario del tribunal. Por eso se ha ido desarrollando la idea de crear un tribunal multilateral de inversiones (TMI) compuesto por un tribunal de primera instancia y un órgano de apelación, llamado a resolver las reclamaciones presentadas en virtud de los tratados de inversión que los Estados miembros hayan decidido asignar a su autoridad.

Al leer el libro, observamos que cualquier cuestión relacionada con la retirada del ECT por parte de los Estados obligados por él debe partir de la base de la propia complejidad u extensión de este instrumento: comercio y tránsito de fuentes de energía primaria y productos energéticos, protección de las inversiones y resolución de litigios mediante arbitraje internacional. Hasta la fecha, ha sido suscrito por más de medio centenar de Estados, desde Europa Occidental hasta Japón y Asia Central, así como por la UE y el EURATOM. Contiene, entre otras, disposiciones sobre derecho de la competencia (obligación de promulgar y aplicar leyes de competencia para reducir las restricciones a la actividad económica en el sector energético), transferencia de tecnología (supresión de barreras administrativas para fomentar la transferencia de tecnología energética) y protección del medio ambiente (esfuerzo por lograr un desarrollo sostenible y evitar impactos medioambientales perjudiciales en relación con el ciclo energético), aunque las disposiciones de protección del medio ambiente del Tratado sólo están formuladas como declaraciones de intenciones.

15. Con independencia de la apuntada complejidad la denuncia del ECT es posible y los llamamientos a favor de ella son cada vez más fuertes. Aunque la inmediatez de los cambios impide datos más precisos, puede afirmarse que en la actualidad 51 Estados siguen obligados por el tratado, pues cinco de los Estados signatarios (Rusia, Bielorrusia, Noruega, Islandia y Australia) nunca lo han ratificado. Considera la autora que las inversiones que estaban protegidas por el Tratado una vez que la denuncia se hace efectiva seguirán estándolo durante otros 20 años. Esto significa que la denuncia unilateral del Tratado por parte de un Estado contratante sólo puede tener un impacto directo en las inversiones realizadas después de la fecha en que la denuncia surtió efecto. La protección de dichas inversiones sólo puede solicitarse ante los tribunales del Estado receptor de la inversión y de acuerdo con las respectivas leyes nacionales aplicables. Incluso podría haber más demandas si la inversión correspondiente se realizó antes de la denuncia. También significa que, los Estados que se retiran del ECT pueden encontrarse en la situación de seguir ampliando la protección de las inversiones a los combustibles fósiles, mientras que niegan a las mismas tecnologías de transición energética que las enmiendas al ECT pretendían abarcar. Y son precisamente las inversiones existentes en combustibles fósiles las que más probablemente se verán afectadas por las restricciones en los próximos años. En consecuencia, las denuncias motivadas por el deseo de cumplir los objetivos del Acuerdo de París pueden estar bien intencionadas, pero no lograr los resultados deseados. En su opinión, retirarse del Tratado no resolverá los problemas, ya que podría desencadenar una «cláusula de extinción» en virtud de la cual los inversores podrían seguir demandando a los gobiernos durante otros 20 años.

La autora es consciente que los partidarios del ECT argumentan que estamos en presencia de un instrumento que, pese a las críticas alegadas por sus detractores, contribuye a la consecución de un marco normativo más estable para las inversiones en energías renovables y, por tanto, las incentiva en mayor medida que las inversiones en combustibles fósiles. Basándose en estos argumentos, los partidarios del ECT concluyen que el tratado es un instrumento adecuado para proteger las inversiones extranjeras en energías renovables y acompañar a los signatarios en la transición hacia una energía limpia. Y esta adecuación se extiende a la ISDS, toda vez que los inversores en energías renovables se quedarían sin un recurso jurídico adecuado para exigir responsabilidades a los Estados de acogida por el incumplimiento de las promesas realizadas. Ciertamente, cabrían otras posibilidades alternativas como, en lugar de intentar reformar el ECT en consonancia con las obligaciones impuestas por el Acuerdo de París, el compromiso de los Estados con un calendario definitivo para la eliminación progresiva de los combustibles fósiles explorando incentivos más viables para aumentar la inversión en energías renovables. No será fácil alcanzar un acuerdo entre las partes contratantes del ECT, pero incluso aunque esto aconteciera no se llegará a una situación de punto y final, pues tras la puesta en marcha de los mecanismos insertos en este instrumento se alcanzará un nuevo Tratado. Un Tratado que deberá ser ratificado internamente por los miembros, lo que en muchos países requerirá que el ECT reformado se debata y vote en los Parlamentos nacionales no entrando en vigor hasta que este laborioso proceso finalice. Esta compleja operación tendrá una duración impredecible que requerirá la puesta en marcha de más de cincuenta dispositivos de ratificación diferentes llevados a cabo en países con distinto grado de estabilidad política. En todo caso, será un largo periodo en el cual se seguirá aplicando la versión no modificada del ECT.

VIII. OBRA FUNDAMENTAL

16. Las conclusiones de este estudio son especialmente consistentes tienen una serie de implicaciones importantes al apunta que la retirada puede acrecentar la presión sobre los gobiernos extra- comunitarios para que adopten las mismas medidas y podría suponer la búsqueda de nuevos miembros en regiones más vulnerables a las demandas por inversiones. Es probable que la retirada de la UE ponga final proceso de modernización del ECT impulsado por la Comisión ya que la mayoría de los países no pertenecientes a la UE están esperando la posición final de la UE antes de discutir su propia retirada. Si esta retirada se produjera se abriría el debate sobre la terminación del Tratado y podría incluso desencadenar un movimiento más amplio para abandonar otros tratados ISDS. Sin embargo, si el ECT continuase vigente los Estados que lo abandonen podrían acordar entre ellos no aplicar una cláusula de extinción que permitiera demandar a los países hasta 20 años después de su retirada, lo que reduciría la amenaza de acciones legales posteriores a la salida.

Los resultados de esta monografía contribuyen a nuestra comprensión de que una retirada total del ETC puede ser una solución menos respetuosa con el medio ambiente que la adopción del ECT modernizado, aunque la cláusula de extinción del ETC siga siendo válida y vinculante. El ETC modernizado inserta disposiciones diseñadas para mitigar el impacto medioambiental, incluida la exclusión voluntaria para la protección de las inversiones en combustibles fósiles y una excepción para los litigios intracomunitarios. Apunta la autora una ironía al considerar que la retirada del ETC

provocaría que las inversiones en combustibles fósiles permanecieran protegidas durante un periodo más largo en virtud de la cláusula de extinción del ECT, en comparación con el ECT modernizado. No obstante, una retirada coordinada y un acuerdo *inter se* parece la solución más adecuada para reducir los riesgos posteriores a la retirada. Un acuerdo *inter se* para modificar el tratado entre los Estados que se retiran tiene *mutatis mutandis* una base sólida en el art. 41 CVDT que no socavaría el objeto y la finalidad del ETC, ya que dejaría en vigor los derechos de los Estados que no participen en el proceso y los derechos de los inversores y reduciría significativamente el alcance de la cláusula de extinción del ECT.

17. Puede afirmarse sin ambages que el libro de Ana Fernández Pérez es una obra fundamental que evidencia la madurez tanto de conocimiento como de instinto de su autora y el correcto empleo de la metodología científica como cauce para obtener conclusiones certeras. Aparte de constituir una fuente de documentación exhaustiva sobre el problema general de la dialéctica entre los mecanismos de protección de inversiones y las intervenciones procedentes de los órdenes interno, internacional y, preferentemente, de la UE incluye reflexiones muy meditadas y valiosas, apoyadas por una bibliografía. Aunque la lectura del libro es fluida, el texto está plagado referencias documentales y jurisprudenciales que más tarde se sistematizan en los amplios índices que se insertan al final de la obra. A lo largo del texto se incluyen comentarios, críticas y propuestas reflexivas tanto de carácter general como referidas a cuestiones concretas. Nos encontramos, pues, con una herramienta y un recurso esenciales para cualquiera que se adentre al complejo entramado del Tratado sobre la Carta de la Energía en particular y con el arbitraje de inversiones en general. Y cabe agregar que la lectura de la presente monografía es estimulante para todos los operadores jurídicos de una forma u otra en los mecanismos de resolución de controversias en el sector de la energía, que recomiendo encarecidamente. Se trata de un «estudio», cubierto de argumentos convincentes, en un área muy importante, amplia y compleja, que incluye una excelente bibliografía y una completa documentación sobre todos los temas tratados