Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 3 de marzo de 2021 [1]

Asunto C-741/19

República de Moldavia
contra
Komstroy, subrogada en los derechos y obligaciones de Energoalians

[Petición de decisión prejudicial planteada por la cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París, Francia)]

«Procedimiento prejudicial — Tratado sobre la Carta de la Energía — Concepto de "inversión" — Controversias entre un inversor y una Parte contratante — Situación puramente externa al ordenamiento jurídico de la Unión — Competencia del Tribunal de Justicia»

I. Introducción

1. Desde su aprobación por la Unión Europea hace casi treinta años, las disposiciones del Tratado sobre la Carta de la Energía [2] (en lo sucesivo, «TCE») solo han sido objeto de cuestiones prejudiciales en dos ocasiones, incluida la presente. [3] Este asunto reviste pues, en primer lugar, un carácter singular, brindando al Tribunal de Justicia una buena oportunidad para pronunciarse sobre el sentido de disposiciones que, a día de hoy, aún no han sido interpretadas.

2. En segundo lugar, el litigio en el marco del cual se han suscitado las presentes cuestiones prejudiciales no implica ni a la Unión ni a los Estados miembros: enfrenta a la República de Moldavia y a una sociedad ucraniana y parece ser pues, a primera vista, ajeno a la Unión.

3. Por último, en mi opinión, el presente asunto debería llevar al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una problemática importante, a saber, la compatibilidad del mecanismo de solución de controversias previsto en el TCE con el Derecho de la Unión, en la línea establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Achmea. [4]

1 Lengua original: francés.

2 Firmado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (DO 1994, L 380, p. 24) y aprobado en nombre de la Unión Europea mediante la Decisión 98/181/CE, CECA, 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).

3 Los otros asuntos relativos a la interpretación del TCE son los asuntos acumulados Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) y otros (C-798/18 y C-799/18), pendientes ante el Tribunal de Justicia.

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

II. Marco jurídico

A. TCE

4. El TCE fue firmado por la Unión el 17 de diciembre de 1994 y aprobado en nombre de la Unión mediante la Decisión 98/181. Todos los Estados miembros, a excepción de la República Italiana, son también parte en el TCE, así como otros 28 terceros países.

5. Según el preámbulo del TCE:

«Las Partes contratantes del presente Tratado,

[…]

Vista la Carta Europea de la Energía, aprobada en el documento final de la Conferencia de La Haya sobre la Carta Europea de la Energía, firmado en esa misma ciudad el 17 de diciembre de 1991,

[…]

Deseosas de aplicar el concepto básico de la iniciativa de la Carta Europea de la Energía, que consiste en catalizar el crecimiento económico mediante medidas de liberalización de la inversión y el comercio en energía;

[…]».

6. El TCE se compone de un preámbulo y de ocho partes. Las partes I, II, III y V llevan por título, respectivamente, «Definiciones y objetivo», «Comercio», «Promoción y protección de las inversiones» y «Solución de controversias».

7. El artículo 1 del TCE, titulado «Definiciones», dispone lo siguiente:

«A efectos del presente Tratado se entenderá por:

[…]

6) “Inversión”, cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque:

   […]

   c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión;

[…]

   f) cualquier derecho conferido por […] contrato […] para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía;

   […]

"Inversión" se referirá a toda inversión relacionada con una actividad económica en el sector de la energía y a las inversiones o clases de inversión designadas por una Parte contratante en su región como "proyectos de eficacia de la Carta [Europea de la Energía]", y hayan sido así notificados a la secretaría.

7) "inversor":

a) con respecto a una Parte contratante:

i) la persona física que posea la ciudadanía o nacionalidad de dicha Parte contratante o resida permanentemente en esta, con arreglo a la legislación nacional aplicable;

ii) la empresa u otra organización constituida con arreglo a la legislación aplicable en la Parte contratante;

b) con respecto a un "tercer Estado", la persona física, empresa u otra organización que cumpla, *mutatis mutandis*, las condiciones especificadas en la letra a) para una Parte contratante.

8) "Realizar inversiones" o "realización de inversiones", efectuar nuevas inversiones, adquirir, en todo o en parte, inversiones ya existentes, o bien dedicarse a distintos campos de inversión.

[…]

10) "Territorio", con respecto a un Estado que sea una Parte contratante:

a) el territorio sobre el que esta ejerza su soberanía, entendiéndose por territorio el suelo, las aguas interiores y el mar territorial, y

b) de conformidad con el Derecho marítimo internacional, el mar, el lecho marino y su subsuelo, sobre los que la Parte contratante ejerza derechos de soberanía y jurisdicción.

Con respecto a una Organización regional de integración económica que constituyan Partes contratantes, el término "territorio" abarcará los "territorios" de los Estados miembros de dicha organización, con arreglo a lo dispuesto en el acuerdo por el que se crea tal organización.

[…]»

8. El artículo 26 del TCE, titulado «Solución de controversias entre un inversor y una Parte contratante», establece lo siguiente:

«1. En la medida de lo posible, se resolverán amigablemente las controversias entre una Parte contratante y un inversor de otra Parte contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquella de una obligación derivada de la parte III relativa a una inversión de este en el territorio de la primera.

2. Si dichas controversias no pueden resolverse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 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:

a) ante los tribunales ordinarios o administrativos de la Parte contratante implicada en la controversia, o

b) de acuerdo con un procedimiento de solución de controversias previamente acordado, o

c) de acuerdo con los siguientes apartados del presente artículo.

[…]

6. En virtud del apartado 4 se creará un tribunal que decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al presente Tratado y a las normas del Derecho internacional aplicables.

[…]»

B. Derecho francés

9. Según el artículo 1520 del code de procédure civile (Código de Procedimiento Civil) francés, solo se podrá interponer recurso de anulación contra un laudo arbitral dictado en Francia si, en particular, el tribunal arbitral se ha declarado competente o incompetente de forma errónea.

III. Hechos del litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

10. En virtud de dos contratos celebrados los días 1 y 24 de febrero de 1999, la sociedad Ukrenergo, productora de electricidad ucraniana, vendía electricidad a la sociedad Energoalians, distribuidora de electricidad ucraniana, que a continuación la revendía a Derimen Properties Limited (en lo sucesivo, «Derimen»), sociedad registrada en las Islas Vírgenes Británicas, que a su vez se la revendía a la sociedad Moldtranselectro, empresa pública moldava. Los volúmenes de electricidad que debían suministrarse eran pactados cada mes directamente entre Moldtranselectro y Ukrenergo, que suministraba dicha electricidad en condiciones «DAF Incoterms 1990», es decir, hasta la parte ucraniana de la frontera entre Ucrania y Moldavia.

11. La electricidad se suministró durante los años 1999 y 2000, con excepción de los meses de mayo a julio de 1999. Por cada mes de suministro, Energoalians debía recibir pagos de Derimen, quien a su vez debía recibir el pago de Moldtranselectro. Los precios que debían abonarse en cada pago figuraban determinados en apéndices al contrato de 24 de febrero de 1999, según los cuales el precio que Moldtranselectro debía abonar a Derimen era aproximadamente dos veces superior al pagado por Derimen a Energoalians.

12. Derimen abonó a Energoalians el precio de toda la electricidad adquirida mientras que Moldtranselectro solo liquidó parcialmente su deuda con Derimen.

13. Mediante contrato de 30 de mayo de 2000, Derimen transmitió a Energoalians el crédito del que era titular frente a Moldtranselectro.

14. Moldtranselectro liquidó parcialmente su deuda transmitiendo a Energoalians varios créditos en su favor. Energoalians reclamó entonces infructuosamente el pago del saldo restante de su crédito ante los tribunales moldavos y, posteriormente, ante los tribunales ucranianos.

15. Al estimar que ciertas actuaciones de la República de Moldavia constituían violaciones graves de los compromisos asumidos en virtud del TCE, Energoalians instó la iniciación del procedimiento de arbitraje previsto en el artículo 26 de dicho tratado.

16. Mediante laudo arbitral emitido por mayoría de votos en París el 25 de octubre de 2013, el tribunal arbitral *ad hoc* se declaró competente y, al entender que la República de Moldavia había incumplido los compromisos que le incumbían con arreglo al TCE, condenó a dicho Estado a pagar una determinada cantidad a Energoalians, sobre la base de ese tratado. Por su parte, el presidente del tribunal arbitral *ad hoc* emitió un voto particular discrepante en cuanto a la competencia del tribunal arbitral.

17. La República de Moldavia interpuso un recurso de anulación contra el laudo arbitral, alegando que se había infringido una disposición de orden público, a saber, la relativa a la competencia del tribunal arbitral *ad hoc*, de conformidad con el artículo 1520 del Código de Procedimiento Civil francés.

18. Mediante sentencia de 12 de abril de 2016, la cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París, Francia) anuló el laudo arbitral al considerar que el tribunal arbitral se había declarado competente de forma errónea. Dicho órgano jurisdiccional entendió que la controversia entre Energoalians y la República de Moldavia tenía por objeto un crédito, transmitido por Derimen, exclusivamente relacionado con la compraventa de electricidad. Pues bien, al no mediar aportación alguna, en su opinión ese crédito no podía considerarse una inversión en el sentido del TCE y, por consiguiente, no podía fundamentar la competencia del tribunal arbitral.

19. En el marco de un recurso de casación interpuesto por Komstroy, subrogada en los derechos y obligaciones de Energoalians mediante un documento de transmisión de 6 de octubre de 2014, la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), en virtud de sentencia de 28 de marzo de 2018, anuló en su totalidad la sentencia de 12 de abril de 2016 y remitió a las partes ante la cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París), con distinta composición.

20. Ante dicho órgano jurisdiccional, la República de Moldavia sostiene que el tribunal arbitral debería haberse declarado incompetente al no existir una «inversión» en el sentido del TCE, «de» una empresa de una Parte contratante del TCE, «en el territorio de» Moldavia. Aduce que el crédito que Energoalians adquirió de Derimen no es una «inversión» en el sentido del artículo 26, apartado 1, del TCE, a la luz del artículo 1, punto 6, del mismo tratado, por lo que no podía ser objeto de un procedimiento de arbitraje, pues dicho procedimiento solo está previsto para la parte III del TCE que se refiere, precisamente, a las inversiones. Añade que, aun suponiendo que ese crédito pueda constituir una inversión, no es «de» una empresa de una Parte contratante, pues Derimen es una empresa de las Islas Vírgenes Británicas. Por último y, en cualquier caso, el mencionado crédito guarda relación con una operación de compraventa de electricidad que no se realizó «en el territorio» de Moldavia, dado que la electricidad se vendió y transportó únicamente hasta la parte ucraniana de la frontera entre Ucrania y Moldavia.

21. Komstroy considera en cambio que el tribunal arbitral era competente, de conformidad con el artículo 26 del TCE, al cumplirse todos los requisitos establecidos por esa disposición habida cuenta de que el objeto de la controversia es una inversión realizada en el territorio de Moldavia.

22. A la luz de todo lo anterior, la cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 1, punto 6, del [TCE] en el sentido de que un crédito derivado de un contrato de compraventa de electricidad que no ha implicado aportación alguna por el inversor en el Estado de acogida puede constituir una "inversión" en el sentido de dicho artículo?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 26, apartado 1, del [TCE] en el sentido de que constituye una inversión la adquisición por un inversor de una Parte contratante de un crédito constituido por un operador económico ajeno a los Estados Partes?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 26, apartado 1, del [TCE] en el sentido de que un crédito perteneciente a un inversor, derivado de un contrato de compraventa de electricidad suministrada en la frontera del Estado anfitrión, puede constituir una inversión realizada en el territorio de otra Parte contratante, cuando el inversor no ejerce actividad económica alguna en el territorio de esta última?»

23. Han presentado observaciones escritas la República de Moldavia, los Gobiernos alemán, español y polaco, y la Comisión Europea.

24. Durante la vista celebrada el 17 de noviembre de 2020, formularon observaciones orales la República de Moldavia, Komstroy, los Gobiernos francés, alemán, español, italiano, húngaro, neerlandés, polaco, finlandés y sueco, así como el Consejo de la Unión Europea y la Comisión.

IV. Análisis

25. Este asunto presenta un carácter inédito. Por un lado, las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente tienen por objeto la interpretación de ciertas disposiciones del TCE sobre las que el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado hasta este momento. Por otra parte, en el litigio principal se enfrentan un país ajeno a la Unión, la República de Moldavia, y una empresa de otro tercer país, Ucrania.

26. Por consiguiente, cabría cuestionar la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones planteadas, dado que se trata de interpretar un convenio internacional en el marco de un litigio que, al menos a primera vista, presenta las características de lo que podría denominarse una situación «puramente externa».

27. Por tanto, antes de abordar las cuestiones prejudiciales en cuanto al fondo (B), es preciso determinar la competencia del Tribunal de Justicia (A).

A. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

28. Procede recordar, para empezar, que el artículo 267 TFUE establece que el Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Unión, considerándose que un acuerdo internacional celebrado por el Consejo, de conformidad con los artículos 217 TFUE y 218 TFUE, constituye un acto de este tipo. Habida cuenta de que a partir de la entrada en vigor de ese acto sus

disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial acerca de la interpretación de dicho acuerdo. [5]

29. Dado que el TCE ha sido firmado y aprobado en nombre de la Unión, dicho acto debe considerarse adoptado por las instituciones de la Unión en el sentido del artículo 267 TFUE. Por tanto, a primera vista, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre las disposiciones del TCE.

30. Sin embargo, esa apreciación no basta para fundamentar la competencia del Tribunal de Justicia. En efecto, el litigio principal no implica ni a la Unión ni a los Estados miembros. Procede pues examinar si esa circunstancia puede incidir en la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales.

1. Jurisprudencia relativa a la interpretación de las disposiciones de un acuerdo internacional en lo que respecta a su aplicación fuera del ordenamiento jurídico de la Unión.

31. La jurisprudencia ha aportado algunas precisiones sobre la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar un acuerdo internacional. En particular, en las sentencias Andersson y Wåkerås-Andersson [6] y Salzmann, [7] el Tribunal de Justicia declaró, en relación con las disposiciones del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3; en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»), que no es competente para pronunciarse acerca de la interpretación de un acuerdo en lo que atañe a su aplicación en terceros países.

32. Si se extrapola al presente asunto, esa jurisprudencia llevaría al Tribunal de Justicia a declararse incompetente para pronunciarse sobre la interpretación del TCE en lo que atañe a un litigio entre una sociedad de un tercer país y otro tercer país. Sin embargo, no creo que, en el presente asunto, esa solución sea la correcta.

33. La conclusión a la que el Tribunal de Justicia llegó en las sentencias Andersson y Wåkerås-Andersson [8] y Salzmann, [9] a saber, que no era competente para interpretar las disposiciones del Acuerdo EEE, no puede comprenderse de forma aislada, sin analizar los motivos que llevaron a ella. El razonamiento de esa conclusión se basa en dos elementos.

34. Por un lado, el Tribunal de Justicia expuso que su competencia para interpretar disposiciones del Derecho de la Unión solo es válida por lo que respecta a la Unión. [10] Dicho de otro modo, el Tribunal de Justicia no se considera competente para interpretar disposiciones que están destinadas a aplicarse fuera del ordenamiento jurídico de la Unión.

[5] Sentencias de 30 de abril de 1974, Haegeman (181/73, EU:C:1974:41), apartados 2 y 4; de 15 de junio de 1999, Andersson y Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307), apartado 26, y de 7 de junio de 2018, KP (C-83/17, EU:C:2018:408), apartado 24.

[6] Sentencia de 15 de junio de 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307), apartado 28.

[7] Sentencia de 15 de mayo de 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283), apartado 66.

[8] Sentencia de 15 de junio de 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

[9] Sentencia de 15 de mayo de 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

[10] Sentencias de 15 de junio de 1999, Andersson y Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307), apartado 28, y de 15 de mayo de 2003, Salzmann (C-300/01, EU:C:2003:283), apartado 66.

35. Por otro lado, la falta de competencia del Tribunal de Justicia también está justificada por el hecho de que el propio Acuerdo EEE atribuye al Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) competencia para pronunciarse sobre la interpretación de ese Acuerdo, [11] en lo que atañe a su aplicación fuera del ordenamiento jurídico de la Unión, garantizando que esa interpretación sea conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, de las disposiciones del Acuerdo EEE se desprende que, a raíz de los estrechos vínculos entre ese Acuerdo y el ordenamiento jurídico de la Unión, en la medida en que sean idénticas en sustancia a las normas correspondientes del Tratado y de los actos adoptados en su aplicación, tales disposiciones se interpretarán de conformidad con las resoluciones pertinentes del Tribunal de Justicia. [12]

36. En mi opinión, el razonamiento que el Tribunal de Justicia adoptó en las sentencias Andersson y Wåkerås-Andersson [13] y Salzmann [14] parece estar inspirado en el objetivo del mecanismo prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, que tiene precisamente por objeto evitar divergencias en la interpretación del Derecho de la Unión en el seno de su ordenamiento jurídico. [15]

37. Pues bien, ese objetivo también ha permitido fundamentar la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar disposiciones del Derecho de la Unión en el marco de litigios que no están estrictamente comprendidos en el ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión. En particular, en la sentencia Hermès, el Tribunal de Justicia declaró que, cuando una disposición puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho de la Unión como a situaciones que no se rigen por él, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse. El Tribunal de Justicia se consideró pues competente para interpretar una disposición de un acuerdo internacional en el que la Unión era parte en una situación que no se regía por el Derecho de la Unión. [16]

38. En estas circunstancias, las sentencias Andersson y Wåkerås-Andersson [17] y Salzmann [18] no pueden interpretarse en el sentido de que excluyen de forma sistemática la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar disposiciones del Derecho de la Unión en el marco de litigios ajenos al ordenamiento jurídico de la Unión. En efecto, esa competencia se reconoce con carácter general cuando la disposición cuya interpretación se solicita está destinada a ser aplicada tanto a situaciones que se rigen por el Derecho de la Unión como a situaciones que no se rigen por él.

[11] Sentencias de 15 de junio de 1999, Andersson y Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307), apartado 29, y de 15 de mayo de 2003, Salzmann (C-300/01, EU:C:2003:283), apartado 67.

[12] Véase el artículo 6 del Acuerdo EEE y el decimoquinto párrafo de su preámbulo. Sobre esta cuestión, véase Baudenbacher, C., «The relationship between the EFTA Court and the Court of Justice of the European Union», en Baudenbacher, C. (ed), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, pp. 179 a 194.

[13] Sentencia de 15 de junio de 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

[14] Sentencia de 15 de mayo de 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

[15] Sentencias de 12 de junio de 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338), apartado 20, y de 21 de julio de 2011, Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506), apartado 60, y dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartado 83.

[16] Sentencia de 16 de junio de 1998, Hermès (C-53/96, EU:C:1998:292), apartado 32.

[17] Sentencia de 15 de junio de 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307).

[18] Sentencia de 15 de mayo de 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283).

2. Particularidades del TCE y su incidencia en la aplicación de la jurisprudencia que guarda relación con el presente asunto

39. El TCE tiene, además, ciertas particularidades, en dos sentidos, que impiden que pueda asimilarse, pura y simplemente, al Acuerdo EEE, examinado en la jurisprudencia que he mencionado.

40. En primer lugar, el TCE no crea ningún órgano jurisdiccional encargado de garantizar una interpretación uniforme de sus disposiciones, de un modo conforme a la interpretación que realiza de ellas el Tribunal de Justicia en el marco de su ordenamiento jurídico. En efecto, el TCE solo ha de interpretarse cuando se somete una controversia ante los tribunales arbitrales o los órganos jurisdiccionales de las Partes contratantes, por lo que no pueden evitar divergencias de interpretación. [19]

41. En segundo lugar, como han señalado el Gobierno alemán en sus observaciones escritas y la Comisión durante la vista, pese a ser un acuerdo multilateral, el TCE contiene una serie de obligaciones bilaterales entre las Partes contratantes, entre ellas, la Unión y los Estados miembros. [20] Las obligaciones que establece el TCE permiten básicamente proteger las inversiones realizadas por inversores de una Parte contratante en otra Parte contratante. [21] Por tanto, el incumplimiento de una de esas obligaciones no da siempre lugar a que todas las Partes contratantes puedan exigir siempre una reparación, pues tales obligaciones solo pueden invocarse de forma bilateral, entre dos Partes contratantes. [22]

42. El TCE establece así un conjunto de obligaciones bilaterales que están destinadas a regir, en su ámbito de aplicación, por un lado, las relaciones entre las Partes contratantes y, por otro lado, entre los inversores de una Parte contratante y la Parte contratante en cuyo territorio se han realizado las inversiones. De ello se desprende que, en teoría, esas obligaciones también podrían regir, dentro de la propia Unión, las relaciones entre Estados miembros y, por tanto, aplicarse en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión.

43. Esas dos particularidades del TCE, con respecto al Acuerdo EEE, limitan pues la posibilidad de aplicar la solución adoptada en las sentencias Andersson y Wåkerås-Andersson [23] y Salzmann, [24] relativa a la falta de competencia del Tribunal de Justicia para interpretar un acuerdo internacional en situaciones ajenas al ordenamiento jurídico de la Unión.

44. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que interprete disposiciones de un acuerdo internacional que no reciben interpretación uniforme y conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en litigios ajenos a la Unión y que, en principio, podrían aplicarse también a situaciones internas del ordenamiento jurídico de la Unión.

[19] Prueba de ello son las controversias que existen en la jurisprudencia arbitral sobre la interpretación del concepto de «inversión», objeto de las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto.

[20] A excepción de la República Italiana, partes del TCE.

[21] Véase, a título de ejemplo, el artículo 10, apartado 1, del TCE: «Las Partes contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes contratantes realicen inversiones en su territorio».

[22] Sobre la existencia de obligaciones bilaterales en el marco de convenios multilaterales, véase la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 5 de febrero de 1970, Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited (Bélgica c. España), *C.I.J. Recueil* 1970, p. 3, apartados 33 y 35.

[23] Sentencia de 15 de junio de 1999 (C-321/97, EU:C:1999:307), apartado 28.

[24] Sentencia de 15 de mayo de 2003 (C-300/01, EU:C:2003:283), apartado 66.

45. En estas circunstancias, considero que no cabe excluir que la Unión tenga interés en que las disposiciones del TCE reciban una interpretación uniforme. Procede deducir de ello, por tanto, que, en estas condiciones, debe reconocerse la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto.

3. Dudas sobre la aplicabilidad de las disposiciones del TCE en el ordenamiento jurídico de la Unión

46. De nuevo, resulta preciso matizar la anterior afirmación. Esa conclusión solo se impone si las disposiciones cuya interpretación se solicita son efectivamente aplicables en el ordenamiento jurídico de la Unión. En caso contrario, la Unión no tendría interés en que fueran interpretadas de modo uniforme ni el Tribunal de Justicia competencia para llevar a cabo esa interpretación.

47. Pues bien, por un lado, el artículo 26 del TCE establece un mecanismo de solución de controversias entre inversores de una Parte contratante y otra Parte contratante que permite recurrir a un tribunal arbitral. A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia Achmea, [25] que en el ordenamiento jurídico de la Unión no está permitido recurrir a un tribunal arbitral constituido sobre la base de un tratado para el fomento y la protección de las inversiones celebrado entre dos Estados miembros. En estas circunstancias, considero que esa sentencia parece sugerir que el artículo 26 del TCE no sería nunca aplicable en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión, de manera que el Tribunal de Justicia sería incompetente para interpretar la mencionada disposición.

48. Sin embargo, el TCE no es completamente asimilable al tratado bilateral de inversiones (en lo sucesivo, «TBI») examinado en la sentencia Achmea y presenta determinadas particularidades que es preciso tener en cuenta con el fin de responder plenamente a la cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la Unión del mecanismo de solución de controversias que prevé. Por tanto, insto al Tribunal de Justicia a aprovechar esta oportunidad para analizar las implicaciones de esa sentencia sobre la aplicabilidad del artículo 26 del TCE, pues tal análisis resulta necesario para determinar la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de dicha disposición.

49. Por otra parte, es cierto que la sentencia Achmea no ha resuelto la cuestión más general de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de las disposiciones materiales de los tratados de fomento y protección de las inversiones, cuando están destinadas a regir las relaciones entre los Estados miembros. No obstante, la citada sentencia ha puesto de relieve las dificultades relativas a la existencia de tales acuerdos cuando estos se aplican en la Unión. [26] En efecto, se plantea la cuestión de si pueden invocarse las disposiciones materiales en un litigio entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro ante los órganos jurisdiccionales de este Estado. Es pues necesario comprobar si, a la luz de la sentencia Achmea, las disposiciones materiales del TCE pueden considerarse incompatibles con el Derecho de la Unión y, por consiguiente, inaplicables en su ordenamiento jurídico.

50. Esas comprobaciones permitirán identificar el interés de la Unión en la interpretación uniforme de las disposiciones del TCE, así como la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las presentes cuestiones prejudiciales.

[25] Apartado 60 y fallo.

[26] Véase, a este respecto, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 19 de julio de 2018, relativa a la protección de la inversión intra-UE (COM/2018/547 final).

a) Aplicabilidad del mecanismo de solución de controversias previsto por el artículo 26, apartado 1, del TCE en el ordenamiento jurídico de la Unión

51. La cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de los mecanismos de solución de controversias previstos en convenios que vinculan a los Estados miembros de la Unión constituye, desde hace varios años, el objeto de un encendido debate tanto en la doctrina [27] como en la práctica. [28]

52. El asunto en que recayó la sentencia Achmea reflejó la existencia de esos debates e ilustró, por si fuera necesario, los conflictos que mantiene el Derecho de la Unión con el Derecho del arbitraje de inversiones. [29]

1) Sentencia Achmea

53. En la sentencia Achmea, [30] el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar este Estado miembro.

54. Dicho de otro modo, el Tribunal de Justicia consideró incompatible con el Derecho de la Unión una cláusula de solución de controversias recogida en un TBI celebrado entre dos Estados miembros.

55. En la mencionada sentencia, el Tribunal de Justicia basó su razonamiento en principios básicos e incuestionables del Derecho de la Unión. En primer lugar, destacó que 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. [31] Recordó que la autonomía del Derecho de la Unión se justifica por las características esenciales de la Unión y de su Derecho, relativas, en particular, a la estructura constitucional de la Unión y a la propia naturaleza de este Derecho, [32] que se caracteriza, en efecto, por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía y por su efecto directo. [33]

27 Véanse, en particular, en lo que respecta a la doctrina anterior a la sentencia Achmea, Eilmansberger, T., «Bilateral investment Treaties and EU Law», *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, n.º 2, pp. 383 a 429; Hindelang, S., «Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration», *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, vol. 39, n.º 2, pp. 179 a 206, y Miron, S., «The Last Bite of the BITs — Supremacy of EU Law versus Investment Treaty Arbitration», *European Law Journal*, 2013, vol. 20, n.º 3, pp. 332 a 345.

28 Véase, a título ilustrativo, Vattenfall AB y otros c. República Federal de Alemania (Caso CIADI n.º ARB/12/12), decisión sobre Achmea de 31 de agosto de 2018; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España, (Caso CIADI n.º ARB/14/1), laudo de 16 de mayo de 2018, y Novenergia II — Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR c. Reino de España, (Caso SCC n.º 2015/063), laudo de 15 de febrero de 2018.

29 Véanse, en particular, Gaillard, E., «L'affaire Achmea ou les conflits de logiques», *Revue critique de droit international privé*, 2018, n.º 3, p. 616; Hess, B., «The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice», Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2018, n.º 3, p. 8, y Basedow, J., «Achmea judgment and the applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration», *Journal of international economic Law*, 2020, vol. 23(1), pp. 271 a 292.

30 Apartado 60 y fallo.

31 Sentencia Achmea, apartado 32. Véase también el dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 201 y jurisprudencia citada.

32 Sentencia Achmea, apartado 33.

33 Sentencia Achmea, apartado 33.

56. A continuación, el Tribunal de Justicia precisó que el Derecho de la Unión se asienta, por tanto, en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión. Señaló además que esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica. [34]

57. Por último, el Tribunal de Justicia recordó que, para asegurar la preservación de las características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, los Tratados han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión. [35] Observó, asimismo, que la piedra angular de ese sistema es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE, que tiene como finalidad garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados. [36]

58. Sobre la base de esos principios, el Tribunal de Justicia señaló, por un lado, que el tribunal arbitral constituido conforme a las disposiciones del TBI controvertido debía interpretar o incluso aplicar el Derecho de la Unión. [37] Por otro lado, declaró que el citado tribunal arbitral estaba fuera del sistema jurisdiccional de la Unión, de modo que el mecanismo de solución de controversias previsto por el TBI podía impedir que litigios, aun relativos a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, fueran dirimidos de manera que se garantice la plena eficacia de ese Derecho. [38]

59. El Tribunal de Justicia declaró que así sucede aunque el Derecho de los Estados miembros prevea la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales controlen el laudo arbitral, dado que ese control es limitado y solo puede llevarse a cabo en la medida en que lo permita el Derecho nacional. En ese sentido, en la sentencia Achmea, el Tribunal de Justicia distinguió entre un mecanismo de solución de controversias previsto en un convenio entre dos Estados miembros y el arbitraje comercial, que, en concreto, se consideró compatible con el Derecho de la Unión en la medida en que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión pueden ser examinadas en el marco del control de los laudos arbitrales por los órganos jurisdiccionales nacionales y, en su caso, ser objeto de remisión prejudicial. [39]

60. Conviene subrayar que, en efecto, existe una diferencia fundamental entre ambos mecanismos. El procedimiento de arbitraje comercial presupone el ejercicio de la voluntad de las partes. Implica la celebración de un convenio arbitral, bien en el momento de la celebración del contrato que prevé que las controversias que se deriven de él se someterán a arbitraje, bien una vez surgida la controversia. Dicho de otro modo, la competencia del tribunal arbitral en el arbitraje comercial se deriva siempre de un convenio arbitral relativo a un litigio definido de modo preciso en él. No cabe considerar que la competencia de ese tribunal arbitral se derive del

[34] Sentencia Achmea, apartado 34. Véase también el dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartados 168 y 173 y jurisprudencia citada.

[35] Sentencia Achmea, apartado 35. Véase asimismo el dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 174.

[36] Sentencia Achmea, apartado 37. Véase asimismo el dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 176 y jurisprudencia citada.

[37] Sentencia Achmea, apartados 39 a 42.

[38] Sentencia Achmea, apartados 42 a 56.

[39] Sentencia Achmea, apartados 45 y 55.

sistema de protección jurisdiccional concedida por el Estado. Resulta más bien de la autonomía de cada parte implicada en el comercio. [40] En efecto, de dicha autonomía se deriva la posibilidad de que las partes decidan resolver sus controversias recurriendo al arbitraje comercial.

61. En cambio, el mecanismo de solución de controversias previsto en un acuerdo internacional responde a una lógica distinta. [41] En ese supuesto, tal mecanismo constituye una oferta de arbitraje general y permanente, que corresponderá a la parte contraria aceptar o no. Dicho de otro modo, a través de ese mecanismo, el Estado renuncia a que un litigio en el que la parte contraria sea un inversor de otro Estado miembro comprendido en el ámbito de aplicación de ese acuerdo sea dirimido por los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta renuncia tiene un carácter sistémico, en la medida en que puede referirse a todos los litigios comprendidos en el ámbito de aplicación de ese acuerdo. De este modo, el Estado crea un mecanismo de protección jurisdiccional, ajeno a su propio sistema jurisdiccional.

62. Es precisamente ese aspecto de los mecanismos de arbitraje de inversiones previstos por acuerdos entre Estados miembros al que el Tribunal de Justicia se refiere en la sentencia Achmea: en efecto, no se admite que los Estados miembros puedan sustraer al sistema jurisdiccional de la Unión, a través de un compromiso internacional, de forma sistemática, un conjunto de litigios referentes a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión.

63. En esas circunstancias, el Tribunal de Justicia estimó que el mecanismo de solución de controversias en cuestión podía poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, por lo que no es compatible con el principio de cooperación leal. [42] En su opinión, de ello resulta que el mecanismo de resolución de controversias previsto en el TBI, según el cual cualquier inversor de un Estado miembro puede iniciar un procedimiento contra otro Estado miembro ante un tribunal arbitral, vulnera la autonomía del Derecho de la Unión. [43]

64. Esta solución es, en definitiva, la expresión exacta de la autonomía del Derecho de la Unión, [44] ella misma basada en la existencia de confianza mutua entre los Estados miembros, que comparten todos ellos, y reconocen que se comparten con ellos, una serie de valores comunes. Así, salvo en circunstancias excepcionales, los Estados miembros están obligados a considerar que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, incluidos los derechos fundamentales, como el derecho a la tutela judicial efectiva ante un juez independiente enunciado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. [45]

65. En otras palabras, precisamente porque el ordenamiento jurídico de la Unión admite y reconoce que los Estados miembros respetan una serie de valores y derechos, entre ellos el Estado de Derecho y el derecho a la tutela judicial efectiva, está también garantizado que los

[40] Véase, en ese sentido, Basedow, J., «EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice», *Journal of International Arbitration*, 2015, vol. 32, n.º 4, pp. 367 a 386, en particular p. 370.

[41] Sobre la originalidad del mecanismo, véase Kessedjian, C., y Pironon, V., *Droit du commerce international*, 2.ª ed., Colección Thémis, PUF, 2020, p. 209.

[42] Sentencia Achmea, apartado 58.

[43] Sentencia Achmea, apartado 59.

[44] Hess, B., *op. cit.*, p. 8.

[45] Dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341), apartado 128 y jurisprudencia citada.

inversores de los Estados miembros están, sin duda alguna, suficientemente protegidos [46] por el ordenamiento jurídico de la Unión, de tal forma que no es necesario recurrir a un sistema ajeno a los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros. [47]

66. De hecho, el Tribunal de Justicia ha recordado la importancia de esos valores, en particular, del Estado de Derecho, en varios asuntos, [48] destacando el papel de las instituciones de la Unión, sobre todo el de la Comisión, encargadas de velar por su respeto.

67. La sentencia Achmea ha puesto así fin a las dudas acerca de la relación entre el Derecho de la Unión y los mecanismos de solución de controversias establecidos en TBI celebrados entre dos Estados miembros.

68. De hecho, la práctica totalidad de los Estados miembros tomaron nota de dicha resolución, notificando mediante diversas declaraciones [49] su intención de denunciar los TBI existentes entre los Estados miembros. Tras esas declaraciones, el 5 de mayo de 2020, veintitrés Estados miembros celebraron un acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión. [50]

69. Conviene precisar asimismo que la incompatibilidad de un mecanismo de arbitraje de inversiones previsto por un acuerdo internacional con el Derecho de la Unión se deriva de forma directa del principio de primacía del Derecho de la Unión. De ello se desprende su inaplicabilidad en el ordenamiento jurídico de la Unión, sin ningún límite temporal, de modo que no puede reconocerse la competencia de un tribunal arbitral sobre esa base.

2) Alcance de la sentencia Achmea con respecto al TCE

70. Sin embargo, la sentencia Achmea no zanja todas las cuestiones relativas a las relaciones entre el arbitraje de inversiones y el Derecho de la Unión. En particular, ese asunto tenía por objeto un tratado bilateral en el que eran partes dos Estados miembros. El TCE, a pesar de prever un mecanismo de solución de controversias parecido al controvertido en el asunto en que recayó la sentencia Achmea en la medida en que permite recurrir a un tribunal arbitral, es, por su parte, un tratado multilateral en el que la Unión y los Estados miembros son partes.

[46] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 19 de julio de 2018, relativa a la protección de la inversión intra-UE (COM/2018/547 final).

[47] No pretendo negar que los tribunales arbitrales en materia de Derecho de las inversiones han podido contribuir al respeto del Estado de Derecho. Véase, a este respecto, Sadowski, W., «Protection of the rule of law in the European Union through investment treaty arbitration: is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe?», *Common Market Law Review*, 2018, n.º 55, pp. 1025 a 1060. Sin embargo, esa aportación no es comparable a la garantía entre los Estados miembros de la Unión del reconocimiento y del respeto de los valores fundamentales en los que se basa la Unión, entre ellos el respeto del Estado de Derecho y el derecho a la tutela judicial efectiva ante un juez independiente.

[48] Me refiero, en particular, a las sentencias de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117), apartados 32 y 33; de 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo) (C-619/18, EU:C:2019:531), apartados 43 y 47, y de 5 de noviembre de 2019, Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios) (C-192/18, EU:C:2019:924), apartado 98.

[49] Declaraciones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de los días 15 y 16 de enero de 2019, relativas a las consecuencias jurídicas de la sentencia Achmea dictada por el Tribunal de Justicia y a la protección de las inversiones en la Unión Europea <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>; <https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>, y <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>.

[50] Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO 2020, L 169, p. 1). Este Acuerdo fue celebrado por todos los Estados miembros a excepción de Irlanda, la República de Austria, la República de Finlandia y el Reino de Suecia.

71. Esas diferencias han limitado la posibilidad de extrapolar automáticamente la solución adoptada en lo que respecta a los TBI al mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 26 del TCE. Las sucesivas declaraciones de los Estados miembros a este respecto ilustran precisamente las divergencias que existen sobre la posibilidad de ampliar el alcance de la sentencia Achmea al mecanismo de solución de controversias previsto en el TCE [51] y, lo que es más importante, sobre la compatibilidad del artículo 26 del TCE con el Derecho de la Unión.

72. Es preciso por tanto determinar si el razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia Achmea puede aplicarse en lo que atañe a la compatibilidad del mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 26 del TCE. A este respecto, los Gobiernos francés, alemán, español, italiano, neerlandés y polaco y la Comisión han alegado que procedía adoptar esa solución y que la incompatibilidad del artículo 26 del TCE con el Derecho de la Unión supone su inaplicabilidad en el ordenamiento jurídico de la Unión. Por su parte, los Gobiernos húngaro, finlandés y sueco defendieron durante la vista que la solución adoptada en la sentencia Achmea no podía aplicarse al mecanismo de solución de controversias establecido en el artículo 26 del TCE.

73. Considero que el mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 26 del TCE, en la medida en que permite recurrir a un tribunal arbitral, conduce, sin lugar a dudas, a un resultado parecido al del mecanismo de solución de controversias en cuestión en la sentencia Achmea, declarado incompatible con el Derecho de la Unión.

74. En primer lugar, ha de señalarse que, al igual que el mecanismo de solución de controversias en cuestión en la sentencia Achmea, el artículo 26 del TCE permite someter a la consideración de un tribunal arbitral de inversiones litigios que podrían referirse a la interpretación del Derecho de la Unión.

75. En efecto, el artículo 26, apartado 6, del TCE dispone que el tribunal arbitral decidirá las cuestiones en litigio con arreglo al TCE y a las «las normas del Derecho internacional aplicables». Pues bien, a diferencia de lo que sostienen los Gobiernos finlandés y sueco, y como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Achmea, [52] habida cuenta de la naturaleza y las características del Derecho de la Unión, debe considerarse que ese Derecho forma parte del Derecho vigente en todos los Estados miembros y, al mismo tiempo, se deriva de un tratado internacional celebrado entre los Estados miembros. En consecuencia, el tribunal arbitral constituido de conformidad con el artículo 26 del TCE podría verse obligado, en su caso, a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión.

[51] Mientras que el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República de Croacia, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República Eslovaca y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte han declarado, todos ellos, que consideraban que la cláusula de solución de controversias del TCE era incompatible con el Derecho de la Unión, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, la República de Eslovenia, la República de Finlandia y el Reino de Suecia han formulado expresamente una reserva sobre la posibilidad de transponer la solución adoptada en dicha sentencia al mecanismo de solución de controversias del TCE. Por su parte, Hungría declaró que consideraba que esa solución no puede aplicarse al mecanismo de solución de controversias del artículo 26 del TCE. Véanse las declaraciones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de los días 15 y 16 de enero de 2019, relativas a las consecuencias jurídicas de la sentencia Achmea dictada por el Tribunal de Justicia y a la protección de las inversiones en la Unión Europea, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>; <https://2015-2019.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>, y <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7327320/achmea-declaration.pdf>.

[52] Apartado 41.

76. En segundo lugar, considero que el tribunal arbitral constituido de conformidad con el artículo 26 del TCE, incluso en un procedimiento iniciado por un inversor de un Estado miembro contra otro Estado miembro, se sitúa fuera del sistema jurisdiccional de la Unión. [53]

77. En efecto, ese tribunal arbitral no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de los Estados miembros y es precisamente ese carácter excepcional el que justifica la existencia de tal mecanismo de solución de controversias. Tampoco es un órgano jurisdiccional común a varios Estados miembros, pues no presenta ningún vínculo con los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros.

78. En estas circunstancias, el tribunal arbitral constituido de conformidad con el artículo 26 del TCE no puede ser considerado un «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros», en el sentido del artículo 267 TFUE, y no está facultado para acudir ante el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial. Las decisiones de un tribunal de esa naturaleza no están pues sometidas a mecanismos que permitan asegurar la plena eficacia de las normas de la Unión. [54]

79. De ello se desprende que, al igual que el mecanismo de solución de controversias considerado incompatible con el Derecho de la Unión en la sentencia Achmea, el artículo 26 del TCE, en la medida en que permite recurrir a un tribunal arbitral, vulnera, desde mi punto de vista, la autonomía del Derecho de la Unión y es también por tanto incompatible con el Derecho de la Unión.

80. Tal conclusión no queda desvirtuada ni por las particularidades del TCE, que han llevado a dudar de la aplicabilidad de la sentencia Achmea al mecanismo de solución de controversias que prevé, ni por la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia invocada, en particular, por los Gobiernos húngaro, finlandés y sueco durante la vista.

i) Irrelevancia de las particularidades del TCE con respecto a un TBI

81. Es cierto que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de un TBI como el controvertido en la sentencia Achmea, la Unión es parte, ella misma, en el TCE y está pues vinculada por él. Además, ha de señalarse que, en esa sentencia, el Tribunal de Justicia destacó expresamente que el mecanismo de solución de controversias estaba previsto en un acuerdo «que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros». [55] ¿Implica eso necesariamente que no puede aplicarse la misma solución a un acuerdo internacional celebrado por los Estados miembros *y* la Unión? No lo creo.

82. A este respecto ha de señalarse que no se discute que un acuerdo internacional que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas decisiones vinculen a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión. En efecto, la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implica,

[53] Aunque antes de dictarse la sentencia Achmea no haya excluido de entrada la opinión contraria en el marco de mis actividades académicas, ahora me someto al razonamiento del Tribunal de Justicia. Véase Szpunar, M., «Referrals of preliminary questions by arbitral tribunals to the CJEU», en Ferrari, F. (ed.), *The impact of EU Law on international commercial arbitration*, Juris, 2017, pp. 85 a 124.

[54] Sentencia Achmea, apartado 43 y jurisprudencia citada.

[55] Sentencia Achmea, apartado 58.

necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere.[56]

83. Sin embargo, esa facultad solo se reconoce si se respeta la autonomía de la Unión y de su ordenamiento jurídico.[57] Pues bien, como he señalado en los puntos 78 y 79 de las presentes conclusiones, el mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 26 del TCE, en la medida en que permite recurrir al arbitraje, vulnera precisamente la autonomía del Derecho de la Unión. En esas circunstancias, el hecho de que la Unión también sea parte del TCE no incide en esta apreciación.

ii) Diferencias con el dictamen 1/17

84. Por último, los Gobiernos húngaro, finlandés y sueco alegaron en la vista que el dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá)[58] había introducido nuevos criterios de análisis de los mecanismos de solución de controversias ajenos al sistema jurisdiccional de la Unión. Según dichos gobiernos, un mecanismo de este tipo no es, en sí, incompatible con el Derecho de la Unión, siempre que no permita que un tribunal ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión interprete o aplique disposiciones del Derecho de la Unión y que los laudos que dicte ese tribunal no puedan tener por efecto impedir que las instituciones de la Unión funcionen conforme al marco constitucional de esta.

85. No obstante, ese argumento no resulta convincente. Por un lado, como he indicado en los puntos 74 y 75 de las presentes conclusiones, considero que el artículo 26 del TCE permite, precisamente, que un tribunal ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión interprete o aplique disposiciones del Derecho de la Unión. Además, el artículo 26 del TCE difiere del mecanismo de solución de controversias previsto en el acuerdo económico y comercial global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (en lo sucesivo, «CETA»), en la medida en que este último establece una reserva expresa en lo que respecta a la interpretación del Derecho de la Unión,[59] reserva que no existe en virtud del artículo 26 del TCE.

86. Por otro lado, y lo que es más importante, ha de señalarse que, en el dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá),[60] el razonamiento del Tribunal de Justicia en relación con el mecanismo de solución de controversias previsto en el CETA no puede influir en modo alguno en el análisis del artículo 26 del TCE. Como declaró el Tribunal de Justicia en ese dictamen, la cuestión de la compatibilidad con el Derecho de la Unión del establecimiento o mantenimiento de un tribunal de inversiones mediante un acuerdo que vincula a los Estados miembros difiere de la cuestión de la compatibilidad con dicho Derecho del establecimiento de un tribunal de inversiones mediante un acuerdo entre la Unión y un Estado tercero.[61] La alegación de los Gobiernos húngaro, finlandés y sueco solo podría pues prosperar en caso de que el TCE únicamente rigiese las relaciones entre la Unión y Estados terceros.

56 Dictamen 1/91 (Acuerdo EEE — I), de 14 de diciembre de 1991 (EU:C:1991:490), apartados 40 y 70; dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011 (EU:C:2011:123), apartados 74 y 76, y dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartados 182 y 183.

57 Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), apartado 183, y sentencia Achmea, apartado 57.

58 Dictamen de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341).

59 Dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341), apartado 131.

60 Dictamen de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341).

61 Dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341), apartado 127.

87. En efecto, mientras que los Estados miembros están obligados a respetar el principio de confianza mutua, este principio no se aplica en modo alguno en las relaciones entre la Unión y terceros Estados. Más concretamente, las relaciones con los terceros Estados no están basadas en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes y, por tanto, respetan el Derecho de la Unión que los aplica. Como señaló el Abogado General Bot, en el marco de un acuerdo con terceros Estados, las Partes contratantes no confían necesariamente en el sistema jurisdiccional de la otra Parte para garantizar el respeto de las normas recogidas en el acuerdo. [62] La inexistencia de una confianza mutua, como la que existe en el seno de la Unión, es precisamente la razón por la que las Partes contratantes deciden alcanzar un acuerdo sobre un mecanismo neutral de solución de diferencias. [63] Ese mecanismo, ajeno a ambas Partes, permite garantizar la confianza de las Partes contratantes en lo que respecta a la aplicación del acuerdo, confianza que no puede confundirse con la confianza mutua que estructura las relaciones en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión.

88. En estas circunstancias, a la luz de los principios establecidos en la sentencia Achmea, el dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá) [64] no incide en el análisis del mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 26 del TCE, en la medida en que permite recurrir a un tribunal arbitral, pues ese Acuerdo rige las relaciones entre los Estados miembros.

3) Conclusión sobre la aplicabilidad del artículo 26 del TCE en el ordenamiento jurídico de la Unión

89. De todo lo anterior se desprende que el mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 26 del TCE es, desde mi punto de vista, incompatible con el Derecho de la Unión, en la medida en que permite a un tribunal arbitral, ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión, interpretar o aplicar el Derecho de la Unión en el marco de un litigio entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro, y pone en peligro, por esa razón, el principio de confianza mutua entre los Estados miembros y la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, vulnerando, al mismo tiempo, la autonomía del Derecho de la Unión. En esa medida, el artículo 26 del TCE no resulta aplicable en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión.

90. Dicho esto, el hecho de que un inversor de un Estado miembro no pueda recurrir al arbitraje en un litigio en el que se enfrenta a otro Estado miembro no implica que el artículo 26 del TCE no sea nunca aplicable en el ordenamiento jurídico de la Unión. En principio, los inversores de un Estado miembro podrían en cualquier caso demandar a otro Estado miembro ante sus órganos jurisdiccionales en relación con un litigio comprendido en el ámbito de aplicación de dicha disposición. [65] Sin embargo, esa posibilidad depende de si las disposiciones materiales del TCE pueden fundamentar esas pretensiones y, por tanto, si son a su vez aplicables en el ordenamiento jurídico de la Unión. A continuación analizaré esta cuestión.

[62] Conclusiones del Abogado General Bot presentadas en relación con el dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá, EU:C:2019:72), punto 84.

[63] Conclusiones del Abogado General Bot presentadas en relación con el dictamen 1/17 (Acuerdo CETA UE-Canadá, EU:C:2019:72), punto 84. Sobre este aspecto, véase también, Lenaerts, K., «Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue», *Yearbook of European Law*, 2019, vol. 38, p. 12.

[64] Dictamen de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341).

[65] Además, no puede excluirse que la interpretación del artículo 26 del TCE por el Tribunal de Justicia sea necesaria en el marco del control, por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de un laudo arbitral dictado en un litigio entre un inversor de un tercer Estado y un Estado miembro, que puede implicar la interpretación del Derecho de la Unión por los árbitros.

b) Aplicabilidad del artículo 1, punto 6, del TCE en el ordenamiento jurídico de la Unión

91. El artículo 1, punto 6, del TCE define el concepto de «inversión», según se emplea en las disposiciones del TCE, y figura en la primera parte del TCE, titulada «Definiciones y objetivo». Esa disposición forma pues parte de las disposiciones introductorias del TCE, que tienen por objeto, con carácter general, establecer el ámbito de aplicación y el objetivo del texto, así como definir los términos utilizados en sus disposiciones.

92. Dicho de otro modo, el artículo 1, punto 6, del TCE, en la medida en que determina el ámbito de aplicación material del TCE, también tiene por efecto activar la aplicación de las disposiciones materiales de protección del TCE.

93. En estas circunstancias, la aplicabilidad de esa disposición en el ordenamiento jurídico de la Unión depende fundamentalmente de si las normas materiales a las que dota de efecto son también aplicables en el ordenamiento jurídico de la Unión, de modo que los inversores de un Estado miembro pueden invocarlas en el marco de una demanda contra otro Estado miembro ante los órganos jurisdiccionales de este Estado.

94. Aunque la sentencia Achmea no ha zanjado esa cuestión, ha puesto no obstante de manifiesto la existencia de ciertas dudas sobre la posibilidad de aplicar, en el seno de la Unión, las disposiciones materiales de los tratados de fomento y protección de las inversiones en general y del TCE en particular. [66]

95. No creo, sin embargo, que sea posible, en el marco del presente asunto, y de manera puramente teórica, responder con seguridad a esta cuestión. En efecto, ello supondría realizar un análisis *in abstracto* y exhaustivo de todos los solapamientos que podrían producirse entre el Derecho de la Unión y el TCE. [67] Pues bien, me parece poco juicioso llevar a cabo ese análisis en el marco del examen de la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cuestiones prejudiciales y en el contexto del presente asunto. Ha de señalarse además que esta cuestión no ha sido objeto de debate entre las partes. [68]

96. Por otra parte, ha de subrayarse que, en el presente asunto, la única alegación relativa a la incompatibilidad de las disposiciones materiales del TCE con el Derecho de la Unión ha sido formulada de manera sucinta por el Gobierno italiano y la Comisión, sobre la base de que el Derecho de la Unión prevé instrumentos de protección de las inversiones equivalentes a los instrumentos de protección de las inversiones del TCE. Pues bien, a primera vista, no percibo con claridad las razones por las que esa equivalencia de protección ha de implicar, en sí misma, una incompatibilidad con el Derecho de la Unión.

[66] Véase, a este respecto, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 19 de julio de 2018, relativa a la protección de la inversión intra-UE (COM/2018/547 final).

[67] Para un ejemplo de los solapamientos que pueden existir entre un tratado de fomento y protección de inversiones celebrado entre dos Estados miembros y el Derecho de la Unión, véanse las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto Achmea (C-284/16, EU:C:2017:699).

[68] Aunque durante la vista se preguntó a las partes sobre los efectos de la sentencia Achmea, el debate solo giró en torno a la incidencia de esa sentencia sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión del mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 26 del TCE. Conviene destacar que, en efecto, esa sentencia no se refiere a la compatibilidad de las normas materiales, sino únicamente a la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un mecanismo similar instaurado por un TBI.

97. En estas circunstancias, considero que en este punto no cabe ni excluir ni admitir con certeza la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de las disposiciones materiales del TCE, incluido el artículo 1, punto 6, del mismo. Por consiguiente, ha de presuponerse que esas disposiciones pueden ser aplicadas en el ordenamiento jurídico de la Unión.

4. Conclusión sobre la competencia del Tribunal de Justicia

98. Desde mi punto de vista, el artículo 26 del TCE no es compatible con el Derecho de la Unión en la medida en que prevé el recurso a un tribunal arbitral, de modo que ese mecanismo de solución de controversias no puede aplicarse en el ordenamiento jurídico de la Unión.

99. Por consiguiente, por cuanto no cabe excluir, llegados a este punto, que las disposiciones materiales del TCE, incluido el artículo 1, punto 6, del mismo, puedan ser aplicables en el ordenamiento jurídico de la Unión, debe presuponerse asimismo que los inversores de un Estado miembro pueden invocar tales disposiciones en el marco de un litigio contra otro Estado miembro ante los órganos jurisdiccionales de este Estado, a que se refiere el artículo 26 del TCE. En tales circunstancias, ha de considerarse que tanto el artículo 1, punto 6, como el artículo 26 del TCE pueden ser aplicables en el ordenamiento jurídico de la Unión.

100. De ello resulta que la Unión tiene un interés manifiesto en que tales disposiciones reciban una interpretación uniforme, de manera que el Tribunal de Justicia debería ser competente para responder a todas las cuestiones prejudiciales.

B. Sobre el fondo

1. Sobre la primera cuestión prejudicial: concepto de «inversión» en el sentido del artículo 1, punto 6, del TCE

101. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, punto 6, del TCE debe interpretarse en el sentido de que un crédito derivado de un contrato de compraventa de electricidad que no ha implicado aportación alguna por el inversor en el Estado de acogida puede constituir una inversión.

102. Durante la vista, Komstroy sostuvo que el concepto de «inversión» está definido en el TCE y que tal definición es suficiente por sí misma, aunque se vea respaldada por una lista no exhaustiva de ejemplos de activos que constituyen una inversión en el sentido del TCE. Esa sociedad alegó, asimismo, que el sentido propio de los términos del artículo 1, punto 6, del TCE es claro, de manera que no es necesario proceder a su interpretación ni referirse a criterios ajenos a la definición dada. Por último, Komstroy adujo que el propio artículo 1, punto 6, del TCE prevé que un crédito contractual puede ser considerado una inversión, puesto que las letras c) y f) del citado artículo 1, punto 6, se refieren, respectivamente, a los «créditos pecuniarios» y a «cualquier derecho conferido por […] contrato».

103. La República de Moldavia, los Gobiernos español, neerlandés y polaco y la Comisión aducen que un crédito derivado de un contrato de compraventa no puede ser una inversión en el sentido del artículo 1, punto 6, del TCE. Sostienen que, aunque el artículo 1, punto 6, letra c), del TCE dispone que un crédito pecuniario constituye una inversión, solo es así en caso de que dicho crédito esté «relacionado con una inversión». Pues bien, no puede considerarse que un crédito

derivado de un contrato de compraventa esté «relacionado con una inversión». La República de Moldavia subraya además que es preciso remitirse al sentido ordinario del término «inversión», que implica una aportación de capital, que no existe en el caso de un crédito contractual. Por último, la República de Moldavia y la Comisión subrayan la importancia de diferenciar entre lo que guarda relación con el comercio y lo que guarda relación con una inversión, pues únicamente las inversiones están protegidas por la parte III del TCE.

104. El artículo 1, punto 6, del TCE define la inversión como «cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor». De este modo, el TCE ofrece una definición poco precisa que, a primera vista, solo parece estar limitada por el objeto de la actividad con la que está relacionada la inversión. Dicha disposición añade que una inversión en el sentido del TCE debe estar relacionada con una actividad económica en el sector de la energía.

105. Esta definición se completa con una lista no exhaustiva de ejemplos concretos de inversiones en el sentido de la mencionada disposición. De ello se desprende que, como aduce Komstroy, cuando el activo en cuestión está claramente incluido en una de las inversiones expresamente citadas en el artículo 1, punto 6, del TCE, no hay, en principio, ninguna necesidad de interpretar esa disposición. [69]

106. En lo que respecta a los créditos contractuales, estos pueden estar comprendidos en la definición del artículo 1, punto 6, del TCE, tanto en virtud del artículo 1, punto 6, letra c), como del artículo 1, punto 6, letra f), del TCE. En efecto, se hace referencia a los «créditos pecuniarios […] contractuales que tengan un valor económico y estén relacionad[o]s con una inversión» [70] y a «cualquier derecho conferido por […] contrato […] para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía». [71]

107. Conviene señalar no obstante que, aunque esas dos disposiciones proporcionan ejemplos de inversiones en el sentido del TCE, también añaden requisitos adicionales para calificar la inversión. Por un lado, el artículo 1, punto 6, letra c), del TCE dispone que un crédito pecuniario solo es una inversión si se deriva de un contrato relacionado, a su vez, con una inversión. Por otro lado, el artículo 1, punto 6, letra f), del TCE establece que un derecho conferido por contrato es una inversión a condición de que se haya atribuido para emprender una actividad económica en el sector de la energía. En otras palabras, un crédito derivado de un contrato no es automáticamente una inversión en el sentido del TCE, pues su articulado impone determinadas limitaciones.

108. Pues bien, la inclusión de esos requisitos hace difícil, o incluso imposible, la vinculación unívoca de cualquier crédito a una u otra forma de inversión en el sentido del artículo 1, punto 6, del TCE. En efecto, un crédito contractual, en particular cuando se deriva de un contrato de compraventa de electricidad, no puede estar cubierto, sin ninguna duda, por el artículo 1, punto 6, letras c) o f), del TCE, sin que se haya determinado antes lo que implican los requisitos adicionales enunciados en esas disposiciones.

69 Véanse, sobre ese punto, en la jurisprudencia arbitral, Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA y Terra Raf Trans Traiding Ltd c. Kazajistán [asunto de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CSS) n.º V 116/2010], laudo de 19 de diciembre de 2013, apartado 806, y, en la doctrina, Gaillard, E., *Journal du droit international (Clunet)*, 2019, n.º 6, p. 160.

70 Artículo 1, punto 6, letra c), del TCE.

71 Artículo 1, punto 6, letra f), del TCE.

109. Conviene pues proceder a la interpretación de esas dos disposiciones, que, de conformidad con el artículo 31, apartado 1, del Convenio de Viena,[72] debe llevarse a cabo «de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin».

a) Sobre el artículo 1, punto 6, letra c), del TCE

110. En lo que respecta al artículo 1, punto 6, letra c), del TCE, que establece que el crédito debe derivarse de un contrato relacionado con una inversión, observo cierta ambigüedad. En efecto, esa disposición define los créditos pecuniarios que pueden considerarse una inversión remitiéndose al concepto de «inversión». Dicho de otro modo, el concepto de «inversión» es, al mismo tiempo, el concepto que se define y el concepto que se utiliza para definirlo. En tal sentido, el artículo 1, punto 6, letra c), del TCE presenta un carácter circular.[73]

111. En esas circunstancias, con el fin de salir de esa circularidad, el término «inversión» a que se refiere el artículo 1, punto 6, letra c), del TCE solo puede entenderse en un sentido diferente de aquel que se indica de forma concreta en esa disposición. Como señala el Gobierno polaco, un crédito pecuniario solo será una inversión si se ha constituido en virtud de un contrato que, a su vez, está relacionado con otra inversión, en el sentido del TCE, que no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 1, punto 6, letra c), del TCE.

112. Pues bien, ninguna de las demás inversiones mencionadas en el artículo 1, punto 6, del TCE puede interpretarse en el sentido de que comprende el suministro de electricidad, objeto del contrato del que se deriva el crédito pecuniario de que se trata. Ninguno de los apartados de esa disposición se refiere a una simple operación comercial.[74] De la interpretación literal del artículo 1, punto 6, del TCE resulta pues que un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad que no ha implicado aportación alguna no es un crédito pecuniario contractual que tenga un valor económico y esté relacionado con una inversión.

113. La interpretación literal del artículo 1, punto 6, letra c), del TCE queda corroborada, además, por el sentido ordinario del término «inversión», a que se hace mención en esa disposición.[75]

[72] Convenio sobre el Derecho de los Tratados, celebrado en Viena el 23 de mayo de 1969 (Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1155, p. 353). https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf.

[73] Sobre el carácter circular de la definición de inversión, véase Pyka, M., *Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, C. H. Beck, Varsovia, 2018, pp. 43 y 44.

[74] Puede existir alguna duda sobre la posibilidad de considerar que el suministro de electricidad está cubierto por el artículo 1, punto 6, letra f), del TCE, que se refiere a «cualquier derecho conferido por […] contrato […] para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía». De hecho, en la jurisprudencia arbitral se había adoptado ese razonamiento; véase, a este respecto, Petrobart Limited c. República de Kirguistán [Asunto de la CSS n.º 126/2003], laudo de 29 de marzo de 2005, p. 72. Sin embargo, a la luz de la interpretación del artículo 1, punto 6, letra f), del TCE que propongo, debería excluirse esa posibilidad. Véanse los puntos 121 y ss. de las presentes conclusiones.

[75] La doctrina sostiene que, en lo que respecta a la definición del término «inversión» recogida en el artículo 1, punto 6, letra c), del TCE, es preciso remitirse únicamente al sentido ordinario de dicho término. En efecto, como sostiene el Gobierno polaco en sus observaciones escritas, la versión inglesa del TCE distingue entre el término inglés «Investment», en el sentido del TCE, con mayúscula inicial, y el término inglés «investment», en el sentido ordinario esta vez, sin mayúscula. Las «inversiones», que difieren por tanto de las «Inversiones» protegidas por el TCE, tienen un sentido objetivo, como se recuerda en los puntos 114, 115 y 116 de las presentes conclusiones. Pues bien, dado que el artículo 1, punto 6, letra c), del TCE precisa que un crédito debe derivarse de un contrato «relacionado con una inversión», el término «inversión» debería interpretarse en ese caso únicamente de forma objetiva, por referencia al sentido habitual del término. Sobre esta idea, véase Baltag, C., *The Energy Charter Treaty: the notion of investor*, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2012, p. 174. No obstante, no me convence ese argumento, que se basa exclusivamente en la tipografía del texto, que no está reflejada, además, en todas las versiones lingüísticas del TCE.

114. Como aducen la República de Moldavia y la Comisión, en el lenguaje corriente, ese término designa, con carácter general, una operación constituida por una aportación financiera que se prolonga durante un determinado período y que implica un riesgo. [76]

115. En el mismo sentido, la jurisprudencia arbitral ha desarrollado además progresivamente una definición objetiva del concepto de «inversión», según la cual una inversión presupone la concurrencia de tres elementos: una aportación por el inversor, un determinado período de ejecución y una participación en los riesgos de la operación. [77]

116. Aunque esa definición se ha desarrollado en torno al concepto de «inversión» que figura en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965, considero no obstante que contiene los elementos básicos de lo que constituye una inversión y, en este sentido, suele ser recordada por la doctrina cuando propone una definición general de este concepto. [78]

117. Conforme a esa acepción del término «inversión», un crédito pecuniario es pues una inversión en el sentido del artículo 1, punto 6, del TCE, siempre que se haya derivado de un contrato que haya supuesto una aportación por parte del presunto inversor y la esperanza de obtener una ganancia, que no está garantizada. Esa acepción del término «inversión», según se emplea en el artículo 1, punto 6, letra c), del TCE, se encuentra además tanto en la jurisprudencia arbitral [79] como en la doctrina. [80]

118. Pues bien, un contrato de suministro de electricidad es una mera operación comercial que no puede estar comprendida en el concepto de «inversión», pues no implica ni una aportación [81] ni la esperanza de obtener ingresos que dependen de la aportación. Por tanto, considero que un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad no está relacionado con una inversión y no cumple el requisito establecido en el artículo 1, punto 6, letra c), del TCE.

119. Por último, esa interpretación del concepto de «inversión», en el sentido del artículo 1, punto 6, letra c), del TCE, queda corroborada por el examen de la lógica del conjunto del TCE y del sistema de protección de las inversiones que instaura. Como subraya la Comisión, el TCE distingue entre las normas relativas al comercio, que figuran en su parte II, de las relativas a la promoción y protección de las inversiones, que están recogidas en su parte III. Por tanto, una

[76] En particular, el término «investissement» está definido en francés como «placement de fonds en vue d'obtenir des revenus» [colocación de fondos para obtener ingresos], *Dictionnaire de l'Académie française*, 9.ª ed. En inglés, el término «investment» está definido como «the act of putting money […] into something to make a profit». Sobre la evolución de la definición de ese término, véase Gilles, A., *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruselas, 2012, pp. 16 y ss.

[77] Véase Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos (Caso CIADI n.º ARB/00/4), laudo de 23 de julio de 2001, 129 Journal du droit international 196 (2002), apartado 52. Sobre el análisis de esa jurisprudencia, véanse Pyka, M., *op. cit.*, pp. 63 a 111, y Jeżewski, M., *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, C. H. Beck, Varsovia, 2019, pp. 127 a 134.

[78] Véanse Baltag, C., *op. cit.*, pp. 167 a 183, y Kessedjian, C., y Pironon, V., *op. cit.*, p. 206.

[79] Véanse, en particular, Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España (Caso CIADI n.º ARB/14/1), laudo de 16 de mayo de 2018, apartados 195 y ss., e Isolux Netherlands, BV c. Reino de España (Asunto CSS n.º V 2013/153), laudo de 17 de julio de 2016, apartados 683 y ss.

[80] Véanse Baltag, C., *op. cit.*, pp. 178 y ss., y Audit, M., *Journal de droit international (Clunet)*, 2020, n.º 3, p. 16.

[81] Komstroy alegó durante la vista que la aportación consistía en el suministro de electricidad. Sin embargo, esa alegación no basta para calificar un contrato de compraventa de electricidad de «contrato relacionado con una inversión», pues ello no implica, sin embargo, la existencia de un riesgo en cuanto a los rendimientos esperados de esa aportación.

simple operación comercial no puede asimilarse, como tal, a una inversión, so pena de privar de cualquier sentido a la distinción que existe entre el ámbito del comercio y el de las inversiones y que precisa, por ello, de protección particular. [82]

120. El concepto de «inversión» en el sentido del artículo 1, punto 6, letra c), del TCE no puede confundirse con una simple actividad comercial, de manera que un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad, que no implica aportación alguna ni esperanza de ganancia que dependa de esa aportación, no puede estar comprendido en él.

b) Sobre el artículo 1, punto 6, letra f), del TCE

121. El artículo 1, punto 6, letra f), del TCE se refiere a «cualquier derecho conferido por […] contrato […] para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía». A este respecto, ha de recordarse que el artículo 1, punto 6, del TCE ya prevé, con carácter general, que una inversión en el sentido del TCE debe estar relacionada con una actividad económica en el sector de la energía. De esta manera, el requisito que impone el artículo 1, punto 6, letra f), del TCE no puede interpretarse del mismo modo, pues en caso contrario esa precisión perdería todo su sentido.

122. El artículo 1, punto 6, letra f), del TCE no se refiere pues a cualquier derecho contractual que guarde relación con una actividad económica en el sector de la energía, sino que añade un requisito adicional para que un derecho contractual pueda ser considerado una inversión protegida en el sentido del TCE. Así se desprende de la propia formulación de esa disposición. De este modo, la utilización de la expresión «para emprender» indica que el derecho contractual controvertido debe haberse conferido *a efectos* del ejercicio de una actividad económica en el sector de la energía. [83] El derecho contractual debe permitir al beneficiario ejercer una actividad económica en el sector de la energía que no podría ejercer si ese derecho no existiese. En otras palabras, el derecho contractual debe permitir el ejercicio de esa actividad y crear las condiciones para ello. [84]

123. Pues bien, aunque un crédito contractual es efectivamente un derecho conferido por contrato, no puede considerarse sin embargo que autoriza el ejercicio de una actividad económica en el sector de la energía cuando se adquiere *después* de su constitución ante el titular inicial. En tales circunstancias, el crédito no otorga a su titular el derecho a ejercer una actividad económica en el sector de la energía, sino únicamente a reclamar el pago por esa actividad.

124. Además, aun teniendo en cuenta el origen del crédito, *quod non*, a saber, el contrato de suministro de electricidad, considero que se llegaría al mismo resultado. Aunque un contrato de compraventa de electricidad entre dos sociedades permite efectivamente a una de ellas suministrar electricidad a la otra, no es ese contrato el que autoriza el ejercicio de una actividad económica en el sector de la energía. En efecto, la sociedad que suministra la electricidad ya está

[82] En particular, a través del mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 26 del TCE. Aunque determinadas operaciones comerciales en ocasiones presentan características que pueden justificar que sean calificadas de «inversiones» (véase, a este respecto, Pyka, M., *op. cit*., pp. 175 a 181). No creo que esa apreciación pueda aplicarse en este caso.

[83] Por otra parte, esa interpretación se desprende aún más claramente de la versión en inglés del TCE: «any right conferred […] by contract […] *to undertake* any economic activity in the energy sector» (cualquier derecho conferido por […] contrato *para emprender* cualquier actividad económica en el sector de la energía) (el subrayado es mío).

[84] Un ejemplo clásico de ese tipo de derechos contractuales sería una concesión para explotar una infraestructura en el territorio de la Parte contratante.

en disposición de suministrar la electricidad de que se trata a su contraparte, de manera que el contrato no contiene en ningún caso una autorización o un derecho a ejercer una actividad económica en el sector de la energía en el país de acogida.

125. Por consiguiente, en mi opinión, ese crédito no está englobado en el artículo1, punto 6, letra f), del TCE.

126. De lo anterior resulta que ni el artículo 1, apartado 6, letra c), ni el artículo 1, punto 6, letra f), del TCE pueden interpretarse en el sentido de que un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad que no ha implicado aportación alguna es una inversión en el sentido de esas disposiciones.

c) Sobre la definición general del concepto de «inversión» del artículo 1, punto 6, del TCE

127. Ha de tenerse en cuenta que el artículo 1, punto 6, del TCE también prevé una definición general, desde luego vaga, del concepto de «inversión» y que la lista de inversiones que incluye no es exhaustiva. Cabría pues defender que un crédito que no está englobado en el artículo 1, punto 6, letras c) o f), del TCE podría constituir, no obstante, una inversión en el sentido del artículo 1, punto 6, del TCE, en la medida en que constituye un «activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor».

128. Ese argumento no resulta convincente. Como ya he señalado, [85] los créditos contractuales son los únicos activos para los que el artículo 1, punto 6, del TCE establece limitaciones expresas a efectos de poder ser considerados una inversión. No cabe pues remitirse a la definición general del concepto de «inversión» con el único fin de evitar las limitaciones que, sin embargo, están previstas en el artículo 1, punto 6, letras c) y f), del TCE, so pena de negar la existencia de esas disposiciones precisas y llevar a cabo una interpretación *contra legem* del concepto de «inversión» en el sentido del TCE.

129. Por consiguiente, propongo que se responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, punto 6, del TCE debe interpretarse en el sentido de que un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad que no ha implicado aportación alguna no es una inversión en el sentido de dicha disposición.

2. Sobre la segunda cuestión prejudicial

130. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se determine, en esencia, si el artículo 26, apartado 1, del TCE debe interpretarse en el sentido de que constituye una inversión la adquisición por una empresa de una Parte contratante de un crédito constituido por un operador económico de un tercer Estado ajeno al TCE.

131. Conviene recordar, a este respecto, que el crédito controvertido se deriva de una relación contractual entre Moldtranselectro y Derimen, esta última registrada en las Islas Vírgenes Británicas, es decir, un tercer Estado ajeno al TCE.

[85] Véase el punto 107 de las presentes conclusiones.

132. El artículo 26, apartado 1, del TCE permite solucionar controversias entre una Parte contratante y un inversor de otra Parte contratante cuando la controversia versa sobre una inversión *de dicho inversor*. El órgano jurisdiccional se pregunta sobre la eventual incidencia del origen del crédito, cuando este haya sido inicialmente constituido por un operador económico de un tercer Estado ajeno al TCE, en su calificación como «inversión» en el sentido del artículo 26, apartado 1, del TCE, que exige que tal inversión haya sido realizada por un inversor de una Parte contratante.

133. Conviene señalar, de entrada, que, a la luz de la respuesta que propongo para la primera cuestión prejudicial, no es necesario responder a la segunda cuestión prejudicial, por cuanto al responder en sentido negativo a la primera, no es necesario determinar si el origen del crédito incide de algún modo en su calificación como inversión de un inversor de una Parte contratante en el sentido del artículo 26, apartado 1, del TCE.

134. No obstante, en aras de la exhaustividad, examinaré la segunda cuestión prejudicial para el caso de que el Tribunal de Justicia no comparta mi análisis de la primera cuestión prejudicial, partiendo de la premisa de que ese crédito puede constituir una inversión en el sentido del artículo 1, punto 6, del TCE.

135. Como señala el órgano jurisdiccional remitente y como destaca la República de Moldavia, para determinar si una inversión es efectivamente «de un inversor de una Parte contratante», es preciso remitirse al artículo 1, punto 8, del TCE, que define la expresión «realizar inversiones». Dicha disposición establece, en particular, que puede realizarse una inversión mediante la adquisición, en todo o en parte, de inversiones ya existentes. En cambio, no exige que la inversión ya existente de que se trate haya sido inicialmente constituida en un Estado parte del TCE.

136. La República de Moldavia sostiene sin embargo que existe ese requisito. En su opinión, la expresión «inversión ya existente» debe interpretarse en función de la definición de «inversión» del artículo 1, punto 6, del TCE, que establece que una inversión debe ser «poseíd[a] o controlad[a] directa o indirectamente por un inversor». Pues bien, señala que el artículo 1, punto 7, del TCE define a su vez el término «inversor» como «la empresa u otra organización constituida con arreglo a la legislación aplicable en [una] Parte contratante». Así, alega que, dado que el operador económico, titular inicial del crédito de que se trata, es un operador de un tercer Estado ajeno al TCE, no puede ser considerado un inversor en el sentido del artículo 1, punto 7, del TCE, de tal manera que el crédito controvertido no puede constituir una «inversión ya existente» realizada por una empresa de una Parte contratante en el sentido del artículo 1, punto 8, y del artículo 26, apartado 1, del TCE.

137. Este argumento no resulta convincente. Aunque el razonamiento de la República de Moldavia relativo a la necesidad de remitirse al artículo 1, puntos 6 a 8, del TCE para definir lo que engloba la expresión «inversión realizada por» es correcto, la conclusión a la que llega se basa en una interpretación parcial de esos artículos.

138. Como ya he señalado,[86] no solo el artículo 1, punto 8, del TCE no impone ningún requisito en cuanto al origen geográfico de la inversión ya existente, sino que las disposiciones examinadas prevén expresamente que esa inversión pueda ser constituida por un operador económico de un tercer Estado ajeno al TCE. En efecto, el artículo 1, punto 7, del TCE define el concepto de «inversor» en lo que respecta tanto a las Partes contratantes como a los terceros Estados. Está

[86] Véase el punto 135 de las presentes conclusiones.

pues claramente admitido que un inversor puede ser originario de un tercer Estado ajeno al TCE, sin que ello implique, no obstante, que las inversiones que realice no sean inversiones ya existentes en el sentido del TCE. [87]

139. En estas circunstancias, el hecho de que el crédito haya sido constituido por un operador económico de un tercer Estado ajeno al TCE no incide en modo alguno en su calificación como «inversión ya existente», habida cuenta de que ese operador debe ser considerado asimismo, según los términos del TCE, un inversor.

140. De ello se desprende que la adquisición por un operador de una Parte contratante de un crédito constituido por un operador económico de un tercer Estado ajeno al TCE debe considerarse una adquisición de una inversión ya existente y, en consecuencia, como una inversión de un inversor de una Parte contratante en el sentido del TCE.

141. La República de Moldavia, Komstroy y la Comisión formularon no obstante una reserva en cuanto a la posibilidad de que se produzca un abuso del Derecho en tales circunstancias. En efecto, no puede excluirse que una inversión constituida por un operador de un tercer Estado ajeno al TCE sea adquirida por un inversor de una Parte contratante con la única finalidad de beneficiarse de la protección que confiere el TCE, en particular para que se aplique el artículo 26, apartado 1, del TCE con el fin de poder presentar una demanda contra una Parte contratante, que, de no ser así, no podría presentar.

142. Aunque es cierto que existe esa posibilidad, esta circunstancia no basta, sin embargo, para excluir automáticamente la protección de las inversiones que confiere la opción de recurrir al mecanismo de solución de controversias para una inversión adquirida a un operador de un tercer Estado ajeno al TCE. Dicha interpretación no solo no me parece compatible con las disposiciones del TCE anteriormente analizadas, sino que además implica que ninguna inversión adquirida a un inversor extranjero estaría protegida por el TCE.

143. En dichas circunstancias, la existencia de un abuso del Derecho solo puede ser apreciada caso por caso, y no puede justificar un principio según el cual una inversión adquirida por un inversor de una Parte contratante a un inversor de un tercer Estado ajeno al TCE no debe considerarse una inversión del primero de ellos, en el sentido del artículo 26, apartado 1, del TCE. Incumbe pues al órgano jurisdiccional remitente comprobar los motivos que llevaron a Komstroy a adquirir el crédito controvertido, con el fin de determinar si esa adquisición tenía por único objetivo presentar una demanda contra la República de Moldavia al amparo del TCE.

144. Por consiguiente, en el caso de que el Tribunal de Justicia no comparta mi análisis en relación con la primera cuestión prejudicial, propongo que se responda a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 26, apartado 1, del TCE debe interpretarse en el sentido de que la adquisición de un crédito constituido en favor de un inversor de un tercer Estado ajeno al TCE es una inversión en el sentido de esa disposición, a menos que la adquisición haya tenido como único

[87] Conviene precisar que, si bien una inversión realizada por un inversor de un tercer Estado ajeno al TCE es efectivamente una inversión en el sentido del TCE, no es, sin embargo, una inversión *protegida* por ese texto, pues las disposiciones materiales de promoción y protección de las inversiones hacen referencia expresa y exclusivamente a las inversiones de inversores de las Partes contratantes. Véase, en particular, el artículo 10 del TCE: «las Partes contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que *los inversores de otras Partes contratantes* realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las *inversiones de los inversores de otras Partes contratantes* un trato justo y equitativo» (el subrayado es mío).

objetivo beneficiarse de la protección que confieren las disposiciones del TCE y, en particular, que se pueda presentar una demanda ante un órgano arbitral contra una Parte contratante, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

3. Sobre la tercera cuestión prejudicial

145. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 26, apartado 1, del TCE debe interpretarse en el sentido de que un crédito perteneciente a un inversor, derivado de un contrato de compraventa de electricidad suministrada en la frontera del Estado anfitrión, puede constituir una inversión realizada en el territorio de otra Parte contratante, cuando el inversor no ejerce actividad económica alguna en el territorio de ese Estado.

146. Procede señalar, de nuevo, que la tercera cuestión prejudicial tiene carácter subsidiario. En efecto, si se responde a la primera cuestión prejudicial que un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad no es una inversión, no resulta pertinente determinar si dicho crédito se ha realizado *en el territorio* de otra Parte contratante.

147. En aras de la exhaustividad responderé, no obstante, a la tercera cuestión prejudicial para el supuesto de que el Tribunal de Justicia no comparta mi análisis de las cuestiones prejudiciales primera y segunda, presuponiendo, *quod non*, que un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad es una inversión en el sentido del TCE.

148. La República de Moldavia, apoyada en tal sentido por el Gobierno español y la Comisión, aduce que no se ha realizado ninguna inversión en su territorio, dado que la electricidad suministrada en virtud del contrato del que deriva el crédito se entregaba en la parte ucraniana de la frontera entre Ucrania y Moldavia.

149. Este argumento se deriva de la lectura del artículo 1, punto 6, letra c), del TCE, que dispone que un crédito pecuniario es una inversión si se deriva de un contrato que esté a su vez relacionado con una inversión. Sin embargo, parece pasar por alto un elemento esencial. En efecto, aunque resulta pertinente analizar la inversión con la que está relacionado el contrato del que deriva el crédito controvertido, a efectos de calificar ese crédito como «inversión», una vez determinado ese elemento, la inversión de que se trata es únicamente el crédito, sin que sea necesario volver a referirse una vez más a la inversión relacionada.

150. La inversión que constituye el objeto del litigio y que debe, por consiguiente, ser examinada a la luz del artículo 26, apartado 1, del TCE no es pues el suministro de electricidad que prevé el contrato del que deriva el crédito, sino el propio crédito. Procede entonces simplemente determinar si la adquisición de ese crédito puede considerarse una inversión en el territorio de Moldavia, sin que sea preciso identificar si el contrato del que deriva ese crédito está relacionado con una inversión realizada, a su vez, en ese territorio.

151. La inversión controvertida, es decir, el crédito, pertenece en este caso a un inversor ucraniano, frente a una sociedad establecida en Moldavia. Pues bien, el artículo 1, punto 10, del TCE define el término «territorio» simplemente como «el territorio sobre el que esta ejerza su soberanía». De lo anterior resulta que un crédito frente a una sociedad establecida en el territorio moldavo puede considerarse una inversión realizada en el territorio de dicha Parte contratante, bastando para ello identificar el lugar en el que esté establecido el deudor del crédito.

152. En cualquier caso, se alcanzaría el mismo resultado si se acogiera el argumento de la República de Moldavia según el cual resulta necesario comprobar también el territorio en el que se ha realizado la inversión con la que está relacionado el contrato del que deriva el crédito.

153. Desde un punto de vista formal, la electricidad se suministra efectivamente hasta la frontera con Moldavia. Sin embargo, a riesgo de adoptar una solución excesivamente formalista, no es menos cierto que, en última instancia, la electricidad se introduce en la red moldava y que esta circunstancia constituye el dato principal del problema. El hecho de que haya sido entregada por el operador de un lado u otro de la frontera no puede incidir en ese resultado. [88] En realidad, la electricidad suministrada está en cualquier caso destinada a ser distribuida en territorio moldavo y, por tanto, en el territorio de esa Parte contratante. [89]

154. Por consiguiente, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia no comparta mi análisis relativo a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, propongo que se responda a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 26, apartado 1, del TCE debe interpretarse en el sentido de que un crédito en favor de un inversor de una Parte contratante frente a un operador de otra Parte contratante es una inversión del primero en el territorio de esta otra Parte contratante.

V. Conclusión

155. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por la cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París, Francia):

«El artículo 1, punto 6, del Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y aprobado en nombre de la Unión Europea mediante la Decisión 98/181/CE, CECA, 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, debe interpretarse en el sentido de que un crédito derivado de un contrato de suministro de electricidad que no ha implicado aportación alguna no es una inversión en el sentido de dicha disposición.»

88 Audit, M., *op. cit.*

89 Sobre todo teniendo en cuenta que, en lo que respecta a la electricidad, es puramente ficticio imaginar una entrega en la frontera. Según se desprende de la resolución de remisión, las redes eléctricas de Ucrania y de Moldavia están interconectadas y no resulta razonable considerar que la electricidad se entrega en un punto A y se almacena a la espera de que su destinatario la recupere en ese mismo punto.