

EL BREXIT Y LOS ACUERDOS DE RETIRADA Y DE COMERCIO Y COOPERACIÓN: MARCO INSTITUCIONAL Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

BREXIT AND THE WITHDRAWAL AND TRADE AND COOPERATION AGREEMENTS: INSTITUTIONAL FRAMEWORK AND DISPUTE SETTLEMENT MECHANISMS

Patricia Elena Fröhlingsdorf Nicolás*

RESUMEN: El nuevo marco jurídico en el que se han de desenvolver las relaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido, a partir del 1 de enero del año 2021 tiene como base dos acuerdos fundamentales, el Acuerdo de Retirada y el Acuerdo de Comercio y Cooperación, este último pendiente de su formal entrada en vigor, pero de aplicación provisional, según decisión de Consejo, de 29 de diciembre de 2021. Ambos acuerdos, que coexistirán durante un cierto tiempo, son independientes y presentan significativas diferencias entre sí, algunas de ellas en cuestiones ciertamente importantes. A lo largo del presente artículo se examinarán las normas sobre gobernanza contenidas en ambos acuerdos, haciendo especial referencia a los mecanismos de solución de controversias establecidos en cada uno de ellos. Asimismo, se llamará la atención sobre los puntos más críticos de los sistemas arbitrales diseñados en ambos Acuerdos, atendiendo especialmente a la situación en la quedan los particulares frente a los incumplimientos de los Acuerdos que les supongan un perjuicio y a la protección de las inversiones.

* Abogado del Estado. Letrado de la Comunidad de Madrid (en excedencia). Correo-e: patricia.froehlingsdorf@mjusticia.es.

El presente trabajo no ha contado con ninguna financiación directa o indirecta procedente de entidad alguna, pública o privada, con o sin ánimo de lucro.

PALABRAS CLAVE: Brexit; solución de controversias; protección de inversiones.

ABSTRACT: The new legal framework within which relations between the European Union and the United Kingdom are to develop as of 1 January 2021 is based on two fundamental agreements, the Withdrawal Agreement and the Trade and Cooperation Agreement, the latter pending its formal entry into force, but provisionally applied, according to the Council decision of 29 December 2021. The two agreements, which will coexist for some time, are independent and differ significantly from each other, some of them on certainly important issues. Throughout the present review, the governance rules contained in the two agreements will be examined, with reference to the dispute settlement mechanisms. Attention will also be drawn to the most critical points of the arbitration proceedings determined in both Agreements, with particular regard to the position in which individuals are placed in the event of violation of the Agreements which cause them damages and the investments protection.

KEYWORDS: Brexit; dispute settlement mechanisms; investment protection.

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DE RETIRADA Y DE COMERCIO Y COOPERACIÓN.—2. GOBERNANZA DE LOS ACUERDOS Y MARCO INSTITUCIONAL: 2.1. Supervisión de la ejecución y aplicación de los acuerdos por Comités y autoridades independientes: 2.1.1. Acuerdo de Retirada. 2.1.2. Acuerdo de Comercio y de Cooperación. 2.2. Supervisión de la ejecución y aplicación de los acuerdos por el TJUE. 2.3. Aplicación de los Acuerdos en los ordenamientos internos.—3. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: 3.1. Acuerdo de Retirada: 3.1.1. Periodo de consultas. 3.1.2. Procedimiento arbitral. 3.1.3. Cumplimiento y ejecución del laudo. 3.2. Solución de diferencias en el marco del Acuerdo de Comercio y Cooperación: 3.2.1. Ámbito de aplicación. 3.2.2. Elección de foro. 3.2.3. Consultas 3.2.4. Procedimiento ante el Tribunal de arbitraje 3.2.5. Cumplimiento y ejecución del laudo 3.2.6. Medidas de salvaguardia.—4. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PREVISTOS EN AMBOS ACUERDOS: 4.1. Configuración de un sistema Estado-UE que excluye la legitimación de los particulares en el procedimiento arbitral. 4.2. Ausencia de un marco específico de protección de inversiones.—CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

A raíz del referéndum celebrado el 23 de junio de 2016, en el que los ciudadanos británicos votaron a favor de la salida del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en adelante “Reino Unido”) de la Unión Europea, el 29 de marzo de 2017, el Reino Unido activó formalmente, y por primera vez en la historia de la UE, el art. 50 del Tratado de la Unión Europea¹ (TUE)

¹ «1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.

en el que se prevé la retirada voluntaria y unilateral de un Estado miembro, iniciándose el 19 de junio de 2017 las negociaciones entre el Reino Unido y la propia UE para definir los principios que habrían de servir de marco jurídico para la retirada.

El 31 de enero de 2020, con la entrada en vigor del Acuerdo sobre la Retirada del Reino Unido de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante, «Acuerdo de Retirada»)² se iniciaba un periodo transitorio que duraría hasta el 31 de diciembre de 2020, periodo durante el cual el Reino Unido, perdida ya su condición de Estado miembro, permanecería plenamente vinculado al Derecho de la Unión Europea.

Dentro del marco de estabilidad para la negociación creado en el Acuerdo de Retirada, debía negociarse un acuerdo sobre la relación futura entre la UE y el Reino Unido. Las negociaciones para la celebración de dicho acuerdo se iniciaron formalmente el 2 de marzo de 2020 y culminaron el pasado 24 de diciembre, tras alcanzarse un compromiso sobre los siguientes acuerdos, firmados el día 30 de diciembre de 2020, los cuales entraron en vigor, de manera provisional, el día 1 de enero de 2021³:

— El Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y Euratom, por un lado, y el Reino Unido, que es el acuerdo principal⁴.

— El Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada y su

2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.

3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo».

² Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020 relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

³ Junto a estos tres acuerdos, ha de tenerse presente asimismo la Decisión (UE) 2020/2252 del Consejo de 29 de diciembre de 2020 relativa a la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, y del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a los procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada

⁴ Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra.

protección, que, como se indica en el último considerando de su preámbulo, es considerado un “acuerdo complementario” al Acuerdo sobre Comercio y Desarrollo⁵.

— El Acuerdo de Cooperación entre el Reino Unido y Euratom sobre la seguridad de las utilizaciones y usos pacíficos de la energía nuclear⁶.

El Acuerdo de Comercio y Cooperación no viene a reemplazar al Acuerdo de Retirada, lo que supone que los derechos de los ciudadanos que se tutelan en este último conservan su vigencia (como también las disposiciones relativas a los Protocolos de Irlanda y Chipre).

La culminación de este proceso de negociación marca el inicio de un nuevo capítulo en la historia política y jurídica de la UE, que se desarrollará bajo el paraguas de un marco jurídico e institucional complejo, caracterizado por la interacción de varios ordenamientos jurídicos – el comunitario y los nacionales de los Estados miembros, por un lado, y, el de Reino Unido, por otro-, y presidido por la necesaria interconexión de dos acuerdos de muy distinta naturaleza y pendientes, en parte, de un desarrollo complementario.

1. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DE RETIRADA Y DE COMERCIO Y COOPERACIÓN

El Acuerdo de Retirada, de una parte, garantiza, una retirada ordenada de Reino Unido de la UE y proporciona seguridad jurídica a los ciudadanos, operadores económicos y administraciones de la Unión Europea y del Reino Unido una vez que los Tratados y el Derecho de la UE dejen de aplicarse al Reino Unido, y, de otra, ofrece protección a los ciudadanos de la Unión Europea y a los nacionales del Reino Unido que hayan ejercido sus derechos al amparo del ordenamiento jurídico de la Unión antes del 31 de diciembre de 2020.

Se halla dividido en seis partes, siendo la primera de ellas su columna vertebral, en cuanto recoge una serie de disposiciones comunes, estableciendo cláusulas generales para una comprensión y un funcionamiento correctos del Acuerdo.

La Parte II relativa a los derechos de los ciudadanos, protege y garantiza los derechos de los ciudadanos de ambas partes (entre otros, los derechos de residencia, al trabajo tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, al reco-

⁵ Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada.

⁶ Acuerdo de Cooperación entre el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comunidad Europea de la Energía Atómica en el ámbito de los usos seguros y pacíficos de la energía nuclear.

nocimiento de cualificaciones profesionales, a la atención médica, pensiones y a otros derechos derivados de la Seguridad Social).

En la Parte III se regulan pormenorizadamente las distintas situaciones planteadas por la separación, con el fin de garantizar una transición ordenada en varios ámbitos (libre circulación de bienes, cooperación policial y judicial, protección de datos, protección de los derechos de propiedad intelectual contratación pública, cooperación administrativa entre los Estados miembros y Reino Unido, entre otros).

Las Partes IV y V, respectivamente, contienen disposiciones referidas al periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020 y liquidación financiera de las obligaciones contraídas por Reino Unido antes de su salida de la Unión.

Por último, la Parte VI tiene por objeto fijar la estructura general de gobernanza del Acuerdo de Retirada, procurando su aplicación y cumplimiento eficaces y regulando unos específicos mecanismos adecuados de solución de diferencias y de garantía del cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes, cuestiones que serán abordadas más adelante.

El Acuerdo de Retirada se completa con tres protocolos:

- Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte.
- Protocolo sobre las zonas de soberanía del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Chipre.
- Un Protocolo sobre Gibraltar.

El Acuerdo de Retirada es un acuerdo singular por ser el primero de tal naturaleza que se negocia con un Estado miembro de la Unión Europea.

Ahora bien, el Acuerdo de Comercio y de Cooperación resulta asimismo extraordinariamente singular o excepcional, pues mientras que, como regla general, las negociaciones de los acuerdos de libre comercio están presididas por una relación de confianza entre las partes, que les lleva suprimir barreras que puedan suponer un obstáculo a las relaciones comerciales entre las partes interesadas, el Acuerdo de Comercio y de Cooperación es el resultado de lo que podría calificarse como proceso inverso: parte de la existencia de un mercado único y una Unión Aduanera, para regular, entre otras cuestiones, la reaparición de obstáculos a las relaciones comerciales entre las partes. Todo ello, además, determinado por la voluntad de Reino Unido de buscar la mayor separación posible respecto de la Unión.

Este deseo de distanciamiento del Reino Unido se refleja en numerosos puntos del acuerdo, siendo quizá los más significativos, por un lado, y desde el punto de vista institucional, la supresión, con carácter general, de cualquier competencia que hubiera podido corresponder al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para conocer de las controversias derivadas de la interpretación y aplicación del acuerdo; por otro, desde el punto de vista de los mecanismos de aplicación del Derecho comunitario, la deliberada exclusión la eficacia directa de sus disposiciones.

El Acuerdo de Comercio y Cooperación celebrado entre la UE y el Reino Unido comprende cuatro grandes bloques:

- Un acuerdo de libre comercio.
- Un marco de cooperación en cuestiones económicas, sociales, medioambientales y pesqueras.
- Un nuevo marco para la cooperación policial y judicial en materia penal.
- Un marco general de gobernanza para el acuerdo en su conjunto.

Quedan, sin embargo, fuera del Acuerdo de Comercio y Cooperación otros sectores como la política exterior, la seguridad exterior y la cooperación en materia de defensa, de manera que toda participación futura del Reino Unido en la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), en la Política Común de Seguridad y Defensa (PESD) o en el marco de la Cooperación Estructurada Permanente (PESCO), se someterá íntegramente a las reglas de participación de cualesquiera otros terceros Estados.

Además, a pesar de la más que considerable extensión del Acuerdo (casi 1.500 páginas en la versión española), no han sido objeto del mismo ni la regulación de la transferencia de datos personales entre el Reino Unido y la Unión, ni la equivalencia de los servicios financieros⁷, que queda de esta manera supeditada a las decisiones de adecuación y equivalencia que, respectivamente, dicte la Unión. Asimismo, queda fuera del Acuerdo el estatus de Reino Unido como tercer país a efectos sanitarios y fitosanitarios.

2. GOBERNANZA DE LOS ACUERDOS Y MARCO INSTITUCIONAL

Tanto el preámbulo del acuerdo de Retirada, como el del Acuerdo de comercio y cooperación reconocen, en términos muy similares, la necesidad de garantizar una interpretación y aplicación correcta de sus respectivas disposiciones, configurándose como esencial el establecimiento de disposiciones que aseguren su gobernanza global, en particular en lo que afecta a las reglas en materia de solución de controversias y de control de la aplicación de los acuerdos, de tal manera que se respete la plena autonomía de los ordenamientos jurídicos de la Unión, de un lado, y del Reino Unido, de otro, así como el estatuto del Reino Unido como tercer Estado. Ambos acuerdos

⁷ El Real Decreto Ley 38/2020 de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020, establece, entre otras cuestiones, un marco para garantizar la continuidad de los contratos de servicios financieros presentados en España por entidades financieras establecidas en el Reino Unido.

prevén un marco institucional horizontal, abordando cuestiones relativas a la gestión, administración y supervisión de los respectivos Acuerdos, estableciendo mecanismos de solución de controversias y de control de la implementación y cumplimiento de los compromisos de las partes.

La gobernanza de ambos acuerdos se perfila como esencial en la futura relación UE y Reino Unido. Antes de analizar los mecanismos de solución de controversias establecidos en ambos acuerdos, resulta preciso examinar cuales son los sistemas de supervisión y ejecución de estos que en cada caso se establecen.

2.1. Supervisión de la ejecución y aplicación de los acuerdos por Comités y autoridades independientes

Ambos acuerdos han configurado un sistema de supervisión y ejecución de los acuerdos en el que el papel protagonista se atribuye a unos órganos no jurisdiccionales, sino de naturaleza política.

2.1.1. Acuerdo de Retirada

En el Acuerdo de Retirada, la gestión y supervisión de la aplicación y ejecución del acuerdo se ha encomendado a un Comité Mixto, integrado por representantes de la Unión y del Reino Unido y copresidido por un miembro de la Comisión Europea y por un miembro del Gobierno de Reino Unido.

El Comité Mixto puede contar con el apoyo o asistencia de comités especializados⁸ y, en algunas áreas, con el apoyo de grupos de trabajo técnicos. Además de otras funciones que le atribuye el art. 164, al Comité le corresponde buscar formas y métodos apropiados para prevenir los problemas que puedan surgir en los ámbitos regulados por el Acuerdo, resolver las controversias que puedan surgir en cuanto a su interpretación y aplicación y adoptar modificaciones del Acuerdo en los casos expresamente previstos en el mismo, al tiempo que se configura como el foro adecuado para canalizar las consultas previas al inicio del procedimiento de solución de controversias previsto en la Parte sexta.

Las decisiones del Comité Mixto, a las que se reconocen los mismos efectos jurídicos que al propio Acuerdo de Retirada, serán vinculantes para el

⁸ Art. 165 del Acuerdo de Retirada: el Comité de derechos de los ciudadanos; el Comité sobre otras disposiciones de separación; el Comité sobre cuestiones relacionadas con la aplicación del Protocolo sobre Irlanda/Irlanda del Norte; el Comité sobre cuestiones relacionadas con la aplicación del Protocolo sobre las zonas de soberanía en Chipre; el Comité sobre cuestiones relacionadas con la aplicación del Protocolo sobre Gibraltar; y el Comité sobre las disposiciones financieras.

Reino Unido y la Unión, y tanto la Unión como el Reino Unido ejecutarán dichas decisiones.

El papel absolutamente fundamental que dentro del marco institucional desempeña el Comité Mixto, ha podido ya ponerse de manifiesto en relación con la controversia surgida a raíz de la presentación por el Gobierno del Reino Unido, el 9 de septiembre de 2020, del Proyecto de ley sobre el mercado interior del Reino Unido⁹ que, de ser aprobado, vulneraría el Acuerdo de Retirada, concretamente, el Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte. Es precisamente en el seno del Comité mixto donde se llegó a un acuerdo entre las partes, después de que la Comisión hubiera enviado al Reino Unido una carta de emplazamiento por incumplimiento de las disposiciones sustantivas de la legislación de la UE en materia de circulación de mercancías y viajes de animales de compañía aplicables en virtud del Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte. Esto marca el inicio del proceso establecido en el art. 12(4) del Protocolo.

En particular, y por lo que se refiere a la supervisión de la ejecución y aplicación de la segunda parte del Acuerdo de Retirada, ha de hacerse mención a la función encomendada a la denominada “autoridad independiente” del Reino Unido, prevista en el art. 159, y a la que se le atribuyen competencias equivalentes a las de la Comisión Europea, bien para llevar a cabo investigaciones por iniciativa propia relativas a presuntas infracciones cometidas por las autoridades administrativas del Reino Unido, bien para recibir denuncias de los ciudadanos de la Unión a efectos de la incoación de dichas investigaciones. A raíz de tales denuncias, la Autoridad tendrá también derecho a interponer una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Reino Unido.

2.1.2. *Acuerdo de Comercio y Cooperación*

Por su parte, el Acuerdo de Comercio y Cooperación establece una estructura institucional más compleja en la que tanto las funciones de supervisión de la consecución de los objetivos del Acuerdo y de cualquier otro complementario, como las de supervisión de su ejecución y aplicación, se atribuyen a un Consejo de Asociación, compuesto por representantes de la Unión y del Reino Unido y copresidido por un miembro de la Comisión Europea y un representante del Gobierno del Reino Unido a nivel ministerial, que podrá recibir apoyo de comités especializados.

El Acuerdo de Comercio y de Cooperación crea una red de comités, ciertamente más desarrollada o compleja que la del Acuerdo de Retirada, instituyendo un Comité de Asociación comercial y una multitud de comités especializados (art. INST. 2), como son el Comité Especializado en Comercio en materia de Contratación Pública, Comité Especializado en Comercio en ma-

⁹ *United Kingdom Internal Market Bill*.

teria de Igualdad de Condiciones para una Competencia Abierta y Justa y el Desarrollo Sostenible, Comité Especializado en Cooperación Policial y Judicial o el Comité Especializado en Participación en Programas de la Unión.¹⁰

Sin perjuicio de las amplias competencias que le reconoce el art. INST.1 apartado 4, entre las que se incluye, además de las ya mencionadas, la de adoptar decisiones que modifiquen el acuerdo o cualquier otro complementario (exceptuado el ámbito del marco institucional), el Consejo de Asociación se ha configurado como el foro o instrumento principal para conducir las consultas en caso de que surjan controversias entre las partes relativas a la interpretación y/o aplicación del Acuerdo, al tiempo que mantiene un importante control en el desarrollo de los procedimientos arbitrales.

Las decisiones (no así las recomendaciones) adoptadas por el Consejo de Asociación o, en su caso, por un comité, serán vinculantes para las partes y para todos los órganos creados en virtud del acuerdo y de todo acuerdo complementario, así como para los tribunales de arbitraje previstos dentro de las disposiciones relativas a la solución de controversias (art. INST.4).

2.2. Supervisión de la ejecución y aplicación de los acuerdos por el TJUE

En el Acuerdo de Retirada, la Unión Europea y el Reino Unido han convenido en permitir que sea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien actúe como árbitro último en todas aquellas cuestiones relacionadas con el Derecho de la UE o los conceptos del Derecho de la Unión.

El Acuerdo reserva un papel esencial al TJUE, no solo al prever la existencia de un dialogo permanente entre este y los más altos órganos jurisdiccionales del Reino Unido, sino al contemplar expresamente la posibilidad de que i) incluso los propios tribunales nacionales de Reino Unido puedan también plantear cuestiones prejudiciales cuanto se susciten dudas en cuanto a la interpretación de las disposiciones contenidas las partes quinta (art. 161) y segunda (art. 158), en este último caso, durante un periodo de ocho años desde de la finalización del periodo transitorio; y ii) el TJUE pueda seguir conociendo de aquellos asuntos que se hubieren iniciado antes de la finalización del periodo transitorio o, con posterioridad a la finalización de dicho periodo en los supuestos contemplados en el art. 87.

En consonancia con ello, se prevé que las disposiciones del Acuerdo que se refieran al Derecho de la Unión o a conceptos o disposiciones de este se interpretarán y aplicarán conforme a los métodos y principios generales del

¹⁰ Se establecen además otras formas de cooperación como son los Grupos de trabajo (art. INST.33); la Asamblea Parlamentaria de Asociación (art. INST.5), así como los denominados Grupos Consultivos Internos (art. INST. 6) y el Foro de la Sociedad Civil (art. INST.7).

Derecho de la Unión y de conformidad con la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada antes del final del periodo transitorio¹¹.

Interesa asimismo mencionar que también el art. 12(4) del Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte atribuye a las instituciones de la UE y, en particular, la Comisión Europea y TJUE poderes de supervisión y ejecución según los Tratados de la UE en relación con disposiciones específicas del Protocolo.

En cambio, la función que debía reservarse al TJUE en el marco del Acuerdo de Comercio y Cooperación, fue, desde el principio hasta el final del periodo de negociaciones uno de cuestiones más arduas.

Por un lado, mientras que la Comisión Europea defendió desde un primer momento que las controversias que pudieran surgir en la aplicación e interpretación del Acuerdo, debían ser necesariamente resueltas por el TJUE, por otro, el Reino Unido convirtió la exclusión de toda intervención del TJUE en su caballo de batalla, haciendo de esta exclusión una condición en manera alguna negociable¹². Reino Unido se aseguraba con ello, de forma similar al efecto logrado con la exclusión de la aplicabilidad directa del acuerdo, que este no se haría efectivo por vía de la interpretación jurisprudencial del TJUE.

Es por ello que las disposiciones del Acuerdo y de todos los acuerdos complementarios se interpretarán de buena fe de conformidad con su sentido corriente en su contexto y a la luz del objeto y el propósito del acuerdo conforme a las normas habituales de interpretación del Derecho internacional público, incluidas las codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, y se dispone además que ni el Acuerdo ni ningún otro complementario imponen obligación de interpretar sus disposiciones conforme al Derecho nacional de una u otra parte y, así como que la interpretación del acuerdo o de cualquier otro acuerdo complementario dada por las jurisdicciones de una u otra de las partes, no vincula a la jurisdicción de la otra parte (art. COMPROV.13).

¹¹ Sin perjuicio de ello el art. 4.5 dispone que, al interpretar y aplicar el presente Acuerdo, las autoridades judiciales y administrativas del Reino Unido tendrán debidamente en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada después del final del periodo transitorio.

¹² Durante todo el proceso de negociación, el Reino Unido apostó por una tajante desvinculación del TJUE, asumiendo que “we will not agree to any obligations for our laws to be aligned with the EU’s, or for the EU’s institutions, including the Court of Justice, to have any jurisdiction in the UK” y “. The CFTA should be supplemented by a range of other international agreements covering, principally, fisheries, law enforcement and judicial cooperation in criminal matters, transport, and energy, and once again this paper sets out the content of such agreements in detail. All these agreements should have their own appropriate and precedented governance arrangements, with no role for the Court of Justice”; *The Future Relationship with the EU | The UK’s Approach to Negotiations* (2020).

Con carácter excepcional, el art. UNPRO 4.4 establece que las decisiones adoptadas por la Comisión Europea que comporten alguna obligación pecuniaria respecto a personas físicas o jurídicas distintas de los estados en relación con cualquier derecho emanado de los programas, actividades, acciones o proyectos de la Unión tendrán fuerza ejecutiva en el Reino Unido, siendo el TJUE el órgano competente para revisar su legalidad.

2.3. Aplicación de los Acuerdos en los ordenamientos internos

Ambos acuerdos descansan sobre filosofías diferentes y, en consecuencia, establecen reglas divergentes en lo que concierne a su aplicación y proyección sobre los ordenamientos jurídicos internos de cada una de las partes. Así que, mientras respecto de alguna de sus disposiciones, el Acuerdo de Retirada es susceptible de ser invocado por una persona física o jurídica ante la jurisdicción interna, el segundo, salvo excepciones, excluye expresamente esta posibilidad.

En el Acuerdo de Retirada, inspirado por el necesario respeto a los principios de eficacia directa, primacía del Derecho comunitario y cooperación leal, la Unión Europea y el Reino Unido han convenido en mantener su aplicación directa en las mismas condiciones que las aplicables en el Derecho de la Unión. De esta forma, tal y como resulta de lo establecido en el art. 4, las disposiciones del Acuerdo, así como las disposiciones del Derecho de la Unión que resulten de aplicación en virtud de este, producirán los mismos efectos jurídicos para el Reino Unido, y en su territorio, que los que produzcan en la Unión y en sus Estados miembros. Las disposiciones del Derecho nacional que no sean conformes con las disposiciones del Acuerdo de Retirada no serán aplicables.

Lo anterior supone que las disposiciones del acuerdo sobre derechos de los ciudadanos (parte segunda) puede ser invocado directamente por los ciudadanos de la Unión ante los tribunales del Reino Unido y por los nacionales del Reino Unido ante los tribunales de los estados miembros de la Unión.

Por el contrario, el contenido del Acuerdo de Comercio y Cooperación pivota, entre otros principios, sobre la exclusión del efecto directo de sus disposiciones, pues se ha optado por excluir el efecto directo del Acuerdo en los ordenamientos jurídicos internos, impidiendo así que los derechos y obligaciones que deriven del mismo nazcan del Acuerdo puedan ser tutelados por los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros.

En este sentido, el artículo COMPROV.16 dispone que, sin perjuicio de las previsiones relativas a la Protección de los derechos individuales y con la excepción, con respecto a la Unión, de la tercera parte referida a la Cooperación policial y judicial, ningún elemento del Acuerdo o de los acuerdos complementarios se interpretará en el sentido de que confiera derechos o

imponga obligaciones a las personas distintos de los creados entre las partes en virtud del Derecho internacional público, ni de que permita la invocación directa del Acuerdo o de los acuerdos complementarios en los ordenamientos jurídicos internos de las partes.

3. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Ambos acuerdos prevén procedimientos de resolución de conflictos en los que los tribunales de arbitraje desempeñan un papel decisivo. La estructura del procedimiento, aunque no idéntica, es similar, pivotando sobre la existencia de un sistema en dos fases en el que se da preferencia a las consultas entre las partes como instrumento para llegar a una solución mutuamente convenida y previendo, para el caso de que tal solución no pudiera ser alcanzada, el recurso a instancias arbitrales no permanentes.

Se trata de instancias arbitrales muy diferentes entre ellas. Particularmente, sin perjuicio del examen que se hará a continuación, ha de destacarse que solo los paneles de arbitraje previstos en el Acuerdo de Retirada pueden plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

3.1. Acuerdo de Retirada

La Parte VI del Acuerdo de Retirada bajo la rúbrica *Disposiciones institucionales y finales* se refiere a la estructura general de gobernanza, que procura una gestión, una aplicación y cumplimiento eficaces del Acuerdo haciendo hincapié en unos mecanismos adecuados de solución de controversias.

Estos procedimientos, sujetos a revisión constante del Comité Mixto, se contemplan en el Título III, *Solución de controversias* (arts. 167 y ss.) complementado por las normas estipuladas en el Reglamento de Procedimiento establecido en el anexo IX, parte A del Acuerdo.¹³

En caso de disputa se prevé un proceso escalonado en el que se suceden, en su caso, una primera fase de consultas y, posteriormente, un procedimiento ante instancias arbitrales.

3.1.1. Periodo de consultas

En primer lugar, se institucionaliza una fase de consultas que trata de ofrecer una solución de naturaleza política a la controversia planteada, de manera que, en caso de que se llegara a plantear una discrepancia sobre la

¹³ El Reglamento de Procedimiento regula cuestiones procedimentales relativas a la práctica de las notificaciones, cuestiones financieras, nombramiento de los miembros y funcionamiento del panel de arbitraje, el desarrollo de las vistas o la confidencialidad.

interpretación o aplicación del Acuerdo de Retirada, tendrá lugar una primera consulta en el marco del Comité Mixto¹⁴.

Si no se encontrara una solución de común acuerdo en el plazo de tres meses (o el inferior que se hubiera acordado) después de la notificación por escrito al Comité Mixto, cualquiera de las partes podrá someter la cuestión a un panel de arbitraje de acuerdo con lo establecido en los arts. 170 y siguientes del Acuerdo. La petición se formulará por escrito a la otra parte y a la Oficina Internacional del Tribunal Permanente de Arbitraje, especificando el objeto de la controversia y un resumen de los argumentos jurídicos en que se apoye la petición.

3.1.2. *Procedimiento arbitral*

La regulación del procedimiento arbitral pivota sobre un mandato de exclusividad (art.168) en virtud del cual en caso de controversias entre la Unión y el Reino Unido que se deriven del propio Acuerdo, la Unión y el Reino Unido únicamente podrán recurrir a los procedimientos previstos en el Acuerdo.

El panel de arbitraje se compone de cinco miembros seleccionados de una reserva fija de veinticinco jueces¹⁵ que deberán ofrecer garantía de independencia y disponer de las cualificaciones exigidas en los términos del art. 171, además de someterse al Código de Conducta establecido en el anexo IX, parte B del Acuerdo. Tanto la Unión como el Reino Unido designarán a dos miembros de entre las personas de la lista, siendo el presidente elegido por consenso de los miembros del panel, de entre las personas designadas conjuntamente por la Unión y el Reino Unido para ejercer la presidencia¹⁶.

La fecha de constitución del panel de arbitraje será la fecha en que se complete el procedimiento de selección.

Por regla general, el panel arbitral deberá fallar en un plazo de doce meses desde la fecha de su constitución, seis si se hubiera considerado el asunto como urgente. Si el panel de arbitraje considera que no puede cumplir ese plazo, su presidente lo notificará por escrito a la Unión y al Reino Unido,

¹⁴ Art. 164 y 169 del Acuerdo de Retirada.

¹⁵ Estos veinticinco jueces fueron nombrados por la UE y el Reino Unido a finales de 2020 (Diario Oficial L 443/20) Decisión núm. 7/2020 del Comité Mixto creado en virtud del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de 22 de diciembre de 2020, por la que se establece una lista de veinticinco personas dispuestas y capaces para ejercer como miembros del panel de arbitraje previsto en el Acuerdo [2020/2251].

¹⁶ En caso de que los miembros del panel no puedan alcanzar un acuerdo relativo a la elección del presidente en el plazo establecido la Unión o el Reino Unido podrán pedir al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje que seleccione al presidente por sorteo de entre las personas propuestas conjuntamente por la Unión y el Reino Unido para ejercer la presidencia.

precisando los motivos de la demora y anunciando la fecha en que el panel estima que concluirá sus trabajos.

Dentro de la regulación del procedimiento arbitral resulta particularmente importante hacer mención al papel que se ha reservado al TJUE en relación con aquellas controversias que planteen cuestiones de Derecho de la Unión, pues a diferencia del sistema previsto en el Acuerdo de Comercio y Cooperación, en el sistema de arbitraje previsto en el Acuerdo de Retirada se le ha reservado un importante papel habida cuenta de que si la cuestión controvertida concierne a la interpretación del Derecho de la UE, el panel arbitral deberá remitir el procedimiento al TJUE planteando cuestión prejudicial en virtud de lo dispuesto en el art. 174.

Así, de acuerdo con lo establecido en dicho precepto, si una controversia sometida a arbitraje plantea una cuestión relacionada con la interpretación de un concepto del Derecho de la Unión, una cuestión relacionada con la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión¹⁷ o una cuestión relativa al cumplimiento por parte del Reino Unido de las obligaciones que le impone el art. 89, apartado 2¹⁸ el panel de arbitraje no adoptará decisión alguna sobre dicha cuestión, sino que pedirá al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelva sobre la cuestión¹⁹.

El panel de arbitraje no solo puede plantear de oficio la cuestión prejudicial, sino que deberá hacerlo cuando, cumpliéndose los presupuestos necesarios, la Unión y el Reino Unido se dirijan a él por considerar que debe someterse una cuestión al Tribunal²⁰. En estos casos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrá jurisdicción para emitir una resolución al respecto que sea vinculante para el panel de arbitraje.

¹⁷ Art. 2.a) del Acuerdo de Retirada.

¹⁸ El art. 89.2 del Acuerdo se refiere a las obligaciones de Reino Unido consistentes en la adopción de cuantas medidas resulten necesarias para dar cumplimiento efectivo a las sentencias y autos dictados por el TJUE antes del final del periodo transitorio o, después de finalizado éste, siempre que se trate de sentencias y autos dictados en relación con asuntos que estuvieran pendientes ante el TJUE con anterioridad (art. 86) o bien se trate de asuntos nuevos sometidos al TJUE por la Comisión Europea por considerar que el Reino Unido ha incumplido alguna de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados o de la cuarta parte del Acuerdo de Retirada antes del final del periodo transitorio.

¹⁹ En los casos a que se refieren los apartados 1 y 2, los plazos previstos en el art. 173 quedarán suspendidos hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya emitido su resolución. El panel de arbitraje no estará obligado a emitir su laudo en un plazo inferior a sesenta días desde la fecha en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya emitido su resolución.

²⁰ Las disposiciones del Derecho de la Unión que regulan el procedimiento prejudicial se aplican a las solicitudes presentadas por un panel arbitral. Además, en estos casos, por un lado, el Reino Unido puede participar en el procedimiento en igualdad de condiciones que los Estados miembros y, por otro, los abogados admitidos a ejercer ante los tribunales del Reino Unido están facultados para representar o asistir a todas las partes.

Interesa advertir que este papel destacado se reserva al TJUE no solo en el marco del procedimiento principal, sino también en el marco de las diferentes actuaciones que se desarrollan en el marco de la ejecución y cumplimiento definitivo del laudo, conforme establecen los arts. 177.4 y 179.4.

Se establece que el panel de arbitraje hará todo lo posible para tomar sus decisiones por consenso, si bien cuando ello no sea posible el asunto en cuestión se decidirá por mayoría de votos, sin que en ningún caso se publiquen los votos particulares formulados por cualquiera de los miembros de un panel de arbitraje.

El Acuerdo de Retirada reconoce el carácter vinculante del laudo dictado por el tribunal arbitral, sin prever sistema alguno de apelación o, al menos, de rectificación del laudo o solicitud de laudo adicional, imponiendo a las partes la obligación de tomar todas las medidas necesarias para cumplir de buena fe el laudo del panel de arbitraje.

3.1.3. *Cumplimiento y ejecución del laudo*

Emitido el laudo se hace necesario disponer de mecanismos adecuados que permitan garantizar su cumplimiento, en caso de que no se ejecute voluntariamente en sus estrictos términos por la parte demandada.

En esta fase el panel de arbitraje tiene atribuidas amplias facultades, correspondiéndole la supervisión de la ejecución del laudo y la revisión de cualquier medida adoptada para su cumplimiento, toda vez que si la parte demandante considera que no se están adoptando medidas adecuadas, puede remitir de nuevo el asunto al tribunal arbitral. De ahí que en caso de que el panel de arbitraje original, o alguno de sus miembros, no puedan reunirse nuevamente para resolver una petición presentada con arreglo a los arts. 177.2, 178.2 o 179.2, se constituirá un nuevo panel de arbitraje, que conocerá de las controversias suscitadas entre las partes en relación con las medidas adoptadas para el cumplimiento del laudo.

El Acuerdo de Retirada diseña un sistema que reserva un importante margen de flexibilidad a la parte demandada, para que por esta se proceda al cumplimiento voluntario del laudo, de tal manera que, en caso de que el panel de arbitraje haya resuelto en favor de la parte demandante, constatando la existencia de un incumplimiento del acuerdo, la parte demandada notificará a la parte demandante el plazo que considere necesario para el cumplimiento del laudo e informará sobre los avances realizados al menos un mes antes de que expire dicho plazo.

Si existiese discrepancia entre la Unión y el Reino Unido sobre el plazo razonable para cumplir el laudo del panel de arbitraje, la parte demandante pedirá por escrito al panel de arbitraje que determine el plazo razonable, transcurrido el cual, si la parte demandante considera que la parte demanda-

da no ha cumplido, podrá pedir por escrito al panel de arbitraje original que resuelva sobre el asunto.

Si al conocer esta discrepancia, el panel de arbitraje resolviera que la parte demandada no ha cumplido el laudo, el Acuerdo (art. 178) prevé varios mecanismos que persiguen garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por la parte demandada y una correcta ejecución del laudo del panel de arbitraje. Estos mecanismos, agrupados bajo la rúbrica “medidas correctoras temporales” están constituidos por las multas coercitivas y la suspensión de obligaciones:

i) Por un lado, se prevé que el panel de arbitraje pueda imponer, a petición de la parte demandante, el pago a la demandada de una cantidad a tanto alzado o de una multa coercitiva, teniendo en cuenta la gravedad y duración del incumplimiento y de la infracción subyacente de la obligación.

ii) Por otro, y para el caso de que la parte demandada no hubiera abonado la cantidad a tanto alzado o la multa coercitiva impuesta o, en cualesquiera otros casos, persistiera en el incumplimiento de laudo una vez transcurridos seis meses desde la fecha del mismo, se establece un mecanismo que avala la suspensión de obligaciones, al establecerse que la parte demandante, unilateralmente, sin sujeción a autorización previa del panel de arbitraje, previa notificación, eso sí, a la parte demandada, podrá suspender las obligaciones que le corresponden y que deriven de cualquier disposición del Acuerdo, exceptuadas las contenidas en la segunda parte.

Adicionalmente, para dotar a esta medida de una mayor fuerza coactiva respecto de la parte demandada, se ha diseñado este mecanismo de suspensión de obligaciones con un efecto *cruzado*, esto es, permitiendo que la parte demandante pueda suspender no solo aquellas obligaciones que deriven del Acuerdo de Retirada, sino también aquellas otras que tengan su origen en cualesquiera otros acuerdos celebrados entre la Unión y el Reino Unido—previsión que permite incluir el Acuerdo de Comercio y Cooperación— en las condiciones que dichos acuerdos establezcan.

Se trata de una previsión esencial para asegurar que ambas partes cumplen todos sus compromisos en virtud del Acuerdo por cuanto que, habida cuenta la proyección más limitada que tiene el Acuerdo de Retirada, una vez expirado el periodo transitorio, es evidente que, a medida que transcurra el tiempo, la suspensión de obligaciones derivadas del mismo podría no llegar a ser útil como instrumento coactivo, siendo más conveniente poder remitirse a obligaciones derivadas del Acuerdo de Comercio y Cooperación o cualesquiera otros acuerdos que estén vigentes.

En todo caso, la suspensión será proporcionada a la infracción de la obligación de que se trate y temporal. Proporcionada, porque habrá de tomar en consideración la gravedad de la infracción y los derechos en cuestión y, cuando la suspensión se fundamente en el hecho de que la parte demandada persiste en el incumplimiento del laudo, si se le ha impuesto o no una multa coercitiva a la parte demandada. Temporal, porque se aplicará única-

mente hasta que cualquier medida que se considere incoherente con las disposiciones del Acuerdo se haya retirado o modificado, o hasta que la Unión o el Reino Unido hayan alcanzado un acuerdo para solucionar la controversia de otro modo.

Si la parte demandada considera que la suspensión no es proporcionada, podrá pedir al panel de arbitraje original que resuelva sobre el asunto, en cuyo caso las obligaciones no quedarán suspendidas hasta que el panel de arbitraje haya notificado su laudo.

Se cierra la regulación del procedimiento de solución de controversias, con la previsión de que la parte demandada deberá notificar a la parte demandante cualquier medida posterior a las medidas correctoras temporales que haya adoptado con objeto de cumplir el laudo y su petición de que se ponga fin, según los casos, a la suspensión de obligaciones aplicada por la parte demandante o a la multa coercitiva.

Todo ello sujeto, una vez más, al eventual control y supervisión por parte del panel de arbitraje.

3.2. Solución de diferencias en el marco del Acuerdo de Comercio y Cooperación

El procedimiento de resolución de controversias recogido en el Acuerdo de Comercio y Cooperación es similar al diseñado en el Acuerdo de Retirada, pero completamente independiente de este y con algunas diferencias notables.

La parte sexta del Acuerdo de Comercio y Cooperación, rubricada “Solución de diferencias y disposiciones horizontales” dedica el Título Primero a la “Solución de controversias”, con un total de 30 artículos, que se complementan con un Anexo en el que se establece el reglamento de procedimiento²¹. Las disposiciones de este título están llamadas a establecer un mecanismo general para la prevención y regulación de las diferencias que surjan en cuanto a la interpretación y la aplicación del propio acuerdo o de cualquier acuerdo complementario y a conseguir dentro de lo posible, una solución convencional.

3.2.1. Ámbito de aplicación

Con carácter previo al examen del procedimiento de solución de controversias regulado en el Acuerdo de Comercio y Cooperación, resulta preciso

²¹ En el Reglamento de procedimiento se regulan cuestiones relativas a las notificaciones, designación de los miembros del tribunal arbitral, comunicaciones escritas, designación y sustitución de árbitros, funcionamiento del tribunal arbitral, confidencialidad, o comunicaciones *amicus curiae*, entre otras.

delimitar su ámbito de aplicación, toda vez que el procedimiento regulado en el Título Primero de la parte sexta no se ha querido hacer extensivo, o no siempre en toda su integridad, a todos los sectores del Acuerdo, siendo así que las excepciones a la aplicación de las disposiciones del título sobre la solución de controversias, relacionadas extensamente en el art. INST. 10, según los casos, bien excluyen el recurso al arbitraje regulado en la parte sexta, bien establecen sobre el mismo algunas particularidades o reglas especiales

En este sentido, se excluyen totalmente, entre otras, las diferencias que surjan en relación con las disposiciones relativas a la i) cooperación policial y judicial en materia penal de la tercera parte, donde se han previsto mecanismos específicos de solución de controversias, ii) la interpretación y aplicación de las disposiciones del Protocolo sobre coordinación de la seguridad social o de sus anexos en casos individuales o iii) el Acuerdo sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada.

Asimismo, el artículo INST.10 excluye explícitamente del procedimiento de solución de controversias regulado en la parte sexta, numerosas cuestiones, como el derecho a regular, las buenas prácticas regulatorias, y el control de las subvenciones, haciendo además una remisión directa al sistema de solución de controversias de la OMC para la resolución de controversias que pudieran surgir entre las partes en relación con los instrumentos de defensa comercial a que se refiere el art. GOODS.17.

En otros casos, sobre todo en lo que respecta, entre otros, a las disposiciones relativas a las condiciones equitativas para una competencia abierta y leal y al desarrollo sostenible, la excepción mencionada tiene por objeto realizar ajustes o introducir variaciones en el procedimiento de solución de diferencias.

En los supuestos mencionados, excluido por tanto el recurso al arbitraje, y habida cuenta de que está excluido también el recurso a las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros de la UE o del Reino Unido para resolver las diferencias sobre obligaciones derivadas de las disposiciones anteriores (art. 29.4 bis)²², las partes deberán acudir al Consejo de Asociación, que se

²² Se exceptúan de esta regla general las controversias derivadas de las disposiciones contenidas en el Protocolo sobre coordinación de la seguridad social, toda vez que de acuerdo con lo establecido en el art. SSC.67, “las Partes velarán, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos internos, porque las disposiciones tengan fuerza de ley, ya sea directamente o a través de una legislación nacional que dé efecto a dichas disposiciones, de modo que las personas físicas o jurídicas puedan invocar dichas disposiciones ante los órganos jurisdiccionales y las autoridades administrativas nacionales”, añadiendo el apartado segundo que “Las Partes garantizarán los medios para que las personas físicas y jurídicas protejan de manera efectiva sus derechos en virtud del presente Protocolo, como la posibilidad de presentar reclamaciones ante los órganos administrativos o de interponer acciones legales ante un órgano jurisdiccional competente en el marco de un procedimiento judicial apropiado, con el fin de obtener una reparación adecuada y oportuna”.

convierte así en el foro exclusivo para alcanzar una solución- exclusivamente política- a la controversia.

3.2.2. *Elección de foro*

Al igual que en el sistema diseñado por el Acuerdo de Retirada, el Acuerdo de Comercio y de Cooperación hace descansar el procedimiento de solución de controversias sobre un mandato de exclusividad (art. INST. 11), impidiendo que las partes puedan someter una diferencia entre ellas sobre la interpretación o aplicación de las disposiciones del Acuerdo o de cualquier acuerdo complementario a un mecanismo de solución de diferencias distinto de los previstos en el propio Acuerdo.

Como excepción, si surgiera una diferencia en relación con una medida supuestamente contraria a una obligación derivada del Acuerdo o de cualquier acuerdo complementario y de una obligación sustancialmente equivalente en virtud de otro acuerdo internacional suscrito por ambas partes, incluido (pero no exclusivamente), el acuerdo de la OMC, la parte que solicite reparación seleccionará el foro en el que deberá resolverse la diferencia. Se atribuye por tanto una facultad de elección a las partes, si bien configurando esta como irreversible, en el sentido de que, a menos que el primer foro seleccionado no emita sus conclusiones por razones procesales o jurisdiccionales no puede la parte demandante abandonar la vía elegida y tratar de obtener la tutela de sus intereses por la otra vía alternativa.

En todo caso, nada de lo dispuesto en el Acuerdo o en cualquier acuerdo complementario impedirá que una parte suspenda las obligaciones autorizadas por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC o autorizadas en virtud de los procedimientos de solución de diferencias de otro acuerdo internacional suscrito por ambas partes.

El Acuerdo sobre la OMC o cualquier otro acuerdo internacional entre las partes no se invocará para impedir que una parte suspenda las obligaciones previstas en el Título I de la parte sexta.

Al configurar los diferentes trámites del mecanismo de solución de controversias, el Acuerdo de Comercio y de Cooperación, mantiene el mismo sistema de doble fase- consultas/instancia arbitral- que el Acuerdo de Retirada.

3.2.3. *Consultas*

En primer lugar, el Acuerdo se decanta también por una solución preferentemente política o mutuamente acordada, permitiendo incluso que esta solución pueda imponerse en cualquier momento, incluso después de iniciados los procedimientos de arbitraje.

Si una parte considera que la otra parte ha incumplido una obligación en virtud del Acuerdo o de cualquier otro complementario, ambas procurarán resolver el asunto mediante consultas de buena fe para llegar a una solución consensuada, previéndose para determinados supuestos, que las consultas se desarrollen en el marco de un Comité Especializado o del Consejo de Asociación, quienes podrán resolver la controversia mediante una decisión vinculante.

Tan preferente se considera el mutuo acuerdo que el art. INST. 17 atribuye al tribunal de arbitraje una suerte de función mediadora, en virtud de la cual deberá este consultar periódicamente a las partes, dando a estas las oportunidades adecuadas para alcanzar una solución de mutuo acuerdo.

3.2.4. Procedimiento ante el Tribunal de arbitraje

Si no se respetan los plazos de las consultas, si estas no se hubieren celebrado o, habiéndose celebrado, no se hubiere alcanzado una solución satisfactoria, la parte demandante puede pedir la constitución de un tribunal de arbitraje²³ (art. INST.14).

En este caso el Acuerdo de Comercio y Cooperación cuenta con tribunales arbitrales en los que son tres, y no cinco, los árbitros llamados a integrarlos. Estos se seleccionarán de una lista de quince personas, que aún no está disponible, pero que según el artículo INST.27 debería decidirse en los primeros seis meses tras la entrada en vigor del acuerdo²⁴.

Si las partes no llegan a un acuerdo sobre la composición del tribunal de arbitraje, cada una de ellas designará a un árbitro de entre la sublista respectiva, y si una parte no lo hiciera, será el copresidente del Consejo de Asociación de la parte demandante quien elegirá a un árbitro por sorteo de entre la sublista de la parte que no haya designado a un árbitro. Si las partes no llegan a un acuerdo sobre el presidente del tribunal de arbitraje el copresidente del Consejo de Asociación de la parte demandante elegirá al presidente del tribunal de arbitraje por sorteo de entre la sublista de presidentes elaborada de conformidad con el artículo INST.27.

²³ El procedimiento arbitral está diseñado sobre la base de una estructura muy similar; en algunos puntos casi idéntica, a la establecida en el Entendimiento Relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, así como los procedimientos de solución de controversias en otros Acuerdos comerciales suscritos más recientemente por la Unión Europea, como son el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA) (Cap. 29) y el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur (Cap. 14).

²⁴ Si no se creara ninguna de las listas contempladas en el artículo INST.27 o si dichas listas no contuvieran suficientes nombres en el momento en que se haga la selección, los árbitros serán seleccionados por sorteo de entre las personas propuestas formalmente por una o ambas Partes de conformidad con el anexo INST-X [Normas de procedimiento].

Además de las tradicionales exigencias de independencia e imparcialidad, se establece que los árbitros, al ser designados, deberán tener conocimientos especializados demostrados en derecho y comercio internacional, y, en el caso de los presidentes, tener también experiencia en procedimientos de solución de diferencias (salvo derogación expresa por las partes atendido el objeto de un litigio concreto), así como someterse a un Código de conducta específico.

Al igual que prevé el Acuerdo de Retirada, el Acuerdo de Comercio y de Cooperación dispone que las decisiones y laudos del tribunal de arbitraje serán vinculantes para la Unión y el Reino Unido, se adoptarán por consenso, y no siendo ello posible, por mayoría de votos, y no podrán crear derechos ni obligaciones respecto a personas físicas o jurídicas. Los votos particulares de los árbitros tampoco se harán públicos en este caso.

El plazo para dictar el laudo y comunicarlo a las partes es sustancialmente diferente al previsto en el Acuerdo de Retirada, habiéndose fijado en este caso unos plazos considerablemente más breves, pasando así de los, como regla general, doce meses (seis si el procedimiento se hubiera calificado como urgente) que establece el Acuerdo de Retirada, a un plazo de ciento treinta días (nunca más de ciento sesenta) a contar desde la fecha de constitución del tribunal de arbitraje (art. INST.20).

Otra de las particularidades de este procedimiento es la previsión de que el tribunal de arbitraje presente a las partes, con carácter previo a la emisión del laudo, un informe provisional (art. INST.20). Este informe provisional se convertirá automáticamente en el laudo del tribunal de arbitraje en caso de que ninguna de las partes solicite por escrito al tribunal de arbitraje que reconsidere aspectos concretos del mismo.

Pero sin duda, la diferencia más notable respecto del procedimiento previsto en el Acuerdo de Retirada es la exclusión de toda intervención del TJUE, no previéndose la posibilidad de que el tribunal arbitral pueda plantear cuestión prejudicial cuando, al conocer de una concreta controversia, surgiera una cuestión relacionada con la interpretación de un concepto del Derecho de la Unión.

3.2.5. Cumplimiento y ejecución del laudo

Si al dictar el laudo, el tribunal de arbitraje determina que la Parte demandada ha incumplido una obligación con arreglo al Acuerdo o a cualquier acuerdo complementario, dicha Parte adoptará las medidas necesarias para dar inmediatamente cumplimiento al laudo a fin de ajustarse a las disposiciones contempladas, y notificará a la parte demandante las medidas que haya adoptado o tenga previsto adoptar.

A partir de aquí el esquema dibujado por los art. INST.22 y siguientes es similar al previsto en el Acuerdo de Retirada, en cuanto que también en este

caso se establece un sistema escalonado en el que, en un primer momento, se deja a la parte demandada, en caso de no ser posible el cumplimiento inmediato, que sea esta la que determine la duración del plazo prudencial que necesitará para el cumplimiento, debiendo las partes esforzarse por llegar a un acuerdo sobre la duración del mismo. De no ser ello posible, se solicitará del tribunal de arbitraje originario que fije la duración el plazo prudencial²⁵ (art. INST.22).

El art. INST.23 somete a la vigilancia del tribunal de arbitraje el cumplimiento del laudo por la parte demandada, siendo así que se someterá a su conocimiento cualesquiera discrepancias que puedan surgir entre las partes en cuanto a la suficiencia y adecuación de las medidas adoptas por la parte demandada para dar cumplimiento al laudo.

Si la parte demandada notifica a la parte demandante que no puede cumplir con el laudo, si no notifica ninguna medida adoptada o el tribunal de arbitraje considera que no se ha adoptado ninguna medida para el adecuado cumplimiento del laudo o que la medida adoptada es incompatible con las disposiciones contempladas, la parte demandada puede proponer una oferta de reparación temporal (art. INST.24).

La garantía de cumplimiento no se agota en esta oferta de reparación temporal, sino que el mismo art. INST.24, establece que, en todos los supuestos mencionados, si no se llegara a un acuerdo sobre la reparación temporal, la parte demandante, de forma unilateral²⁶ y con sujeción a la sola obligación de notificación a la parte demandada (sin perjuicio del eventual control ulterior por el tribunal arbitral), podrá suspender la aplicación de obligaciones en virtud de las disposiciones contempladas, siempre de forma proporcionada, sin exceder el nivel equivalente a la anulación o menoscabo causado por el incumplimiento y hasta que la parte demandada cumpla con el pronunciamiento del tribunal arbitral²⁷.

La suspensión de obligaciones puede aplicarse en relación con el mismo sector que aquel en que se haya constatado el incumplimiento, o, en su caso,

²⁵ Llama la atención que ni el Acuerdo de Retirada ni tampoco el Acuerdo de Comercio y de Cooperación fijen siquiera unos criterios orientativos sobre qué ha de considerarse razonable o prudencial.

²⁶ Novedad significativa respecto de lo establecido en el Entendimiento Relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la solución Diferencias de la OMC (al que en otros puntos tanto se ajusta el procedimiento diseñado en el Acuerdo de Comercio de Cooperación) cuyo art. 22 supedita la suspensión de la aplicación de concesiones y otras obligaciones al Miembro afectado, a la previa autorización del Órgano de solución de Diferencias.

²⁷ La suspensión de las obligaciones o la reparación serán temporales y no se aplicarán una vez que las Partes hayan alcanzado una solución de mutuo acuerdo, conyengan en que la medida adoptada para el cumplimiento del laudo hace que la Parte demandada se ajuste a las disposiciones contempladas; o cualquier medida adoptada para dar cumplimiento que el tribunal de arbitraje considere incompatible con las disposiciones contempladas haya sido retirada o modificada.

en otro diferente, si la parte demandante considera que dicha suspensión es eficaz para inducir al cumplimiento y, siempre y cuando se respeten las siguientes condiciones:

a) las obligaciones en virtud del epígrafe relativo a la coordinación de la seguridad social y visados para visitas de corta duración, el protocolo sobre coordinación de la seguridad social o sus anexos no podrán suspenderse.

b) las obligaciones en virtud de la quinta parte referida a Programas de la Unión no podrán suspenderse, salvo cuando el laudo tenga por objeto precisamente la interpretación y ejecución de la quinta parte.

c) las obligaciones en virtud del título Servicios e inversiones con respecto a los servicios financieros no podrán suspenderse a menos que el laudo tenga por objeto la interpretación y ejecución de las obligaciones en virtud del título Servicios e inversiones con respecto a los servicios financieros.

Es más, cuando una parte persista en el incumplimiento de un laudo de un panel de arbitraje establecido con arreglo a un acuerdo anterior celebrado entre las partes, la otra Parte podrá suspender las obligaciones en virtud de las disposiciones contempladas a que se refiere el artículo INST.10. Se trata de una previsión que, al igual que la contenida en el art. 178.2b) del Acuerdo de Retirada, configura un mecanismo de suspensión cruzada de obligaciones, esencial para garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes, que permite que tanto el Reino Unido como la Unión utilicen el Acuerdo de Comercio y Cooperación para compeler a la otra parte al cumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Retirada y sus protocolos anejos.

Si la parte demandada considera que el nivel notificado de suspensión de obligaciones supera el nivel equivalente a la anulación o menoscabo causado por el incumplimiento, o que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el acuerdo, el uso de estos mecanismos por la parte demandante puede ser objeto de impugnación ante el tribunal arbitral, siendo así que si existieran diferencias se resolverán conforme al procedimiento de solución de diferencias con intervención, siempre que sea posible, del tribunal de arbitraje que haya conocido del asunto inicialmente. En este caso, las obligaciones no se suspenderán hasta que el tribunal de arbitraje haya comunicado su decisión sobre el nivel de suspensión de las obligaciones.

Las partes aceptarán la decisión del tribunal de arbitraje como definitiva y no solicitarán un segundo procedimiento de arbitraje.

Por último, la parte demandada notificará a la parte demandante cualquier medida que haya adoptado para el cumplimiento del laudo tras la suspensión de las obligaciones o tras la aplicación de una reparación temporal, según sea el caso. Cuando la parte demandante disienta de la medida adoptada, someterá de nuevo la diferencia al tribunal arbitral, y si este resuelve que la medida adoptada para el cumplimiento del laudo es adecuada, se pondrá fin a la suspensión de las obligaciones o la reparación. En otro caso, el nivel

de la suspensión de las obligaciones o la reparación se ajustarán en función de la decisión del tribunal de arbitraje (art. INST.25).

3.2.6. *Medidas de salvaguardia*

Las medidas expuestas se completan con otro grupo de medidas que las partes podrán adoptar, también unilateralmente y sujetas el eventual control posterior por el tribunal arbitral, en aquellos supuestos en que se hubiere incurrido en el incumplimiento de obligaciones calificadas como esenciales o cuando concurren graves dificultades económicas, sociales o medioambientales de carácter sectorial o regional.

El Acuerdo de Comercio y Cooperación eleva algunas de sus disposiciones a la categoría de elementos esenciales, previendo que en aquellos casos en que una de las partes considere que la otra Parte ha incumplido grave y sustancialmente obligaciones calificadas de esenciales en el art. COMPROV.12 (la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, el cambio climático y la lucha contra la proliferación de armas de destrucción masiva), aquella podrá, previa solicitud dirigida al Consejo de Asociación, dar por terminado el Acuerdo o cualquier acuerdo complementario, o suspender su aplicación, ya sea total o parcialmente.²⁸

Según el art. INST.35.4, para que una conducta u omisión constituya una violación grave y sustancial se requiere que sea de tal gravedad y carácter excepcional que amenacen la paz y la seguridad o tengan implicaciones internacionales. Además, un acto o una omisión que perjudique fundamentalmente al objeto y la finalidad del Acuerdo de París²⁹ se considerará siempre un incumplimiento grave y material.

Por otra parte, para el caso de que existieran graves dificultades económicas, sociales o medioambientales de carácter sectorial o regional, el art. INST.36 permite a una parte podrá adoptar unilateralmente las medidas de salvaguardia³⁰ apropiadas que se limitarán en su alcance y duración a lo estrictamente necesario para remediar la situación. Para ello, la parte que desee aplicar medidas de salvaguardia deberá iniciar un proceso de consultas,

²⁸ Obsérvese que esta previsión va más allá del tenor literal del art. 60 de la Convención de Viena de 1969, que se limita exclusivamente a la terminación y a la suspensión de mismo tratado violado; por el contrario, el Acuerdo de Comercio y cooperación establece un sistema en el que el incumplimiento grave y sustancial de determinadas obligaciones calificadas como esenciales puede llevar a la terminación o suspensión tanto del propio Acuerdo, como de cualesquiera acuerdos complementarios.

²⁹ Acuerdo de París aprobado en París el 12 de diciembre de 2015 por la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en su 21.^a reunión.

³⁰ En el Acuerdo de Retirada, solo el Protocolo sobre Irlanda e Irlanda prevé la posibilidad de adoptar medidas de salvaguardia (art. 16).

salvo en los casos en que el carácter excepcional de las circunstancias exija una la adopción inmediata de e las medidas.

En caso de que las medidas de salvaguardia adoptadas por una parte creen un desequilibrio entre derechos y desequilibrio entre los derechos y las obligaciones del Acuerdo de Comercio y Cooperación, el Acuerdo de Comercio y Cooperación, la otra Parte podrá adoptar otras medidas de reequilibrio proporcionadas.

En caso de que una parte considere que las medidas de salvaguardia o de reequilibrio no serían no sería coherente con las disposiciones del Acuerdo de Comercio y Cooperación, podrá iniciar el procedimiento de arbitraje sin necesidad de consultas previas.

Para concluir, interesa mencionar que además del procedimiento general antes descrito, el Acuerdo de Comercio y Cooperación prevé una serie de reglas especiales para determinados ámbitos del mismo acuerdo, estableciendo excepciones y adaptaciones para la solución de controversias y diferencias que puedan surgir entre las partes. Destacan, en particular, las especialidades previstas en el ámbito del control de las subvenciones³¹, en el ámbito de las controversias y diferencias que puedan surgir entre los proveedores de redes o servicios de telecomunicaciones³², así como a las controversias en materia de normas de trabajo y de seguridad social; medioambiente y clima, comercio, y desarrollo sostenible³³.

4. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PREVISTOS EN AMBOS ACUERDOS

4.1. Configuración de un sistema de solución de diferencias Estado-UE que excluye la legitimación de los particulares en el procedimiento arbitral

El modelo de solución de controversias diseñado por ambos acuerdos presenta algunas notas que, bien por separarse de otros modelos previstos en acuerdos recientes, bien por su particularidad merecen ser objeto de mención.

³¹ Se aplica el título III de la sexta parte si ben con algunas particularidades establecidas en el art. 3.13 del Tít. IX, así como los procedimientos especiales para medidas correctoras y el reequilibrio que se recogen en los arts. INST.34B a INST.34D.

³² En estos supuestos se aplicarán las previsiones contenidas en el Título II.

³³ En estos ámbitos, surgida la controversia, las partes habrán de recurrir exclusivamente a los procedimientos de Consultas, Grupo de expertos, y Grupo de expertos en ámbitos de no regresión previstos en el Título XI.

Así, entre otras cuestiones, en que se refiere a la constitución de los paneles y tribunales de arbitraje, al margen de la cuestión de si hubiera sido conveniente optar por un sistema de auténticos tribunales permanentes, resulta llamativo que se descarte que la Presidencia del panel de arbitraje pueda ser asumida por nacionales de Estados miembros de la UE o del Reino Unido, lo que, no necesariamente, pero sí con mucha probabilidad abre la puerta a que la presidencia sea asumida entre otros, por árbitros americanos o australianos o canadienses, mucho más próximos al derecho anglosajón que al sistema comunitario.

Por otra parte, también se han incluido algunas previsiones que restringen, *a priori* sin mucha justificación, la publicidad y transparencia del procedimiento, separándose de las líneas ya definidas en anteriores acuerdos comerciales y obviando que es precisamente la falta de transparencia una de las principales y más duras críticas que, con carácter general, se dirigen contra las instancias arbitrales. Así, se descarta que las audiencias celebradas ante el panel o tribunal arbitral sean públicas y, lo que es especialmente llamativo, se prevé expresamente que no serán objeto de publicación de los votos particulares de los árbitros que disientan de la decisión tomada por mayoría por el panel o tribunal arbitral.

Llaman también la atención las amplias potestades que en el seno de la fase de cumplimiento y ejecución del laudo se atribuyen al panel y al tribunal arbitral, así como la falta de previsión de que el panel o tribunal arbitral pueda acordar la adopción de medidas cautelares.

Pero sin duda uno de los puntos más débiles, si no el que más, del arbitraje previsto en los Acuerdos de Retirada y de Comercio y Cooperación es la falta de legitimación de los particulares para intervenir en calidad de parte en los procedimientos arbitrales que se susciten al amparo de dichos acuerdos, al haberse establecido un sistema en el que solo las partes, esto es, el Reino Unido y la UE, están legitimadas para actuar como demandantes o demandados.

Aunque ambos acuerdos reconocen una serie de derechos de los que pueden beneficiarse tanto personas físicas como jurídicas, ninguno de ellos contempla la posibilidad de que aquellos puedan hacer valer sus derechos por sí mismos en el marco de los procedimientos de solución de diferencias.

Quiere ello decir que si un particular sufre algún daño o perjuicio, como consecuencia de un incumplimiento del acuerdo, deberá persuadir al Reino Unido o, en su caso, *a la Unión Europea, para que sean* estos quienes, como sujetos legitimados, planteen la controversia ante el tribunal arbitral. La decisión de someter el asunto a arbitraje dependerá, pues, no de la voluntad del particular que se considere afectado por una eventual infracción de cualquiera de los citados acuerdos, sino de que la Unión Europea o el Reino Unido consideren oportuno el recurso al procedimiento arbitral.

No solo es que el sometimiento de la controversia al tribunal arbitral quede fuera del poder de decisión del particular afectado, sino que ni siquiera una vez iniciado el procedimiento existe mecanismo alguno que permita su

personación como parte interesada. Si bien es cierto que el Acuerdo de Comercio y de Cooperación prevé que el tribunal de arbitraje pueda considerar *amicus curiae* las comunicaciones de personas físicas de una parte o de personas jurídicas establecidas en una parte (art. INST.26), esta no es sino una vía en exceso precaria para el acceso de los particulares al procedimiento arbitral, pues no solo no es procesalmente hablando la forma a través de la cual debería intervenir quien es titular de un interés propio y directo en la controversia objeto del procedimiento, sino que, además, el tribunal de arbitraje ni siquiera estará obligado a abordar en su informe las alegaciones incluidas en dichas comunicaciones.

Por otra parte, habida cuenta de que las decisiones y laudos del tribunal de arbitraje no crearán derechos ni obligaciones respecto a personas físicas o jurídicas, incluso en el caso de que se hubiera sometido el eventual incumplimiento del Acuerdo correspondiente al tribunal de arbitraje, y de que este hubiera constatado la eventual infracción, el particular, persona física o jurídica se vería privado de la posibilidad de obtener una compensación económica por los daños sufridos y, en definitiva, de la posibilidad de obtener un título ejecutable frente a la parte demandada en el procedimiento.

Particularmente gravoso resulta en el marco del Acuerdo de Comercio y de Cooperación, toda vez que, como se ha expuesto anteriormente, los derechos y obligaciones que derivan del mismo no puedan ser tutelados por los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros (Art. COM-PROV.16). Cierto es que, en relación con el Acuerdo de Retirada, las disposiciones contenidas en la parte segunda son directamente aplicables y, por tanto, invocables ante los tribunales nacionales, ante los cuales los particulares podrán ejercitar las acciones correspondientes para su salvaguardia, pero ni siquiera esta posibilidad parece justificar la exclusión de los particulares en el seno del procedimiento arbitral.

Más allá de las cuestiones jurídicas que en la práctica derivaran de este veto de acceso de los particulares al sistema de solución de controversias, resulta difícil encontrar una explicación de por qué el arbitraje debe ser considerado como un camino adecuado en la resolución de disputas entre la Unión y el Reino Unido, y no así en aquellas que involucren a personas físicas o jurídicas. *Más bien al contrario, parece que esta segunda solución ofrecería ventajas importantes, por cuanto que permitiría situar la controversia en un plano inversor-Estado, evitando que los Estados deban asumir un papel de "intermediarios" en las disputas, toda vez que el sistema actual hace inevitable que los particulares deban buscar el apoyo de sus gobiernos para que, bien el Reino Unido, bien la Comisión Europea, decidan presentar una controversia en su nombre.*

Esta exclusión difiere, además, de la regulación contenida en los más recientes acuerdos comerciales de la UE, como el CETA con Canadá y los tratados de protección de inversiones acordados para acompañar los acuerdos de libre comercio con Singapur y Vietnam, en los que, si bien se establece tam-

bién un sistema de solución de controversias interestatal, al menos se prevé un mecanismo alternativo de resolución de disputas en materia de inversiones, en los que se reconoce al inversor una acción directa frente al Estado anfitrión de la inversión.

4.2. Ausencia de un marco específico de protección de inversiones

El Acuerdo de Comercio y Cooperación, al tiempo que establece un marco de libre comercio muy ambicioso, abarcando marcos de cooperación generalmente no cubiertos por los acuerdos de libre comercio (como es la cooperación marco de cooperación policial y judicial en materia penal), adopta, sin embargo, un enfoque mucho más restrictivo que otros acuerdos comerciales celebrados recientemente por la Unión Europea en lo que se refiere precisamente a la protección de las inversiones, ofreciendo a los inversores una protección muy limitada.

En el plano sustantivo, el Acuerdo de Comercio y Cooperación garantiza, entre otras cosas, el acceso a los mercados (art. SERVIN.2.2), el trato nacional (art. SERVIN.2.3) y el trato de nación más favorecida (art. SERVIN.2.4), asegurando que cada parte proporcione a los inversores de la otra un trato no menos favorable que el dispensado a sus propios inversores, o a los de un tercer país, pero, contrariamente a otros acuerdos suscritos recientemente por la Unión Europea, omite cualquier disposición relativa al trato justo y equitativo, a la protección frente a las expropiaciones ilegales³⁴ o a la plena protección y seguridad.

Pero es que además de proporcionar solo una limitada protección sustantiva de las inversiones, el Acuerdo también carece de los recursos procesales adecuados para hacer cumplir sus normas de protección.

En efecto, el TCA no prevé ninguna forma de mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados e, incluso, el artículo SERVIN.2.4.4 establece explícitamente que los mecanismos de solución de diferencias incluidos en otros acuerdos internacionales celebrados por la UE y el Reino Unido están excluidos del ámbito de protección de la nación más favorecida, lo que supone que los inversores no pueden tratar de basarse en la cláusula de nación más favorecida para aplicar una disposición de resolución de disputas más favorable de otro acuerdo suscrito por las partes.

Estas circunstancias, unidas al hecho de que los tribunales nacionales no están llamados a conocer ni a resolver las controversias derivadas de los eventuales incumplimientos del Acuerdo y la mencionada falta de legitimación de

³⁴ Sin embargo, el Acuerdo no afecta a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. LAW.GEN.3), que protege, entre otros derechos, el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH).

los particulares en el mecanismo de solución de controversias diseñado por el Acuerdo de Comercio y Cooperación, obliga a los inversores a buscar la tutela y protección de sus intereses más allá del propio Acuerdo, lo que se articulará fundamentalmente a través de las normas del Derecho internacional y, en su caso, los tratados bilaterales de protección.

No procediendo realizar aquí un análisis exhaustivo de esta problemática por exceder del contenido de este trabajo, si interesa, sin embargo, apuntar que la articulación de un sistema que, en definitiva, deriva la protección de las inversiones a los acuerdos de protección recíproca de inversiones, resulta, cuanto menos paradójica, si se tiene en cuenta la posición defendida por la Comisión Europea en el sentido de entender que las cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados en los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros (tratados bilaterales de inversión intra UE) son contrarias al Derecho de la Unión.

Si bien es cierto que habiendo el Reino Unido perdido la condición de Estado miembro ya no está sujeto a la jurisdicción del TJUE, quedando en principio ajeno a la problemática relativa a la ejecución, dentro de la Unión Europea de los laudos de inversión intracomunitarios, derivada de la sentencia dictada en el caso *Achmea*, también lo es que este esquema plantea problemas tanto conceptuales como jurídicos.

En la actualidad Reino Unido solo tiene suscritos TBI con Bulgaria, la República Checa, Croacia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia. Pues bien, en relación con esos acuerdos ya existentes, debe recordarse que en respuesta a la sentencia dictada por el TJUE en el caso *Achmea* y a la Comunicación de la Comisión de 19 de julio de 2018³⁵, 22 Estados miembros de la UE, entre ellos Reino Unido, en declaraciones de 15 y 16 de enero de 2019, manifestaron que se comprometían a rescindir sus TBI celebrados con otros Estados miembros de la Unión. Posteriormente, en fecha 24 de octubre de 2019, los Estados miembros de la UE llegaron a un Acuerdo sobre un tratado plurilateral para la terminación de los tratados bilaterales de inversión (TBI) dentro de la Unión, en el que establecían cómo deben operar las cláusulas de extinción y cuál debía ser la respuesta para los procedimientos arbitrales, ya iniciados y, en su caso, concluidos, y los nuevos que puedan iniciarse con posterioridad.

Este compromiso político cristalizó en el Acuerdo de Terminación³⁶, firmado el 5 de mayo de 2020. Sin embargo, el Reino Unido ya no se adhirió a este, por lo que no ha procedido tampoco a rescindir los tratados bilaterales de inversión ya suscritos con otros Estados miembros, de manera que podría

³⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Bruselas, 19.7.2018 COM (2018) 547 final

³⁶ Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2020.

parecer que tales acuerdos conservan su vigencia y pueden ser invocados, sin mayores objeciones, para la protección de los derechos de los inversores,

Pues bien, cierto es que los TBI celebrados entre el Reino Unido y los Estados antes referidos siguen en vigor³⁷, pero no debe descartarse que, planteada una controversia concreta, se trate de defender que tales tratados deberían haber sido rescindidos antes de la retirada del Reino Unido y no deben, en consecuencia, servir de base a ningún procedimiento arbitral.

E incluso no debe descartarse que el propio TJUE llegue a pronunciarse sobre estos acuerdos. En efecto, el 14 de mayo de 2020, la Comisión Europea anunció que ha emitido una carta de emplazamiento al Reino Unido para iniciar un procedimiento de infracción precisamente por no haber rescindido sus tratados bilaterales de inversión intracomunitarios³⁸, y el Acuerdo de Retirada dispone expresamente en su art. 87 que el TJUE seguirá siendo competente para conocer de los procedimientos judiciales relativos al Reino Unido que se hayan registrado antes de finalizar el periodo transitorio, los cuales continuarán hasta que se dicte resolución definitiva.

Por lo demás, en relación con los demás Estados miembros, el sistema actual obligaría a estos, a falta de un acuerdo UE-Reino Unido, a negociar individualmente acuerdos de protección recíproca de inversiones, reactivándose así un mecanismo que la propia Unión ha tratado de evitar en acuerdos anteriores mediante el establecimiento de marcos específicos de protección de las inversiones, como los ya mencionados celebrados con Canadá o Singapur.

A este respecto hay que indicar que el Acuerdo de Comercio y Cooperación expresamente reconoce la posibilidad de que el Reino Unido y los distintos Estados miembros puedan celebrar acuerdos bilaterales entre ellos, disponiendo además que tales acuerdos formarán parte del marco general del Acuerdo (art. COMPROV.2).

CONCLUSION

El Acuerdo de Retirada y el Acuerdo de Comercio y Cooperación nos ofrecen un marco jurídico ambicioso, a la par que complejo e inacabado, que contiene las bases para la regulación de las relaciones futuras entre el Reino Unido, la Unión Europea y los Estados miembros. El Reino Unido ha salido definitivamente de la Unión Europea, pero lejos de haberse cerrado el

³⁷ Al respecto el Acuerdo expresamente dispone que “Este Acuerdo y cualquier acuerdo complementario se aplicarán sin perjuicio de cualquier acuerdo bilateral anterior entre el Reino Unido, por una parte, y la Unión y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por otra” (art. FINPROV.2).

³⁸ INF-20-859. https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/index.cfm?lang_code=EN&typeOfSearch=false&active_only=0&noncom=0&r_dossier=&decision_date_from=&decision_date_to=&EM=UK&title=&submit=Search.

capítulo Brexit, la Unión Europea se encuentra ante un proceso abierto, en el que queda mucho por ver y mucho por hacer, pues habrá que ir viendo cómo se desarrollan relaciones políticas y comerciales con el Reino Unido, cuáles son las vicisitudes que, sin duda alguna, van a surgir en la aplicación de los Acuerdos aprobados y, cuáles las soluciones que entre Reino Unido y la Unión se vayan a proponer y aceptar para ir avanzando en este proceso.

Lo que es evidente es que este camino va a ser un camino largo y arduo, como lo demuestra el hecho de que, escasos meses después de haber superado el conflicto surgido a raíz de la presentación por el gobierno de Reino Unido del “*Internal Market Bill*”, la Comisión Europea volvía a enviar al Reino Unido una carta de emplazamiento por vulneración de las disposiciones sustantivas de la legislación de la UE en materia de circulación de mercancías y viajes de animales de compañía aplicables en virtud del Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte.

En el aire queda por ahora saber si, en el marco de las previsiones del art. 12.4 del Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte, la Comisión terminará remitiendo el asunto al TJUE o si, ante la falta de una eventual solución de común acuerdo que pudiera alcanzarse en el seno del Comité Mixto conforme al art. 169 del Acuerdo de Retirada, la Unión acabará solicitando la constitución de un panel de arbitraje para que dirima la controversia.

Lo que sí está claro es que estos primeros meses están poniendo de manifiesto importantes tensiones entre la Unión y el Reino Unido, que vaticinan un largo proceso “pos-Brexit” que estará marcado por escenarios político y jurídico altamente complejos para ambas partes.

FUENTES CITADAS

A. Bibliografía

- Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido: proteger los intereses europeos y garantizar la competencia leal y la cooperación ininterrumpida en los ámbitos de interés mutuo.* Comunicado de prensa, 24 de diciembre de 2020. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2531.
- Gäbler, S., Krause, M., Kremheller, A., Lorenz, L. y Potrafke, N. (2017). *Die Brexit-Verhandlungen – Inhalt und Konsequenzen für das Vereinigte Königreich und die EU.* ifo Schnelldienst 07/2017.
- Schiedsgerichte statt EuGH [Editorial] (2021, 15 ene.). https://www.lto.de/persistent/a_id/43997/.
- The Future Relationship with the EU. The UK's Approach to Negotiations* (2020, feb.). www.gov.uk/official-documents.
- The Trade and Cooperation Agreement with the UK: A Hard Brexit in Sheep's Clothing” [Editorial] (2021, 2 feb.) *EU Law Live*.
- Shiple, T. (2021, 17 mar.). “EU and international law at a crossroads in EU-UK enforcement mechanisms under the Ireland/Northern Ireland Protocol”, *EU Law Live*.
- Bray, D. y Kapoor, S. (2020, 4 nov.). “Agreement on the Termination of Intra-EU BITs: Sunset in Stone?” *Kluwer Arbitration Blog*.

B. Legislación y jurisprudencia

- Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra. «DOUE» L1 444/14 (31 de diciembre de 2020).
- Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada. «DOUE» L1 444/14 (31 de diciembre de 2020).
- Acuerdo de Cooperación entre el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comunidad Europea de la Energía Atómica en el ámbito de los usos seguros y pacíficos de la energía nuclear. «DOUE» L1 444/14 (31 de diciembre de 2020).
- Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea. DOUE» L 169/1 (31 de diciembre de 2020).
- Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020 relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. «DOUE» L 29/1 (31 de enero de 2020).
- Decisión (UE) 2020/2252 del Consejo de 29 de diciembre de 2020 relativa a la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, y del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a los procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada. «DOUE» L 44/2 (31 de diciembre de 2021).
- Real Decreto Ley 38/2020 de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020. («BOE» núm. 340, de 30 de diciembre de 2020).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada). «DOUE» C 326/01 (26 de enero de 2021).
- Tratado de la Unión Europea (versión consolidada). «DOUE» C 326/01 (26 de enero de 2021).