



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA UE
TRAS LA JURISPRUDENCIA ACHMEA-
KOMSTROY**

Autor: María García Ribeiro

5º E-3 C

Derecho Internacional Privado

Tutor: Diego Agulló Agulló

Madrid
Abril 2022

RESUMEN

En los últimos años, el arbitraje de inversión se ha visto limitado en el campo de la Unión Europea como consecuencia de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto Achmea. En él se determinó que la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en el Tratado Bilateral entre Países Bajos y Eslovaquia era contraria al derecho de la Unión. Han sido muchos los intentos por parte de la comunidad arbitral para mantener el normal desarrollo del arbitraje de inversión; sin embargo, tras las más recientes sentencias se confirma que esta decisión no solo sigue en pie, sino que es extensible a otros supuestos. En concreto, la Sentencia Komstroy determinó que la resolución de Achmea era extensible a los tratados multilaterales como el Tratado de la Carta de la Energía, suscrito por la misma Unión Europea. Asimismo, en el caso PL Holdings se determinó que los convenios arbitrales *ad hoc* en el arbitraje intracomunitario también son incompatibles con el derecho de la Unión.

Este trabajo tratará de dar respuesta a la situación actual del arbitraje de inversión en la Unión Europea. Para ello, se ofrecerá un minucioso análisis de las sentencias más destacadas, así como de sus consecuencias en el reconocimiento y ejecución de laudos. Finalmente, se aportarán las conclusiones de los escenarios más plausibles para el desarrollo del arbitraje de inversión en la Unión.

Palabras clave: Achmea, Komstroy, PL Holdings, arbitraje de inversión, Unión Europea, derecho de la Unión.

ABSTRACT

In recent years, investment arbitration has been limited in the European Union field as a result of the decision of the Court of Justice of the European Union in the Achmea case. It found that the submission to arbitration clause contained in the bilateral treaty between the Netherlands and Slovakia was contrary to EU law. There have been many attempts by the arbitration community to maintain the normal development of investment arbitration; however, the most recent rulings confirm that this decision not only remains in force, but can also be extended to other cases. Specifically, the Komstroy decision determined that the Achmea decision was extensible to multilateral treaties such as the Energy Charter Treaty, signed by the European Union itself. Likewise, in the PL Holdings case it was determined that ad hoc arbitration agreements in intra-EU arbitration are also incompatible with EU law.

This paper will attempt to respond to the current situation of investment arbitration in the European Union. To this end, it will offer a detailed analysis of the most important judgments, as well as their consequences on the recognition and enforcement of awards. Finally, conclusions will be drawn on the most plausible scenarios for the development of investment arbitration in the EU.

Keywords: Achmea, Komstroy, PL Holdings, investment arbitration, European Union, EU law.

INDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	6
I. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS. ..8	
1. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ARBITRAJE	8
2. TIPOS DE ARBITRAJE	9
3. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SUS FUENTES	11
II. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA UE TRAS LA SENTENCIA DE ACHMEA.....12	
1. ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO ACHMEA	12
2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL TJUE, ASÍ COMO LA OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL	14
2.1 <i>El ámbito de interpretación y aplicación de los Tratados y la vulneración del artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la UE en el Asunto Achmea.</i>	<i>15</i>
2.2 <i>El Tribunal Arbitral como un órgano jurisdiccional en virtud del artículo 267 del TFUE..</i>	<i>17</i>
2.3 <i>El control sobre los laudos arbitrales en aras de preservar la interpretación uniforme del derecho de la UE.</i>	<i>19</i>
3. EL FIN DE LOS TRATADOS BILATERALES INTRA-UE	21
III. LA SENTENCIA KOMSTROY ¿EL FINAL DEFINITIVO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN?.....23	
1. ANTECEDENTES DE HECHO DE KOMSTROY	23
2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA KOMSTROY.....	26
2.1 <i>Competencia del TJUE para conocer el asunto</i>	<i>26</i>
2.2 <i>La validez de la cláusula compromisoria</i>	<i>27</i>
2.3 <i>El Tribunal Arbitral como órgano jurisdiccional.....</i>	<i>27</i>
2.4 <i>El control jurisdiccional sobre los laudos dictados.</i>	<i>28</i>
2.5 <i>Conclusión y efectos de la Sentencia Komstroy en el arbitraje de inversión.</i>	<i>29</i>
IV. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS TRAS ACHMEA Y KOMSTROY.30	
1. EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DENTRO DE LA UE	31
2. EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES FUERA DE LA UE.....	33
2.1 <i>Ejecución de los laudos arbitrales bajo el Convenio de CIADI.....</i>	<i>33</i>
2.2 <i>Ejecución bajo la Convención de Nueva York.....</i>	<i>35</i>
V. ARBITRAJES INVERSOR- ESTADO MIEMBRO COMO CONSECUENCIA DE UN CONTRATO ENTRE LAS PARTES.....36	
VI. SISTEMA DE TRIBUNALES DE INVERSIONES ESTABLECIDO POR EL ACUERDO ECONÓMICO Y COMERCIAL GLOBAL (CETA), ¿UNA POSIBLE SALIDA?38	
CONCLUSIONES	41
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....45	
1. LEGISLACIÓN	45
2. JURISPRUDENCIA.....	45
3. OBRAS DOCTRINALES.....	48
4. RECURSOS ELECTRÓNICOS.....	53

LISTADO DE ABREVIATURAS

APPRIS: Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Art./Arts.: Artículo/s.

CE: Consejo de la Unión europea

CETA: Acuerdo Económico y Comercial Global

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

P./pp: Página/s.

Párr: Párrafo

PL Holdings: PL Holdings Sàrl

TBI: Tratado Bilateral de Inversión

TCE: Tratado de la Carta de la Energía

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TMI: Tratados Multilaterales de Inversión

TPI: Tribunales Permanentes de Inversiones

TTIP: Tribunales de Inversiones propuesto en las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión

UE: Unión Europea

Vol: Volumen

INTRODUCCIÓN

El 6 de marzo de 2018 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”) declaró en el Asunto Achmea¹ que la cláusula de arbitraje que contenía el Tratado Bilateral de Inversión (en adelante, “TBI”) entre Países Bajos y Eslovaquia resultaba incompatible con el derecho de la Unión Europea (en adelante, “UE”). Este hito tan solo fue el inicio del *statu quo* actual en el que el arbitraje de inversión en la UE se encuentra en una situación crítica y de incertidumbre².

Apenas un año después, el 15 de enero de 2019, los Estados miembros de la UE declararon nulos los acuerdos intra-UE³. Como se analizará a continuación, el TJUE estableció que la cláusula de resolución de disputas era incompatible con el Derecho de la UE por resultar discriminatoria e impedir el eficaz control de la interpretación de los Tratados⁴.

En este contexto de incertidumbre, el 2 de septiembre de 2021, el TJUE volvió a pronunciarse sobre una controversia similar, pero intentando resolver cuestiones que habían quedado sin respuesta. En concreto, a partir de la Sentencia Komstroy⁵, el Alto Tribunal reiteraba la idea de la incompatibilidad de las cláusulas arbitrales con el derecho de la UE. Sin embargo, en esta ocasión afecta a los firmantes del Tratado de la Carta de la Energía (en adelante, “TCE”)⁶, pese a ser un acuerdo multilateral en el que es frecuente la presencia de Estados no miembros.

El objetivo del presente estudio es analizar el *statu quo* actual del arbitraje de inversión en la UE tras las distintas y recientes sentencias en las que el TJUE. El hecho de que éste no haya hecho más que oponerse al arbitraje de inversión en distintos escenarios ha creado un verdadero

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018. Caso Achmea. C 284/16, EU:2018:18.

² Recio San Emeterio, S. “El arbitraje de inversiones entre la Unión Europea y Singapur: ¿Del arbitraje de diferencias Estado-Inversor a un sistema de Tribunales de inversiones?”, Revista Estudios de Deusto, vol. 67, núm. 1, 2019, pp. 353-383 (disponible en <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1620/1988>, última consulta el 8/3/2022).

³ Así, los Estados miembros han cumplido con las directrices marcadas por la Comisión en su Comunicación de julio de 2018, bajo el título AdD1/ 3 “Protección de la inversión intra-UE”.

⁴ En 2015 la Comisión ya había obligado a 5 Estados miembros a finalizar sus acuerdos intra-UE. La razón a ojos de la Comisión era la falta de necesidad gracias a la cooperación europea.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de septiembre de 2021. Caso Moldavia vs. Komstroy LLC. C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655

⁶ Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. Aplicación provisional. Jefatura del Estado. «BOE» núm. 117, de 17 de mayo de 1995, pp. 14122 - 14153

escenario de incertidumbre. En ese sentido, este trabajo tratará de, en primer lugar, analizar los fundamentos del TJUE aportados en ambas sentencias y si verdaderamente han sido eficaces para evitar el surgimiento de nuevos arbitrajes bajo estas cláusulas. Asimismo, los posibles problemas a los que pueden llegar a enfrentarse los laudos arbitrales bajo estas cláusulas en plano del reconocimiento y ejecución, ya sea dentro o fuera de la UE. Por otro lado, se analizará si existen vías alternativas para eludir las consecuencias que han generado las resoluciones del TJUE y qué ocurre con aquellos arbitrajes relacionados con inversores de Estados miembros y un Estado, pero donde la sumisión al arbitraje deriva de un contrato entre las partes. Finalmente, se describirá cuál es la expectativa que se tiene sobre la continuidad del arbitraje de inversión y los mecanismos de trabajo que se han desplegado para garantizar el respeto al derecho de la Unión.

I. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL ARBITRAJE

La reciente expansión del comercio internacional ha potenciado las relaciones entre inversores, Estados y empresas, caracterizándose por una prominente complejidad⁷. La riqueza de los ciudadanos y de los Estados depende inevitablemente de las relaciones comerciales que estos establezcan con otros actores⁸. Como consecuencia, las partes involucradas, en aras de protegerse ante una posible disputa, son libres de establecer el medio que consideren más adecuado para resolver la controversia⁹, resultando cada vez más habitual que, las grandes disputas comerciales por su característico abigarramiento sean sometidas a arbitraje ofreciéndoles una serie de ventajas únicas¹⁰.

El arbitraje se define como un método heterocompositivo de resolución de disputas en el que las partes, mediante el mutuo consentimiento¹¹, deciden someter la resolución de la disputa a un tribunal arbitral, para que, conforme a unas normas procesales y materiales previamente pactadas, resuelva como si de un juez se tratara¹². Es, por tanto, el exponente máximo de la libre voluntad de las partes, pues sin ésta, no puede existir un procedimiento arbitral¹³.

⁷ Ying, Huang, and Benedetti del Rio. "The Use of Online Dispute Resolution in the Realm of Investment Arbitration in the European Union." *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, n. 1, 2016, p. 134

⁸ Kundmuller, F.: "El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio". RPA, No. 1, 2005, p. 119;

Febles Pozo, N.: "El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral" en Coba Cobiellas, M.E.: *Mediación, Arbitraje y Conciliación*, Tirant lo Blanch, 2019

⁹ Gaffney, J. "The Rule of Law and Alternatives to Investment Arbitration." *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, n. 1, 2016, pp. 268.

¹⁰ Ying, Huang, and Benedetti del Rio. "The Use of Online Dispute Resolution in the Realm of Investment Arbitration in the European Union." ... *Op Cit: p.135*.

¹¹ Colina Garea, R. *El arbitraje en España: ventajas y desventajas*. Difusión Jurídica. Madrid, 2009, p. 16.

¹² Sandoval López, R. "Solución Alternativa De Conflictos, El Arbitraje Comercial Internacional Y El Empleo De Las Comunicaciones Electrónicas". Madrid Parra, *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, A. 2010, pp.646-648

¹³ Reinisch, August, and Stifter, L. "European Investment Policy and ISDS." *ELTE Law Journal*, vol. 2015, n. 1, 2015, pp. 11-26.

El principio de la autonomía privada resulta una piedra angular dentro del campo del arbitraje, pues es un sistema por el que resulta posible privar al poder jurisdiccional de resolver un asunto, es decir, el juez que dictaba sentencia es sustituido por el árbitro que dicta un laudo¹⁴.

2. TIPOS DE ARBITRAJE

En campo del arbitraje es intensamente amplio y en función de los distintos criterios establecidos y asentados por la doctrina, pueden distinguirse una extensa tipología. En primer lugar, según el modo de resolución de la controversia, se puede distinguir el arbitraje de equidad y el arbitraje de derecho. La principal diferencia entre ambos reside en que el árbitro de equidad no tiene la exigencia de ser abogado y ni si quiera de motivar el laudo en derecho. Por su parte, el arbitraje de derecho es el que se presume a falta de pacto y los árbitros son abogados, generalmente expertos en el tema, que emiten un laudo argumentado y motivado¹⁵.

En segundo lugar, en función de la jurisdicción, el arbitraje puede ser nacional o internacional. El arbitraje nacional está regulado por una ley nacional y está sujeto a la legislación de un Estado, siendo el factor clave que lo distingue el hecho de que los involucrados sean de la misma nacionalidad. Por su parte, el arbitraje internacional se aplica cuando existen particulares, personas naturales o jurídicas de distintos países o que están sujetos a legislaciones de diferentes Estados¹⁶.

En tercer lugar, en función de la designación de los árbitros, distinguimos entre arbitraje *ad hoc*¹⁷, en el que las partes tienen plena autonomía para fijar el procedimiento y elegir a los árbitros, mientras que, en el arbitraje institucional, el procedimiento y elección de árbitros queda al arbitrio de la institución encomendada para ello. En el presente trabajo, se abordará el procedimiento y las posibles ventajas de someter una disputa a uno de los centros más

¹⁴ Pisfil Chafloque, J. "Arbitraje Ad Hoc E Institucional En Contrataciones Del Estado", 2018.

¹⁵ Bermann, G. "European Union Law and International Arbitration at a Crossroads." *Fordham International Law Journal*, vol. 42, n. 3, 2019, pp. 967-980.

¹⁶ Gaffney, J. "The Rule of Law and Alternatives to Investment Arbitration."... *Op Cit*: p.271.

¹⁷ Munné Catarina, F. La Administración del Arbitraje. Instituciones Arbitrales y Procedimiento Arbitral, Aranzadi, Navarra, 2002.

reconocidos y habituales del arbitraje institucional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversores¹⁸ (en adelante, “CIADI”).

Así, para una mejor comprensión de la diferencia entre ambos, resulta conveniente profundizar en sus diferencias. El arbitraje institucional¹⁹ es aquel administrado por una institución o centro especializado de carácter permanente a la que las partes recurren para la realización de las funciones básicas del arbitraje²⁰. Estas funciones son facilitar los medios y mecanismos para el correcto desarrollo del arbitraje, pero nunca actuar en las funciones del árbitro.

Por otro lado, en el arbitraje *ad hoc*, las partes tienen un mayor protagonismo pues son ellas mismas las que acuerdan y deciden el procedimiento a seguir²¹. A su vez, se puede distinguir entre arbitraje *ad hoc* en sentido estricto, en el que las partes disponen íntegramente del procedimiento o bien, arbitraje *ad hoc* en sentido amplio, en el que se hace remisión a un reglamento para el desarrollo del proceso. Esto no convierte al arbitraje en institucional²².

Finalmente, habiendo tomado conciencia de los distintos tipos de arbitraje, para el presente trabajo, la diferenciación fundamental es la relativa al arbitraje comercial y el arbitraje de inversión -dedicando una mención especial a este último en el siguiente apartado-. En lo que respecta al arbitraje comercial, es el mecanismo más frecuente para la resolución de disputas entre grandes compañías²³, pues este es característico de las relaciones privadas. Sin embargo, si hacemos referencia al arbitraje de inversión, en él se encuentran elementos de derecho público, como consecuencia de la participación de los Estados y otros sujetos que ejercen funciones públicas²⁴. Como se analizará, esta característica puede generar conflictos entre la

¹⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965. Jefatura del Estado. «BOE» núm. 219, de 13 de septiembre de 1994, pp. 28286-28294.

¹⁹ Fairén Guillén, V. “El llamado ‘arbitraje institucional’ y la ley de arbitraje vigente (Ley 36/1988, de 5 de diciembre) en España”, *Riv Arb*, 1998, p.425.

²⁰ Fernández Rozas, J.C. “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transaccionales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. 23, n. 1, 2008, pp. 71-104.

²¹ Feldtein De Cárdenas, S. Arbitraje interno e internacional en Argentina. Abeldo- Perrot S.A. 1998, p.22

²² Derains, Y. “El contrato de arbitraje. Cláusula compromisorias patológicas y combinadas”. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2008, p.193

²³ Abogacía Española/Consejo General. “El arbitraje comercial en España. Misión de arbitraje en Miami”, 2019, p. 6.

²⁴ Gosis, B. “El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez” en McLean, M. (coord.), *Arbitraje Comercial Internacional Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*. Foreign Affairs, Trade and Development Canada, pp. 206-215.

esencia del arbitraje -la autonomía de la voluntad- y principios normativos que escapan de la libre disposición.

3. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SUS FUENTES

Como ya se ha introducido, el arbitraje de inversión es aquel que a diferencia del comercial encuentra elementos de derecho público. Así, engloba a aquellas disputas relativas a la inversión directa realizada por una empresa o inversor en un Estado extranjero. Este tipo de arbitraje no emana de un convenio arbitral típico como, por ejemplo, sería una cláusula expresa de sumisión a arbitraje, sino que surge de un Tratado de inversión, bien de carácter bilateral, o bien, multilateral. Si los arbitrajes comerciales emanan de una cláusula de sumisión suscrita por las partes, los arbitrajes inversor-Estado surgen de un tratado de inversión, ya sea bilateral o multilateral²⁵.

Por un lado, los TBIs también conocidos como Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, “APPRI”)²⁶ constituyen la figura más extendida del arbitraje de inversión²⁷. Son tratados de naturaleza recíproca que contienen medidas y cláusulas destinadas a proteger, las inversiones realizadas por los inversores “extranjeros” de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte²⁸.

En este sentido, los TBI proporcionan seguridad al inversor a través de reglas sustantivas relacionadas con el trato justo y equitativo, trato no discriminatorio, seguridad, protección y compensación por expropiación de activos extranjeros²⁹. Así un inversor extranjero que considere que se han vulnerado ciertas normas podrá invocar al tribunal arbitral previsto en el TBI para dirimir la controversia contra el Estado extranjero³⁰. No obstante, el procedimiento

²⁵ Newcombe, A and Paradell, L. "Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment". Kluwer Law International, 2009.

²⁶ Febles Pozo, N. "La Transparencia En El Arbitraje Internacional Y En Los Tratados Bilaterales De Inversión" Universitat de Girona, 2019, p.22.

²⁷ A efectos del presente trabajo de investigación se equiparán los términos APRI y TBI.

²⁸ Ministerio de Industria Comercio y Turismo. "Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)" (disponible en: <https://comercio.gob.es/InversionesExteriores/AcuerdosInternacionales/Paginas/APPRI.aspx>; última consulta 14/04/2022).

²⁹ Franck, S.D.: “Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law”, Vol. 19, 2007, pp. 341-343.

³⁰ Nasrallah, F. "International Challenges in Investment Arbitration." Trade, Law and Development, vol. 11, n. 2, 2019, pp. 397-404.

para iniciar el arbitraje, suele requerir el previo agotamiento de otras vías -mediación o negociación-. Asimismo, dentro de la vía arbitral, en ocasiones ofrecen un amplio abanico de opciones entre las que un inversor puede optar por un arbitraje institucional o por un arbitraje *ad hoc* conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, “Reglas CNUDMI”).

Por otro lado, los Tratados Multilaterales (en adelante, “TMI”) son acuerdos ratificados por más de dos Estados con el objetivo de proteger las inversiones nacionales en otros Estados y las inversiones extranjeras en este caso, en España. Un ejemplo claro es el TCE que, posteriormente y como consecuencia de las últimas sentencias, abordaremos en profundidad. Finalmente, los TMI prevén sistemas de resolución de disputas similares a los TBIs, destacando los arbitrajes CIADI³¹.

II. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LA UE TRAS LA SENTENCIA DE ACHMEA

1. ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO ACHMEA

Para un mejor y profundo análisis de la presente cuestión de investigación, resulta necesario poner de relieve los antecedentes más relevantes que dan lugar al *statu quo* actual. El asunto de Achmea³², tan sonado en los últimos años, proviene de la decisión emitida el 6 de marzo de 2018 por el TJUE sobre el conflicto entre Eslovaquia y Achmea B.V, una empresa de seguros neerlandesa³³.

Los orígenes de la disputa se remontan a 1991, año en el que se firmó el TBI entre Países Bajos y Checoslovaquia³⁴ que, por contener una controvertida cláusula de sumisión a arbitraje, dará lugar al conflicto.

Asimismo, tras la disolución de Checoslovaquia a principios de los años noventa y la posterior creación del nuevo Estado de la República de Eslovaquia, éste comenzó a privatizar el mercado

³¹ Clodfelter, A. "The Future Direction of Investment Agreements in the European Union." *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, n. 1, 2013, pp. 159-182.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018. Caso Achmea... *Op Cit*

³³ Kokott, J, and Sobotta, C. "Investment Arbitration and EU Law." *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 18, 2016, pp. 3-19.

³⁴ Países Bajos – Eslovaquia TBI (1991) Acuerdo sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca.

nacional de seguros. Años más tarde, en 2004, Eslovaquia se incorporó a la UE³⁵. Es importante en este punto hacer referencia a que la adhesión de un Estado dentro de la UE conlleva el necesario respeto al principio de primacía del derecho de la UE. Este esencial e inviolable principio establece que *“el régimen de aplicación de las normas de la UE en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros viene determinado por el propio derecho de la Unión”* tal y como se estableció el 15 de julio de 1964 en la Sentencia Flaminio Costa vs. Enel³⁶. Por tanto, desde el mismo instante en el que se adhirió, la normativa del Derecho de la UE ostenta primacía sobre las estipulaciones del TBI en caso de disputa.

Por su parte, el gobierno eslovaco en 2007 volvió a nacionalizar el mercado de seguros lo que, en consecuencia, llevó a numerosos inversores, entre ellos Achmea, a iniciar procedimientos de arbitraje contra el Estado como consecuencia de tal expropiación.

En concreto, la empresa Achmea en octubre de 2008 inició un procedimiento arbitral contra la República Eslovaca, alegando la vulneración del artículo 4 del TBI, al prohibir la distribución de los beneficios derivados de las actividades de seguro de enfermedad privado en el año 2007³⁷. La sede o lugar del arbitraje pactado fue Fráncfort del Meno, y la ley aplicable la alemana. La República Eslovaca, ante la situación, alegó una excepción por falta de competencia, y para ello argumentó que, como consecuencia de su adhesión a la UE en 2004, el Tribunal Arbitral previsto en el TBI era incompatible con el Derecho de la Unión³⁸.

El TBI establecía lo siguiente en su artículo 8.2 en referencia a la cláusula arbitral: *“toda controversia entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante en relación con una inversión de este último debe dirimirse por acuerdo amistoso, siempre que sea posible; (...) y se someterán a un tribunal arbitral en caso de que no se resuelvan por acuerdo amistoso en el plazo de 6 meses desde la fecha en que una de las partes de la controversia haya solicitado un acuerdo amistoso al respecto”*.

³⁵ Vid.: Puede consultarse en: (https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/country-profiles/slovakia_es; última consulta 3/02/2022)

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de julio de 1964. Caso Flaminio Costa vs. Enel. EU:C:1964:66.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018. Caso Achmea... *Op Cit: párr.8*

³⁸ Hualde Lopez, I, and Sanchez Pos, V. "Investment Arbitration in Spain in Light of Recent Jurisprudence from the European Union Court of Justice." Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 10, n. 2, 2018, pp. 866-872.

El 26 de octubre de 2010³⁹, el Tribunal Arbitral desestimó la excepción. El laudo de 7 de diciembre de 2010, finalmente, resolvió en favor de Achmea condenado a la República Eslovaca a pagar una compensación por expropiación indebida.

El Estado eslovaco inició un procedimiento de anulación en el Tribunal *Oberlandesgericht Frankfurt am Mein* (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania). El recurso fue desestimado y, en consecuencia, fue recurrido en casación por el recurrente ante el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) argumentando que la cláusula arbitral del artículo 8 del TBI Países Bajos-Eslovaquia era incompatible con el derecho de la UE, en concreto con el artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”)⁴⁰.

Considerando la Corte Federal Alemana que la cuestión no era baladí, decidió plantear una cuestión prejudicial sobre el asunto. Sin perjuicio del debate jurídico existente sobre la posibilidad de que un tribunal arbitral pueda plantear una cuestión prejudicial, para el estudio de la presente cuestión de investigación, nos centraremos en la respuesta del TJUE con respecto a la compatibilidad de la resolución de conflictos mediante una cláusula de sumisión de arbitraje contenida en un TBI con el derecho de la UE y la primacía de este⁴¹.

2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL TJUE, ASÍ COMO LA OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL

El Alto Tribunal se pronunció estableciendo que el artículo 8 del TBI resultaba incompatible con el derecho de la UE determinando que: “*el Derecho de la Unión se asienta, en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el artículo 2 TUE. 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*”⁴². A fin de fundamentar su

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018. Caso Achmea... *Op Cit: párr.11*

⁴⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2009. Versión consolidada de 7 de junio de 2016. (2016/C 202/1)

⁴¹ Bilanova, A y Jaroslav K. "Achmea: The End of Investment Arbitration as We Know It." *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 3, n. 1, 2018, pp. 261-281.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018. Caso Achmea... *Op Cit: párr.34*

respuesta, consideró esencial el Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014⁴³ en el que efectivamente se establecían los principios de autonomía, primacía y cooperación⁴⁴.

En esta misma línea, se ampara en el artículo 344 del TFUE el cual establece que “*Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos*”⁴⁵”. Además, el TJUE revela la importancia del artículo 267 del TFUE como procedimiento de remisión judicial necesario y esencial para garantizar la aplicación del derecho de la Unión.

Tras un breve análisis de los antecedentes y del fallo emitido por el Alto Tribunal, la polémica sentencia podría analizarse mediante tres cuestiones fundamentales consistentes en los siguientes puntos. En primer lugar, si el presente caso versa sobre una cuestión de interpretación y aplicación de Tratados de la UE y en consecuencia si podría haberse vulnerado el artículo 344 del TFUE; en segundo lugar, verificar si el Tribunal Arbitral es un órgano jurisdiccional y por tanto tiene potestad para plantear una cuestión prejudicial y por último, si existe un control jurisdiccional suficiente sobre los laudos dictados que permita la uniformidad del derecho de la Unión.

2.1 El ámbito de interpretación y aplicación de los Tratados y la vulneración del artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la UE en el Asunto Achmea.

La primera cuestión que entra a valorar el Alto Tribunal es si se ha producido una vulneración del artículo 344 del TFUE, previamente expuesto. Es evidente que para que pueda producirse

⁴³ Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno), 2/13, de 18 de diciembre de 2014. TJUE ECLI:EU:C:2014:2454

⁴⁴ En este sentido es pertinente citar la abundante jurisprudencia que recalca este punto:

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de julio de 1964. Caso Flaminio Costa vs. Enel. EU:C:1964:66.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de diciembre de 1970. Caso Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. ECLI:EU:C:1970.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013. Caso Stefano Melloni vs. Ministerio Fiscal. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 1963. Caso Van Gend en Loos vs. Administratie der Belastingen. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1

⁴⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2009... *Op Cit*: Artículo 344.

una vulneración, el Tribunal debería en primer lugar probar que la disputa versa sobre la interpretación y aplicación de los Tratados.

Por un lado, el Abogado General establece que el TBI presenta un ámbito de aplicación mucho más extenso que el TFUE y por tanto ofrecen garantías diferentes. Por ello, concluye que este no es un litigio que verse sobre la interpretación y aplicación del derecho de la UE⁴⁶, y en consecuencia no podría verse vulnerado el artículo 344 del TFUE. La opinión del Sr. Wathelet es sostenida por la mayor parte de la doctrina⁴⁷ y jurisprudencia⁴⁸, que añaden que solo se produciría una vulneración de artículo 344 del TFUE si el laudo arbitral tuviera como objeto la interpretación y aplicación del derecho de la UE⁴⁹.

Sin embargo, la respuesta del TJUE en este sentido es clara y contraria a la del Abogado General y para ello sostiene que el derecho de la UE está integrado en el derecho nacional de sus Estados miembros. Consecuentemente, aquellos Tratados suscritos por los Estados miembros deben en casos como este contar con que el Tribunal Arbitral pueda interpretar y aplicar el derecho de la UE. Además, a raíz de este razonamiento, el Tribunal analiza el apartado sexto del controvertido artículo 8 del TBI: “(...) *el tribunal arbitral tendrá en cuenta el derecho en vigor en el Estado de la parte contratante afectada y cualquier tratado internacional pertinente entre las partes*⁵⁰”. Sin perjuicio de que el término “*tendrá en cuenta*” genera un arduo debate doctrinal⁵¹, el Alto Tribunal considera que es suficiente como para entender que versa sobre la interpretación y aplicación de los Tratados, pues el derecho en vigor de los Estados de este TIB es el derecho de la Unión. En conclusión, el Tribunal Arbitral en casos como este, podría verse obligado a interpretar y aplicar el derecho de la UE.

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018. Caso Achmea. C 284/16, EU:2018:18.

⁴⁷ Iruretagoiena, I. "Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación (im)posible?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 59, 2018, pp. 230-250

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2006. Caso Mox Plant.C-459/03, EU:C:2006:345

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de mayo de 2006. Caso Comisión vs. Irlanda. C 459/03. ECLI:EU:C:2006:345.

⁵⁰ Países Bajos – Eslovaquia TBI (1991) ...*Op Cit*: Artículo 8.

⁵¹ Simón Razquin, M. "El Fin del arbitraje de inversión en Europa." *Anuales de Derecho*. vol. 37, n.1. 2019, p 6.

2.2 El Tribunal Arbitral como un órgano jurisdiccional en virtud del artículo 267 del TFUE.

Este análisis surge a partir de la incertidumbre causada en cuanto a la posibilidad de que un Tribunal Arbitral pueda plantear cuestiones prejudiciales. En principio, las cuestiones prejudiciales solo pueden ser formuladas por órganos jurisdiccionales⁵². Por ello, la cuestión versa sobre si existe una equivalencia entre la calificación de Tribunal Arbitral y órgano jurisdiccional, siendo imprescindible establecer qué requisitos deben cumplirse para ser considerado este último.

La calificación de órgano jurisdiccional no depende del derecho interno, sino que es un concepto autónomo, propio del derecho de la UE⁵³. Los requisitos han sido establecidos por la reiterada jurisprudencia del TJUE empezando por la Sentencia de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göbbels vs. Bestuur*⁵⁴, pudiéndose resumir en los siguientes: “*origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, la naturaleza contradictoria del procedimiento, la aplicación de reglas de derecho en la resolución de las controversias, así como su independencia*”⁵⁵.

En esta cuestión vuelven a disentir Abogado General y el Alto Tribunal, pues el primero afirma que los requisitos se cumplen y para ello se centra en analizar el origen legal y la permanencia. En lo que concierne al primer requisito, el origen legal⁵⁶, el Abogado General se basa en que el Tribunal Arbitral que se constituye en virtud del artículo 8 del TBI, cumple con este requisito ya que al haber ratificado el TBI tanto Países Bajos como Eslovaquia, éste forma parte de los ordenamientos de ambos Estados. Resulta remarcable que esta afirmación es compartida por

⁵² Cienfuegos M: “Noción de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial”, *European Inklings (EUi)*, n. 4, 2014, pp. 30-35.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de junio de 1966. Caso *Veuve G. Vaassen-Göbbels vs. Bestuur van Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*. C 61/65. EU:C:1966:39.

⁵⁵ Ballesteros Panizo, A: “La independencia según el artículo 267 TFUE”, *Revista de Registradores de España*, n. 96.

⁵⁶ A este respecto, resultan ilustrativas los siguientes casos: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de junio de 2014. Caso *Ascendi Beiras Litoral e Alta vs. Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*. C 377/2013. ECLI:EU:C: 2014:1754 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014. Caso *Merck Canada Inc. vs. Accord Healthcare Ltd*. C 555/13. ECLI:EU:C: 2014:92.

el TJUE en otras cuestiones, como puede reflejarse *supra*⁵⁷, no siendo tan si quiera mencionado para la presente.

Por otro lado, en cuanto al segundo requisito, la permanencia de los tribunales arbitrales trata de establecer la diferencia entre los procedimientos de arbitraje institucionales y *ad hoc*, insistiendo en la idea de que la permanencia debe ser analizada en función de la institucionalización del arbitraje. Si bien el artículo 8 del TBI establece un procedimiento *ad hoc*, el apartado 4 del mismo Tratado confiere la facultad de nombrar los árbitros a la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, “CCE”), configurándose esta como una institución arbitral permanente y, en consecuencia, se cumpliría también con el requisito de permanencia⁵⁸.

Pues bien, el TJUE en este punto y con base en el artículo 267 del TFUE⁵⁹ concluye que no cumple con los requisitos necesarios y que un tribunal arbitral tiene un “carácter excepcional” que impide que pueda ser calificado como órgano jurisdiccional, siendo además numerosa la jurisprudencia que sostiene esta idea⁶⁰. En definitiva, el principio de cooperación establecido en el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, “TUE”) son los Estados miembros y el TJUE los encargados de asegurar la plena aplicación del derecho de la Unión, y no siendo los tribunales arbitrales parte de los órganos jurisdiccionales se pondría en peligro la eficacia y autonomía del derecho de la Unión⁶¹.

⁵⁷ En concreto, en lo relativo al punto “2.1 *El ámbito de interpretación y aplicación de los Tratados y la vulneración del artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la UE en el Asunto Achmea*”.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de junio de 2014. Caso Ascendi Beiras Litoral e Alta vs. Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta. y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014. Caso Merck Canada Inc. vs. Accord Healthcare... *Op Cit*.

⁵⁹ El artículo 267 del TFUE establece que: “*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión*”. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de enero de 2013. Caso Valeri Hariev Belov vs. CHEZ Elektro Bulgaria AD y otros. C-394/11, ECLI:EU:C:2013:48;

⁶¹ Dictamen TJUE 2/13, de 18 de diciembre de 2014. ECLI:EU:C:2014:2454... *Op Cit*

2.3 El control sobre los laudos arbitrales en aras de preservar la interpretación uniforme del derecho de la UE.

El TJUE en este punto analiza si es posible someter un laudo arbitral al control jurisdiccional de un Estado miembro que plantee una cuestión prejudicial. El reglamento arbitral aplicable, en este caso el Reglamento CNUDMI⁶², establece que la ley aplicable al procedimiento es la de la sede arbitral. Así, el control judicial del laudo dependerá exclusivamente de lo que señale la ley aplicable a la controversia, en este caso, la ley alemana.

Así, el Alto Tribunal se pronuncia sobre este punto diferenciando entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones⁶³. El arbitraje comercial a diferencia del arbitraje de inversiones tiene mayor incisión en lo que la autonomía de la voluntad respecta⁶⁴ y es por ello, que no puede equipararse al arbitraje de inversiones. Por su parte, el arbitraje de inversión no puede ni debe escapar del sistema de garantías y respeto a la interpretación y aplicación de los Tratados establecido en el artículo 19.1 del TUE⁶⁵ pues el vínculo contractual en el sentido del arbitraje comercial -a diferencia del arbitraje de inversión- es apenas inexistente⁶⁶. Este mismo razonamiento ya fue previamente acogido por el TJUE en la Sentencia de 27 de febrero de 2018 de Associação Sindical dos Juizes Portugueses vs. El Tribunal de Cuentas⁶⁷. Por ello, según el Alto Tribunal el procedimiento entre un inversor y un Estado en un TBI⁶⁸ se rige por

⁶² Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de 15 de agosto de 2010.

⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018. Caso Achmea... *Op Cit: párr.55*.

⁶⁴ Cremades, B. "Évolution récente du droit espagnol en matiere d'arbitrage". *Revue de l'Arbitrage*, nº 2, 1988, pp. 223- 236.

⁶⁵ El artículo 19.1 reza así: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados".

⁶⁶ Fernández Rozas, J.C. "Internacionalismo vs Mercatorismo en la Especialización del Arbitraje Internacional", *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 5, n. 1, 2012, pp. 50-80.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de febrero de 2018. Caso Associação Sindical dos Juizes Portugueses. C 64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

⁶⁸ Bihari, E. "International Investment Arbitration in the European Union." *Acta Universitatis Sapientiae: Legal Studies*, vol. 10, n. 1, 2021, pp. 21-34.

una normativa con tintes públicos y en consecuencia debe calificarse como una relación Estado- Estado⁶⁹.

El Abogado General se opone radicalmente a esta decisión pues entiende que el *quid* de la cuestión reside en verificar si resulta compatible aplicar el artículo 344 del TFUE con el artículo 8 del TBI y, finalmente, si éste último permite la autonomía del derecho de la UE. Para ello, delimita en base a la jurisprudencia del TJUE que el artículo 344 del TFUE comprende tan solo aquellas cuestiones que se produzcan entre Estados y no cualquier controversia. La respuesta se funda en la Sentencia del 30 de mayo de 2006 en el Caso Mox Plant⁷⁰, y sirve para distinguir entre controversias entre inversores y Estados -que a ojos del Abogado General no forman parte del artículo 344 del TFUE-. A pesar de que el TJUE no se ha pronunciado en profundidad⁷¹ sobre esta cuestión, la doctrina mayoritaria⁷² no puede sino disentir de la conclusión del Asunto Achmea expuesta por el Alto Tribunal pues el artículo 344 solo hace referencia a las disputas entre Estados miembros y no inversor y Estado miembro.

Finalmente, con el fin de garantizar el respeto del derecho de la UE, el artículo 267 permite la remisión de cuestiones prejudiciales que permiten un diálogo entre Estados y UE. En ese sentido, teniendo en cuenta que los laudos arbitrales están sometidos al control jurisdiccional, existe una garantía fundamental para la aplicación y efectividad del derecho de la UE. El Abogado General sostiene que el Tribunal Arbitral es un órgano jurisdiccional tal y como se expuso en la cuestión previa en relación con el artículo 267 del TFUE. Consecuentemente no existe razón para pensar que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no pueda plantear una cuestión prejudicial⁷³.

⁶⁹ Iruretagoiena, I. "La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)", LA LEY Unión Europea, n.60.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2006. Caso Mox Plant.... *Op Cit*:

⁷¹ *Id.*: En la que se menciona el error -a ojos del autor- del Alto Tribunal al considerar que el Caso Mox Plant es resulta de aplicación.

⁷² Wehland, H. "Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: is European Community Law and Obstacle?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009.

López, M. "El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo", *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.57, 2017.

⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de noviembre de 1997, Caso Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV vs. Evora BV. C 337/95, ECLI:EU:C:1997:517.

3. EL FIN DE LOS TRATADOS BILATERALES INTRA-UE

Por lo tanto, tras responder a estas tres cuestiones, el TJUE dictaminó que la cláusula de arbitraje del TBI neerlandés-eslovaco era contraria al TFUE y, en consecuencia, opuesta al derecho de la UE. La decisión del Tribunal se refería exclusivamente a la cláusula de arbitraje del TBI entre Eslovaquia y los Países Bajos, sin mencionar si esta incompatibilidad se extendía a otros supuestos.

La decisión de Achmea no ha dejado a nadie indiferente en el mundo del arbitraje⁷⁴. El TJUE se ha pronunciado sobre la compatibilidad de un laudo con el derecho de la UE sin que quede probado que se ha infringido el artículo 19.1 del TUE. Es decir, el TJUE ha sentado las bases sobre las cuales no resulta necesario probar que se ha eludido el derecho de la UE, sino que la mera posibilidad de que pueda ocurrir hace incompatible la cláusula del TBI con el derecho de la Unión.

Como consecuencia de ésta, la Comisión en su comunicación “Protección de la inversión intra-UE”, declaró amparándose en la Sentencia de Achmea que los TBI intra-UE resultaban incompatibles con el derecho de la Unión⁷⁵. Posteriormente, y tras la declaración política emitida por los gobiernos de los estados miembros de la UE el 15 de enero de 2019⁷⁶ se firmó -con la excepción de Austria, Finlandia, Suecia e Irlanda- el acuerdo para la “terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión”. El Acuerdo preveía una serie de mecanismos para resolver los casos “pendientes” a través de lo que se denominó un “diálogo estructurado⁷⁷”.

Aunque parece evidente que tanto la Sentencia como los hechos ocurridos posteriormente entierran los mecanismos de resolución de disputas entre inversor y Estado, en la práctica no

⁷⁴ Moise, D. "The Future of Investment Arbitration in the European Union." *Romanian Arbitration Journal / Revista Romana de Arbitraj*, vol. 14, n. 3, 2020, pp. 49-60.

⁷⁵ Wierzbowski, K, and Szostak, A. "The Downfall of Investment Treaty Arbitration and Possible Future Developments." *Dispute Resolution International*, vol. 13, n. 1, 2019, pp. 61-68.

⁷⁶ Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros de 15 de enero de 2019 sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia del Tribunal de Justicia en Achmea y sobre la protección de las inversiones en la Unión Europea, 2019.

⁷⁷ Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión dentro de la UE («acuerdo de terminación») 5 de mayo de 2020 (disponible en: <https://ec.europa.eu/info/publications/200505-bilateral-investment-treaties-agreement>; última consulta en 23/05/2022).

resulta del todo así. El Asunto Achmea ha sido calificado en numerosas ocasiones como una sentencia política que no tiene mayor recorrido que la defensa partidista del derecho de la UE⁷⁸.

En consecuencia, muchos de los tribunales arbitrales constituidos con posterioridad a la decisión mantienen su jurisdicción. Este hecho se debe en parte al aprovechamiento de los huecos que deja entrever la sentencia. Entre ellos, la especificidad del caso hace que de forma sencilla pueda establecerse que la situación es distinta a la de Achmea⁷⁹. Así, en esta misma línea, docenas de tribunales han negado la aplicabilidad de la Sentencia Achmea impidiendo la anulación de numerosos procedimientos. Ante esto, la generación de una “guerra” entre los tribunales arbitrales y la UE es evidente⁸⁰.

En conclusión, la paralización inminente del arbitraje de inversión entre los Estados de la UE pretendida por el TJUE no es una realidad; sin embargo, es razonable pensar que teniendo en cuenta la intención de las instituciones europeas, el paso de los años lleve a reducir casi al completo este método de resolución de disputas.

Esta sentencia ha supuesto el inicio de lo que parece el fin del arbitraje de inversión entre inversores y Estados, no obstante, es cierto que deja muchos interrogantes abiertos. En especial, suscita dudas en lo relativo al TCE y qué efectos tendría Achmea sobre éste⁸¹, sobre aquellos arbitrajes ya iniciados o como bien califica el Acuerdo de Terminación: “pendientes”; en especial, en lo relativo al reconocimiento y ejecución, y en aquellos arbitrajes relacionados con

⁷⁸ Hess, B. ‘The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice’, MPILux Research Paper, (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3152972>; última consulta en 3/03/2022).

⁷⁹ Nagy István, C. "Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After Achmea: “Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back”", Cambridge University Press, vol.19, 2019, pp.981-1016.

⁸⁰En este sentido puede observarse los numerosos intentos de obtener resoluciones en vía ordinaria que anulen los laudos arbitrales. Puede ponerse de relieve:

Caso CIADI, Raiffeisen Bank International AG y Raiffeisenbank Austria vs. República de Croacia. Caso Núm. ARB/17/34;

Caso CIADI, Uniper SE, Uniper Benelux Holding BV y Uniper Benelux NV vs. Reino de los Países Bajos. Caso Núm. ARB/21/22; y

Caso CIADI, RWE AG y RWE Eemshaven Holding II BV vs. Reino de los Países Bajos. Caso Núm. ARB/21/4.

⁸¹ El acuerdo de 5 mayo 2020 alcanzado por 23 Estados miembros, no incluye ninguna referencia al TCE y en la práctica arbitral se está observando que este instrumento no se está viendo afectado por la jurisprudencia Achmea.

inversores de Estados miembros y un Estado, pero donde la sumisión al arbitraje deriva de un contrato entre las partes⁸².

En el presente trabajo, tal y como se ha indicado, se tratará de dar respuesta a estos interrogantes, pero para ello resulta esencial analizar la más reciente sentencia relativa al TCE, la Sentencia Komstroy.

III. LA SENTENCIA KOMSTROY ¿EL FINAL DEFINITIVO DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN?

1. ANTECEDENTES DE HECHO DE KOMSTROY

El 2 de septiembre de 2021, el TJUE volvió a pronunciarse sobre una cuestión parecida y en concreto, no resuelta tras la sentencia de Achmea. En este caso, el procedimiento enfrentaba a la República de Moldavia contra Komstroy LLC⁸³, subrogada en los derechos y obligaciones de Energoalians.

Los antecedentes se remontan a finales de los años noventa, en la tesitura de liberalización de las economías post soviéticas. Por un lado, Energoalians acordó dos contratos de suministros de electricidad en los que se comprometía a ser intermediario para la compra de electricidad a Ukrenergó y una posterior reventa a Moldtransselectro -empresa estatal moldava que operaba a través de Derimen, compañía de las Islas Vírgenes Británicas-⁸⁴.

La disputa surgió como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago de Moldtransselectro⁸⁵. En consecuencia, Energoalians considerando que se habían violado las

⁸² Cabe mencionar la Nota de la CNUDMI sobre la Ley Modelo en su última versión de 2006 que dice así: «Como lo demuestran recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Esa tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad del proceso arbitral».

⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de septiembre de 2021. Caso Moldavia vs. Komstroy LLC... *Op Cit*

⁸⁴ *Ibid.*: párr.8

⁸⁵ Smith, R., “*Moldavia c. Komstroy (Asunto C-741/19): Lecciones y conclusiones clave*”, Reed Smith, 12021: (disponible en <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2021/09/moldova-v-komstroy-key-lessons-and-takeaways>; última consulta en 23/2/2022)

obligaciones establecidas en el TCE⁸⁶ así como del TBI entre Ucrania y Moldavia de 1996, interpuso demanda arbitral contra Moldtranelectro en la cual, la sede designada fue París.

El 25 de octubre de 2013, el Tribunal Arbitral dictó el laudo en el que se condenaba a Moldavia a pagar casi 47 millones de dólares por haber incumplido con lo pactado en el TCE. Ante este escenario, Moldavia impugnó la competencia del Tribunal y alegó que el laudo era contrario al orden público internacional.

Al margen de la posterior intensa batalla de recursos, el 6 de octubre de 2014, tal y como se adelantaba *supra*, Komstroy se subrogó en los derechos y obligaciones de Energolians como consecuencia de la adquisición de esta, pasando a ser la parte principal del controvertido procedimiento⁸⁷.

El Tribunal de Apelación de París (*la Cour d'appel de Paris*) anuló el laudo de 2013 mediante fallo en 2016, pues en su opinión efectivamente el Tribunal se había declarado competente de forma errónea. Además, estableció que lo que se había producido en este caso era una cesión de crédito y no una “inversión” en términos del TCE⁸⁸.

El 28 de marzo de 2018, el Tribunal de Casación de Francia, *la Cour de cassation*, resolvió el recurso interpuesto por Komstroy anulando la decisión del Tribunal de Apelación de París y, por tanto, restableciendo el laudo dictado en 2013. Un año y medio más tarde, en concreto, el 24 de septiembre de 2019, el Tribunal de Apelación de París decidió suspender el procedimiento para plantear las siguientes preguntas al TJUE: (i) si atendiendo al artículo 1.6 del TCE, según este caso concreto, debe interpretarse considerarse como una “inversión”; (ii) si según el artículo 26.1 del TCE debe interpretarse como si Derimen -no perteneciente al TCE- al ceder la deuda a un inversor del un Estado contratante del TCE constituye o no una inversión; y (iii) si el artículo 26.1 del TCE entiende si una deuda derivada de un contrato de venta de electricidad entregado en la frontera del Estado receptor es una inversión realizada “en el área” del Estado receptor⁸⁹.

⁸⁶ Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994... *Op Cit*.

⁸⁷ Gil Nievas, R. Beyond the Plain Reading of the Komstroy CJEU Decision: A Potential New Analysis of the CJEU's Reasoning, LA LEY 13240/2021, n.9, 2022, p.3

⁸⁸ *Ibid*.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de septiembre de 2021. Caso Moldavia vs. Komstroy LLC... *Op Cit*

A priori, podría decirse que la cuestión planteada al TJUE no es más que un asunto que tiene como objeto la determinación y el alcance del término inversión en el TCE⁹⁰. Sin embargo, en un giro inesperado de los acontecimientos, el TJUE sentenció que los arbitrajes dentro de la UE bajo el TCE son contrarios al derecho de la UE. Es decir, ante ciertas dudas que habían quedado no resueltas tras *Achmea*, el TJUE centró su argumentación en los siguientes puntos: en primer lugar, en la competencia del TJUE para conocer el asunto; posteriormente en la validez de la cláusula compromisoria. Asimismo, y de igual forma que en *Achmea*, en verificar si el Tribunal Arbitral es considerado un órgano jurisdiccional y finalmente, si existe suficiente control a los laudos dictados por el Tribunal *ad hoc*.

Como desde un inicio puede apreciarse, son abundantes las similitudes que encuentra este caso con el Asunto *Achmea*. A este respecto, Estados como Francia, Alemania, España, Italia se posicionan favorables a extender los efectos de *Achmea* al artículo 26 del TCE señalando que este es incompatible con el derecho de la Unión. Por su lado, Hungría, Suecia y Finlandia no pueden sino disentir en que pueda ser extrapolable las consecuencias de un caso -en su opinión- muy distinto al que nos ocupa en esta cuestión⁹¹.

En este capítulo se tratará de analizar las cuestiones más relevantes de la Sentencia *Komstroy* ofreciendo una comparativa con el Asunto *Achmea* y finalmente dando respuestas a aquellas cuestiones que no pudieron ser resueltas en 2018 y que tan arduo debate ha generado en la comunidad arbitral.

⁹⁰ Para la presente cuestión de investigación no se analizará el fondo del asunto. Sin embargo, son abundantes los comentarios realizados sobre esta cuestión sustantiva:

Johannes Wahnschaffe, C and Rensmann, E. Lights Out for the Energy Charter Treaty? The ECJ's Next Blow to Intra-EU Treaty Arbitration. (Disponible en: <http://blogs2.law.columbia.edu/aria/lights-out-for-the-energy-charter-treaty-the-ecjs-next-blow-to-intra-eu-treaty-arbitration/>; última consulta 14/04/2022)

Tietje, C; Ruff, D; Schmitt, M. Final Countdown in EU Investment Protection Law: Does the ECJ's *Komstroy* Ruling also Apply in intra-EU ICSID Proceedings?, 2022.

Östlund, A; Hallberg, J. And Now For Something Completely Different... Disposing of *pacta sunt servanda* through an *obiter dictum*. 2022.

Scheu, J; Nikolov, P. Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2021, vol. 36, n. 1, pp. 171-188.

Kovács, B. "Watch for the Ripples, Not Just the Splash: How the EU Position on Investment Arbitration Has Affected the Enforcement of Awards", *Institute of Comparative Law Budapest*, 2022.

⁹¹ Cosmo S, "ECJ adviser says intra-EU claims barred under ECT", *Global Arbitration Review*, 2021. (Disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/achmea/ecj-adviser-says-intra-eu-claims-barred-under-ect>; última consulta 23/03/2022)

2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA KOMSTROY.

2.1 Competencia del TJUE para conocer el asunto

La alegación de la falta de competencia es sostenida por el Consejo de la Unión Europea (en adelante, “CE”), Hungría, Finlandia, Suecia y Komstroy con base en la falta de conexión entre el litigio y la UE. Alegaban que el derecho de la UE no es aplicable en tanto que las partes no son Estados miembros⁹². Pese a la controvertida competencia del TJUE sobre el asunto, de contrario, éste estableció afirmativamente que la ostentaba en virtud del artículo 267 del TFUE ya que permite al Alto Tribunal interpretar actos adoptados por sus instituciones y organismos.

Para ello es esencial caracterizar que el TCE es un acuerdo mixto celebrado por la Unión⁹³, siendo una diferencia fundamental con el Asunto Achmea. Por ello, muchos de sus Estados miembros, así como terceros Estados y, en consecuencia, el TJUE en virtud del artículo mencionado se declaran competentes. Además, señaló que, aun siendo el inversor no europeo, las cuestiones relacionadas con el concepto de inversión sí son competencia de la UE⁹⁴.

Si bien es cierto que existen dudas sobre esta interpretación, el TJUE no es competente para interpretar el TCE por el mero de hecho de ser parte de este. La controversia tiene que existir en el marco de aplicación del derecho de la UE. Ante esto, el TJUE y en aras de preservar la uniformidad en la interpretación del derecho de la UE, estableció que existe un interés manifiesto a resolver esta cuestión ya que un escenario plausible es que se genere una controversia similar regida por el derecho de la Unión⁹⁵.

No obstante, la justificación de ostentar jurisdicción se centró en el hecho de que, por un lado, la sede arbitral estaba en París. Es importante remarcar que se trata de una controversia de un

⁹² Johannes Wahnschaffe, C and Rensmann, E. Lights Out for the Energy Charter Treaty? The ECJ’s Next Blow to Intra-EU... *Op Cit.*: p.2

⁹³ La jurisprudencia ya establece que un acuerdo celebrado por el Consejo es un acto adoptado por una de las instituciones de la Unión Europea. Como ejemplo, resulta ilustrativa:

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 abril de 1974. Caso R. & V. Haegeman vs. Bélgica. C 181/73, ECLI:EU:C:1974:41;

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de marzo de 2011. Caso Lesoochránárske zoskupenie VLK vs. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky. C 240/09, ECLI:EU:C:2011:125.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de septiembre de 2021. Caso Moldavia vs. Komstroy LLC... *Op Cit*

⁹⁵ Conclusiones del Abogado General SR. MACIEJ SZPUNAR, presentadas el 3 de marzo de 2021. Asunto C-741/19. República de Moldavia vs. Komstroy.

tribunal *ad hoc*, establecido por el Reglamento de la CNUDMI, y que, conforme a este reglamento, las partes establecieron la sede parisina. En consecuencia, la *lex fori* es clara: la de los Tribunales franceses. En ese sentido, los tribunales parisinos, como parte de la UE sí tienen la obligación de interpretar y aplicar el derecho de la UE, cuyo respeto debe garantizar el órgano jurisdiccional que conoce del asunto, con arreglo al artículo 19 TUE.

2.2 La validez de la cláusula compromisoria

Por otro lado, el TJUE consideró necesario resolver la cuestión relativa a la validez de la cláusula compromisoria del TCE. Para ello analizó qué disputas pueden someterse a arbitraje según el artículo 26 del TCE. En concreto, analizó la validez de la cláusula arbitral - artículo 26, apartado 2, letra c), del TCE- entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este último en el primer Estado.

En cuanto a este punto, el TJUE afirma que no puede interpretarse este artículo en el sentido de que excluya la jurisdicción⁹⁶; de hecho, todo lo contrario, dentro de la UE se debe aplicar el derecho de la UE, aunque del TCE se trate. Basándose en el razonamiento de la famosa sentencia de Achmea, el TJUE estableció que los tribunales arbitrales constituidos a partir del artículo 26.6⁹⁷ del TCE están obligados a interpretar y aplicar el derecho de la UE. El derecho de la UE se caracteriza por su autonomía que queda reflejada en el artículo 344 del TFUE. Además, para cumplimentar este derecho, el artículo 19 del TUE brinda a los Tribunales de la capacidad de asegurar la tutela judicial efectiva y la observancia otorgándoles jurisdicción exclusiva; es decir, el TCE al ser un acto de la UE los Tribunales están obligados a interpretar y aplicar el derecho de la UE⁹⁸.

2.3 El Tribunal Arbitral como órgano jurisdiccional

La siguiente cuestión versa sobre si el Tribunal Arbitral es posible que sea considerado como un órgano integrado en la UE y, en consecuencia, tal y como se discutió en Achmea, determinar si el Tribunal Arbitral es o no parte del sistema judicial del Estado miembro. La respuesta es

⁹⁶ Kovács, B. "Watch for the Ripples, Not Just the Splash: How the EU Position on Investment Arbitration Has Affected the Enforcement of Awards", *Op Cit*: p.138.

⁹⁷ 26.6 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.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018. Caso Achmea... *Op Cit*.

clara y no requiere mayor análisis pues se declara que el Tribunal Arbitral *ad hoc* que se prevé en el artículo 26.6 del TCE no puede ser entendido como un elemento del sistema judicial francés. Así, en los mismos términos que Achmea, el carácter excepcional de los tribunales arbitrales imposibilita que en virtud del artículo 267 del TFUE puedan estar facultados para solicitar una cuestión prejudicial⁹⁹.

2.4 El control jurisdiccional sobre los laudos dictados.

Por último, es menester analizar si el laudo dictado por un tribunal arbitral *ad hoc* como sucede en el presente caso, está sujeto al control de un órgano jurisdiccional en virtud del artículo 19 del TUE.

Como se explicaba *supra*, la presente disputa se ha sometido a un Tribunal Arbitral *ad hoc*, con un reglamento y sede determinados. Conforme al Reglamento de Arbitraje, el derecho aplicable es el francés y, por tanto, éste será el encargado conforme a sus normas internas de realizar el control jurisdiccional oportuno. En ese sentido, el alcance del control viene determinado por el artículo 1520 del Código de Enjuiciamiento Civil francés y en este caso, solo prevé un control limitado¹⁰⁰.

La jurisprudencia establece que el control limitado se debe a la multitud de exigencias requeridas para un procedimiento arbitral y que, en consecuencia, carecería de sentido realizarlo de forma exhaustiva *ex post*. No obstante, ya en el Asunto Achmea se estableció la diferencia entre el arbitraje comercial y el de inversión y la necesidad de distinguirlos y aplicarles un tratamiento distinto. Es ahora en Komstroy cuando se incide en que, el arbitraje de inversión resulta de un tratado que, con arreglo al artículo 26, apartado 3 del TCE, los Estados miembros ceden las competencias de sus propios tribunales vulnerando el artículo 19 del TUE en los ámbitos que deberían estar cubiertos por el derecho de la Unión¹⁰¹.

¹⁰⁰ Conclusiones del Abogado General SR. MACIEJ SZPUNAR, presentadas el 3 de marzo de 2021... *Op Cit.*

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de febrero de 2018... *Op Cit.*

2.5 Conclusión y efectos de la Sentencia Komstroy en el arbitraje de inversión.

Tanto el TJUE como el Abogado General en sus conclusiones¹⁰², llegan al mismo punto en común -a diferencia de lo que sucede en Achmea- y es que el artículo 26 del TCE permite la resolución de controversias mediante la creación de un tribunal arbitral. En ese sentido, en los supuestos de una controversia entre dos Estados miembros, se posibilita un mecanismo de solución de controversias “que pueda” referirse a la interpretación y aplicación del derecho de la UE impidiéndose la plena eficacia de este.

El *quid* de la cuestión reside en que, a diferencia del Asunto Achmea, esta disputa es de carácter multilateral. Es justo en ese punto donde la decisión de Komstroy se separa de la opinión de generalizada de la jurisprudencia¹⁰³. El Alto Tribunal para explicar esta cuestión, señala que el artículo 26 del TCE regula relaciones bilaterales entre dos partes contratantes y por ello, el Asunto Achmea es perfectamente aplicable a Komstroy y, en consecuencia, al TCE. Así, en opinión del Abogado General, el objetivo principal es que los litigios entre los Estados miembros deben preservar la autonomía y el carácter propio del derecho de la Unión¹⁰⁴.

No obstante, la doctrina establece que esta cuestión no es baladí y no puede ni debe admitirse la argumentación en los términos que establece el Alto Tribunal¹⁰⁵. Si bien el artículo 26 del TCE no hace distinción entre inversores de Estados miembros de la UE y aquellos extranjeros, éste expresa la voluntad colectiva de los firmantes, situándose todos los participantes en pie de igualdad¹⁰⁶, razón por la cual no puede equipararse el Asunto Achmea con Komstroy.

¹⁰² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 19 de julio de 2018, sobre la protección de las inversiones intracomunitarias. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CC0741>; última consulta 3/04/22)

¹⁰³ Wierzbowski, K, and Szostak, A. "The Downfall of Investment Treaty Arbitration and Possible Future Developments." ...*Op Cit*: p.63.

¹⁰⁴ Odermatt, J. "Is EU Law International? Case C-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order", European Papers, (disponible en: <https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/is-eu-law-international-case-moldova-v-komstroy-and-autonomy-of-eu-legal-order>; última consulta 14/04/2022).

¹⁰⁵ Ágoston, M. "The Status of International Agreements concluded by the European Union in the EU Legal Order", *Pravni Vjesnik*, vol. 33, n.3-4, 2017, p.157.

¹⁰⁶ Caso CIADI, Vattenfall AB y otros vs. República Federal de Alemania, Caso Núm. ARB/12/12 en 133.

IV. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS TRAS ACHMEA Y KOMSTROY.

En este capítulo, se tratará de dar respuesta a la insegura situación en la que se encuentran numerosos laudos tras las Sentencias Achmea y Komstroy. El principio de *pacta sunt servanda* debe ser respetado también en el ámbito del derecho internacional¹⁰⁷. Es por ello y tal y como se señala en el laudo del 4 de diciembre de 2020 del Asunto Eskosol vs. Italia, el Tribunal señala que “*un tribunal al que se ha recurrido como tribunal internacional por una solicitud de arbitraje (...) en virtud del TCE y del Convenio del CIADI está obligado, a aplicar el TCE y las normas y principios aplicables del derecho internacional, porque se sitúa en un contexto de derecho internacional público y no en un contexto nacional o regional*”¹⁰⁸. En palabras del Tribunal Eskosol, el derecho de la UE y el TCE pertenecen a subsistemas separados del derecho internacional, donde coexisten sin una jerarquía precisa¹⁰⁹.

Con independencia del debate generado entorno a esta cuestión y que en ocasiones es utilizado para mantener la jurisdicción de los Tribunales, lo que es evidente, tal y como se exponía en el apartado II, en concreto, en la cuestión 3, es que los tribunales arbitrales siguen manteniendo su jurisdicción ya que los argumentos basados en la Sentencia Achmea han resultado insuficientes. Es por ello por lo que, la situación en la que se encuentran los Estados miembros tras Komstroy y Achmea es digna de analizar.

En esencia, el cumplimiento de la legislación de la UE obliga a incumplir con Tratados de los que son parte y, en consecuencia, los procedimientos de reconocimiento y ejecución son el centro de atención de la comunidad arbitral.

¹⁰⁷ Martínez Velencoso, L.M. *La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el Derecho comparado y en los textos internacionales*, en Orduña Moreno, F. J. y Martínez Velencoso, L.M., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Cizur Menor. Aranzadi, 2013, p.25.

¹⁰⁸ Caso CIADI, Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. La República Italiana. Caso Núm ARB/15/50.

¹⁰⁹ Monti, A. Fermeglia, M. "Completar el negocio inacabado de Achmea en el caso Komstroy: ¿adiós al arbitraje de inversiones basado en el TCE dentro de la UE?", *EU Law Live*.

1. EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DENTRO DE LA UE

El problema de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales en la UE ha tratado de abordarse a partir del Acuerdo de Terminación¹¹⁰ posterior a Achmea donde se diferenciaba entre los procedimientos de Arbitraje Concluidos, Procedimientos de Arbitraje Pendientes, y Nuevos Procedimientos de Arbitraje¹¹¹.

Por un lado, en cuanto a los Procedimientos de Arbitraje Concluidos se establece que no se verán afectados si han sido debidamente ejecutados con anterioridad a la resolución de Achmea -esto es 6 de marzo de 2018-. Entonces, aquellos procedimientos donde se haya dictado un laudo pero que aún no haya entrado en la fase de reconocimiento y ejecución pasarán a la categoría de Procedimientos de Arbitraje Pendientes.

Tras el Acuerdo de Terminación, tanto los arbitrajes pendientes como los nuevos se encuentran con el problema del reconocimiento y la ejecución. Si bien como se analizaba previamente, son muchos los procedimientos en los que los tribunales arbitrales han declarado su jurisdicción, no sucede lo mismo en este punto del procedimiento.

Los Estados miembros tras el Acuerdo tienen el deber de no reconocer y oponerse a la ejecución de los laudos arbitrales dictados de conformidad con los TBI intracomunitarios¹¹². En este caso, corresponde a la parte contratante argumentar en vía judicial estas cuestiones. Es preciso señalar en este punto de la cuestión que el Acuerdo de terminación no se aplica al TCE¹¹³. Esto ha generado un intenso debate pues como se ha expuesto anteriormente, dejaba una cuestión

¹¹⁰ Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión dentro de la UE («acuerdo de terminación») 5 de mayo de 2020... *Op Cit.*

¹¹¹ La definición que se otorga sobre la clasificación viene recogida en el artículo 1 del acuerdo, en concreto en los apartados 4, 5 y 6.

¹¹² El Artículo 7 del Acuerdo establece que: “*Cuando las Partes Contratantes sean Partes en Tratados Bilaterales de Inversión sobre cuya base se hayan iniciado Procedimientos de Arbitraje Pendientes o Nuevos Procedimientos de Arbitraje, deberán: a) mediante cooperación mutua y basándose en la declaración que figura en el anexo C, informar a los tribunales arbitrales sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia Achmea según se describen en el artículo 4, y b) cuando sean Partes en un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base de un Tratado Bilateral de Inversión, solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente, incluso en un tercer país, si fuera el caso, que revoque el laudo arbitral, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir*”.

¹¹³ El Acuerdo dispone lo siguiente: “*CONSIDERANDO que el presente Acuerdo se refiere a los tratados bilaterales de inversión intra-UE; y no se aplica a los procedimientos intra-UE basados en el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía. La Unión Europea y sus Estados miembros tratarán este asunto con posterioridad*”.

pendiente en lo que al TCE se refería. Sin embargo, tras la Sentencia Komstroy y en virtud del principio de primacía por el cual las sentencias dictadas por el TJUE deben ser aplicadas por los Estados miembros, actualmente se enfrentan al mismo tipo de dificultades independientemente del Acuerdo de Terminación.

No obstante, cabe destacar que en el período transcurrido entre la emisión de la Sentencia Achmea por parte del TJUE y la celebración del Acuerdo de Terminación, ha habido procedimientos de ejecución exitosos dentro de la UE. Sin perjuicio de que para muchos pueda ser considerado excepcional¹¹⁴, la saga Micula¹¹⁵ es un claro ejemplo de que pese a la resolución de Achmea, se pueden seguir ejecutando laudos dentro de la UE. En el Asunto Micula, el Tribunal Supremo de Reino Unido anuló lo dictado por Tribunal de Apelación declarando y estableciendo que todos los Estados tenían el deber hacia todos los Estados signatarios de ejecutar el laudo. Además, incluso declaró que un procedimiento sobre la suspensión no debería impedirle cumplir con las obligaciones establecidas en el Convenio CIADI. En consecuencia, y teniendo en cuenta que Reino Unido era signatario del Convenio CIADI antes de ser Estado miembro estas disputas deberían ser abordadas por la Corte Internacional de Justicia (en adelante, "CIJ") y no por el TJUE.

Sin embargo, la más reciente jurisprudencia desvirtúa la esperanza de que puedan seguir ejecutándose laudos en el arbitraje intra-UE. Tal y como ha señalado el Tribunal de Apelación de París el 19 de abril de 2022¹¹⁶¹¹⁷, la anulación de los dos laudos contra Polonia que se han producido se debe a las consecuencias que conlleva la Sentencia Achmea.

Cabe preguntarse entonces qué ocurre en el caso de los laudos del CIADI para los Estados miembros. La situación es complicada pues no ofrece apenas opciones¹¹⁸: Por un lado, en el caso de incumplir con el derecho de la UE, se puede incoar un procedimiento de infracción mientras que, el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Convenio CIADI no conlleva

¹¹⁴ Kovács, B. "Watch for the Ripples, Not Just the Splash: How the EU Position on Investment Arbitration Has Affected the Enforcement of Awards"... *Op Cit*: p.177.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de junio de 2019. Caso Micula. ECLI:EU:T:2019:423

¹¹⁶ Caso CIADI, Slot Group vs. Republic of Poland. Caso Núm 2017/10

¹¹⁷ Caso CIADI, Strabag SE, et al vs. Republic of Poland Caso Núm. ARB/15/1

¹¹⁸ Gáspár-Szilágyi, S. "It Is not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, Achmea BV". *European Papers*, vol.3. p. 372

ninguna sanción efectiva y menos aún cuando su incumplimiento puede ser excusado por el principio de primacía.

2. EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES FUERA DE LA UE.

En vista de los problemas que pueden surgir a la hora de ejecutar laudos dentro de la UE, resulta esencial que los demandados tengan activos en terceros países como Estados Unidos, Australia, Suiza o Reino Unido. Por ello resulta conveniente que los inversores antes de efectuar cualquier inversión realicen el cálculo y se aseguren de que estos Estados poseen activos en terceros países¹¹⁹.

Los tratados más ratificados que garantizan la confianza en el arbitraje internacional de inversiones son la Convención de Nueva York y el Convenio del CIADI. Debido a las diferencias en su regulación, estos tratados se analizarán por separado.

2.1 Ejecución de los laudos arbitrales bajo el Convenio de CIADI

El sistema de ejecución del CIADI presenta un sistema desvinculado de los tribunales nacionales. Previo a valorar el mecanismo de ejecución de laudos que ofrece CIADI, es importante poner de relieve los tres requisitos necesarios para que un asunto pueda ser tramitado en el CIADI¹²⁰. Primero, ambas partes deben haber consentido en someter el arbitraje en CIADI; además deben pertenecer a Estados diferentes que hayan ratificado el Convenio. Por último, la disputa debe versar sobre inversión, siendo esta inversión definida también por el mismo Convenio.

El Convenio en sus artículos 53-55¹²¹ suscita dudas en cuanto al hecho de que cada país tiene una regulación o interpretación diferente del concepto de inmunidad soberana lo que repercute en diferencias a la hora de ejecutar laudos. Sin embargo, el objetivo del Convenio -no siempre conseguido- es que éste respete la legislación interna de los Estados contratantes para poder

¹¹⁹ Bernardini, P. Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests. ICSID Review 2017.

¹²⁰ Moses, M.L. The principles and practice of international commercial arbitration. Cambridge University Press, 2017. p. 236.

¹²¹ Artículo 54.3 Convenio CIADI: “El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”.

asegurar el reconocimiento y ejecución de los laudos. La brecha que se genera entre la legislación interna de los Estados contratantes es denominada el talón de Aquiles¹²².

No obstante, el Convenio CIADI en su artículo 54 limita la posibilidad de que se rechace la ejecución pues no puede hacerse por razones de orden público, por incumplimiento de ley nacional o internacional y tan solo deja espacio a las leyes de naturaleza procesal. Sin perjuicio del articulado, los demandados en numerosas ocasiones han intentado oponerse a la ejecución de los laudos arbitrales invocando la posición de la Unión con respecto a los TBI o invocando los Acuerdos de Terminación. Si bien es baja la probabilidad de éxito¹²³ de los procedimientos de anulación CIADI, las dificultades de ejecutar contra Estados que no están dispuestos a hacerlo de buena fe son evidentes.

Como se expuso previamente, el Asunto Micula es relevante a efectos de reconocimiento y ejecución. En mayo de 2020 el Tribunal de Apelación de Estados Unidos para el Circuito de DC confirmó la decisión dictada en septiembre de 2019 por el Tribunal Federal de Distrito de Washington DC de que el procedimiento de ejecución tenía que continuar. El Tribunal advirtió de la importancia de que “los laudos CIADI no son revisables en cuanto a las cuestiones de mérito y tan solo pueden ser examinados en términos de autenticidad para así cumplir con las obligaciones del laudo”¹²⁴.

Esta decisión de los tribunales de EE. UU ofrece respuestas atractivas para los inversores. No obstante, los tribunales estadounidenses han sido mucho más cautelosos que los británicos. Las decisiones anteriores dejan esencialmente margen para que los tribunales estadounidenses puedan considerar Achmea en los casos en la que los acontecimientos sigan una cronología similar, no como ocurre con el Asunto Micula donde gran parte del razonamiento se funda en los hechos que acontecen previos a la unión de la UE.

Por otro lado, Australia es otro país que junto a EEUU se ha visto inmerso en esta problemática y ha sido utilizado como vía de escape. Un ejemplo es el laudo del 31 de julio de 2021 en el

¹²² Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., Sinclair, A. *The ICSID Convention – A Commentary*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p.1154.

¹²³ Caso CIADI, UP y CD Holding Internationale (anteriormente Le Check Dejeuner) contra Hungría, Caso Núm. ARB/13/35. Decisión sobre la anulación de 11 de agosto de 2021.

¹²⁴ Memorandum de Opinión del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Colombia de 20 de noviembre de 2020, para en Caso Micula. Caso 17-cv-02332 (APM).

Asunto Antín vs. España¹²⁵, en el que el Tribunal australiano tan solo comprobó que era un laudo arbitral autenticado y que éste cumplía con todos los requisitos necesarios para ser considerado una sentencia definitiva en el país en cuestión. En definitiva, incluso si los Estados miembros pusieran obstáculos para la ejecución, en el caso de que tuvieran activos en terceros Estados, en general, no debería resultar problemático que fueran ejecutados bajo el Convenio CIADI¹²⁶.

En conclusión, los mecanismos ofrecidos por la vía del Convenio CIADI, ofrecen amplias garantías al inversor a la hora de ejecutar un laudo puesto que no cabe que se haga por razones de orden público, o por un posible incumplimiento de la ley nacional o internacional.

2.2 Ejecución bajo la Convención de Nueva York

La Convención de Nueva York, al igual que el Convenio CIADI establece unos motivos limitados para la revisión judicial de laudos dictados en un Estado distinto del que se pretende su ejecución. Los motivos se enumeran en el artículo V, y estos pueden considerarse algo más amplios que en el caso CIADI, pues la Convención de Nueva York permite al Tribunal encargado de la ejecución que vuelva a tratar las cuestiones relativas a la validez del convenio arbitral¹²⁷.

Como consecuencia, la legislación nacional podría interpretar de una forma distinta a la pretendida, ocasionando cierto riesgo al inversor que pretende ejecutar¹²⁸. La validez del convenio arbitral se analizará según la ley que sea aplicable, siendo la ley de la sede. Pese a otorgar la facultad al tribunal de revisar la validez, la ejecución puede solicitarse ante cualquier Estado que haya suscrito previamente la Convención de Nueva York abriendo el abanico a las posibilidades de elección.

No obstante, la diferencia fundamental que conlleva la vía de la Convención de Nueva York es la posible violación del orden público. El concepto de orden público se analiza desde una

¹²⁵ Caso CIADI, *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l y Energia Termosolar BV (antes Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l y Antin Energia Termosolar BV) vs. Reino de España*, Caso Núm. ARB/13/31

¹²⁷ Andrews, N. *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*. Las tres vías de la justicia: Procedimientos judiciales, arbitraje y mediación en Inglaterra. New York, Springer, 2012, p. 245.

¹²⁸ *Ibid*: p. 261

perspectiva nacional, siendo distinta su consideración y límites en cada Estado. Así se faculta al Estado miembro denegar la ejecución si aprecia que infringe los principios básicos del sistema jurídico nacional¹²⁹.

Tras Achmea esta fue una vía explorada y al igual en Komstroy se puede argumentar que el artículo 344 del TFUE y la autonomía de la UE son características esenciales que forman parte del orden público¹³⁰. No obstante, no cabe el rechazo a la ejecución por un motivo de orden público que en nada concierne a un Estado no miembro de UE salvo por una mera cortesía internacional, puesto que no existe obligación legal alguna. Por tanto, a diferencia del Convenio CIADI sí podrían existir dificultades a la hora de ejecutar un laudo incluso aunque de un Estado no miembro se tratara.

V. ARBITRAJES INVERSOR- ESTADO MIEMBRO COMO CONSECUENCIA DE UN CONTRATO ENTRE LAS PARTES

En este capítulo, se tratará de dar respuesta a una de las cuestiones que ya suscitaba ciertas dudas por la ausencia de pronunciamiento en las sentencias de Achmea y Komstroy. Como se ha expuesto en cuestiones anteriores, existe cierta reticencia por parte de la comunidad arbitral relativa a la postura adoptada por el TJUE con respecto al arbitraje de inversión¹³¹.

En consecuencia, es razonable plantearse qué ocurriría si los arbitrajes no se iniciaran con base en los TBI declarados inválidos por parte del TJUE y fuera un acuerdo entre las partes con una cláusula arbitral *ad hoc* idéntica a la del TBI.

El 26 de octubre de 2021, como consecuencia de las sentencias Achmea y Komstroy, el TJUE determinó en la Sentencia de la República de Polonia vs. PL Holding¹³² que las cláusulas de arbitraje *ad hoc* con contenido idéntico a la cláusula compromisoria de un TBI no son válidas según el derecho de la Unión. Por ello, con el fin de respetar la primacía de este, los Estados

¹²⁹ Káposznyák, A. 'Intra-EU Arbitral Awards After Achmea: Recognition and Enforcement Within the European Union Under the New York Convention' in Meškić, Z., Kunda, I., Popović, D. V., Omerović, E. (eds.) *Balkan Yearbook of European and International Law* 2019. Cham, Switzerland: Springer, 2020.

¹³⁰ Korom, V. 'The Impact of the Achmea Ruling on Intra-EU BIT Investment Arbitration – A Hungarian Perspective' *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2020, pp.68-69.

¹³¹ Moise, D. "The Future of Investment Arbitration in the European Union."... *Op Cit*,

¹³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2021. Caso Republiken Polen vs. PL Holdings Sàrl. C-109/20. ECLI:EU:C:2021:875

miembros de la Unión deben impugnar la jurisdicción de los tribunales arbitrales debiendo ser admitida la acción de anulación por los tribunales nacionales.

Para una mejor comprensión y dada la relevancia del caso, resulta conveniente exponer los antecedentes del caso. PL Holdings Sàrl (en adelante, “PL Holdings”), empresa con sede en Luxemburgo, inició un procedimiento de arbitraje en la Cámara de Comercio de Estocolmo contra Polonia, alegando la expropiación de su inversión en un banco polaco, siendo la sede del arbitraje Estocolmo¹³³.

El 28 de septiembre de 2017 se emitió el laudo final en el que se condenaba a Polonia a pagar daños y perjuicios a PL Holdings. Ante la condena, Polonia interpuso una acción de anulación ante el Tribunal de Apelaciones de Suecia, sin embargo, el Tribunal determinó que en virtud de Achmea, la cláusula TBI no era válida.

Posteriormente, la Corte Suprema de Suecia, remitió una cuestión prejudicial al TJUE planteando si, en primer lugar, puede darse un acuerdo *ad hoc* con una cláusula idéntica a la del TBI y, en segundo lugar, si la cláusula de arbitraje del TBI es incompatible con el derecho de la Unión tras las sentencias de Achmea y Komstroy.

En este sentido, el TJUE se pronunció basándose en el Tratado de la Unión Europea, en concreto en el artículo 4.3 y los artículos 267 y 344 del TFUE y concluyendo que, permitir que un Estado miembro celebre un arbitraje con una cláusula *ad hoc* con idéntico contenido a la de un TBI intra-UE contravendría el derecho de la UE¹³⁴.

La argumentación expuesta establece que la validez de la jurisdicción de un tribunal no puede depender la intención o de la conducta de las partes en la disputa sino de los efectos de la relación. En consecuencia, los efectos de una cláusula arbitral ya sea por medio de un acuerdo *ad hoc* son idénticos a los que se producen por una cláusula compromisoria de un TBI. En ese sentido y en línea con la jurisprudencia europea más reciente, los artículos 267 y 344 del TFUE se oponen a que la legislación nacional pueda permitir la utilización de una cláusula *ad hoc* idéntica a la cláusula del TBI que ha quedado denominada como inválida por no respetar el

¹³³ La sede del arbitraje fue Estocolmo en base al TBI entre BLEU (Unión económica de Bélgica y Luxemburgo) y Polonia.

¹³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2021. Caso Republiken Polen vs. PL Holdings Sàrl... *Op Cit.*

derecho de la Unión. Con ello, el TJUE establece que las cláusulas arbitrales no pueden revestirse de otras formas para eludir o evitar la primacía de la UE.

VI. SISTEMA DE TRIBUNALES DE INVERSIONES ESTABLECIDO POR EL ACUERDO ECONÓMICO Y COMERCIAL GLOBAL (CETA), ¿UNA POSIBLE SALIDA?

Como se ha expuesto, el arbitraje de inversión sufre una crisis existencial en el ámbito de la UE. Cabe plantearse si existe algún resquicio de esperanza tras el caso PL Holdings. El consuelo de la comunidad arbitral se asienta en la declaración más reciente del TJUE en el que tras *Komstroy* establece que *"un acuerdo internacional que prevé el establecimiento de un tribunal responsable de la interpretación de sus disposiciones y cuyas decisiones son vinculantes para las instituciones de la UE [...] no es, en principio, incompatible con el Derecho de la UE"*¹³⁵

La UE en los últimos años se ha mostrado cambiante a la hora de afrontar las negociaciones relativas a los acuerdos de comercio e inversión para la resolución de controversias entre inversor- Estado¹³⁶. Se plantea así la duda de si se podrá dar por finalizado el debate en cuanto a la compatibilidad de mecanismos de diferencias inversor-estado y el ordenamiento de la Unión¹³⁷. La necesidad de modernizar los sistemas de resolución de litigios sobre inversiones y los tratados de protecciones es una realidad tras la imperiosa caída del arbitraje de inversión en la UE.

El Sistema de Tribunales de Inversiones propuesto en las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (en adelante, "TTIP"), adoptado en el Acuerdo Económico y Comercial Global (en adelante, "CETA"), es un sistema de solución de conflictos¹³⁸ en el que un organismo transparente con dos niveles. Los adjudicadores de los

¹³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de septiembre de 2021. Caso *Moldavia vs. Komstroy LLC*... *Op Cit.*: párr. 61.

¹³⁶ Fach Gómez, K. "Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/1, 2017, p. 297.

¹³⁷ Iruretagoiena, I. "Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿Una ecuación (im)posible?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 59, 2018, pp. 228-229."

¹³⁸ Wierzbowski, Krzysztof, and Aleksander Szostak. "The Downfall of Investment Treaty Arbitration and Possible Future Developments."... *Op Cit*

niveles son elegidos por un comité conjunto formado por representantes de los Estados contratantes, puede funcionar como un modelo¹³⁹.

En concreto, a partir de mayo de 2015 tras la consulta sobre la protección de las inversiones, la Unión Europea tornó su postura pasando a defender la resolución de controversias en materia de inversión bajo Tribunales Permanentes de Inversiones (en adelante, "TPI")¹⁴⁰. Con la aprobación de la CETA en 2016 ya se estaba apostando por recoger la figura de TPI, de hecho, resultó una propuesta que se ha incluido en el acuerdo de la UE- Singapur¹⁴¹.

En este contexto, el 29 de enero de 2019, el Abogado General Yves Bot¹⁴², así como el 30 de abril de 2019, el TJUE pronunciaron considerando que la CETA entre la UE y Canadá es compatible con el derecho de la Unión¹⁴³. Esta noticia otorga un respiro pues el sistema empleado en la CETA podría ofrecer una solución u orientar en las futuras reformas que ya se estaban debatiendo entorno al TCE¹⁴⁴. Si bien existen claras diferencias entre ambos Tratados, el articulado de la CETA desprende ideas que podrían llegar a ser implementadas¹⁴⁵. Por ejemplo, en su artículo 8.31, este limita las facultades interpretativas del tribunal, evitando así la posibilidad de que un tribunal arbitral pueda llegar a vulnerar la autonomía del derecho de la Unión¹⁴⁶.

¹³⁹ Ying, Huang, and Benedetti del Rio. "The Use of Online Dispute Resolution in the Realm of Investment Arbitration in the European Union."... *Op Cit*: 136

¹⁴⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión» (2015/C 332/06). (Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE5356&from=ES>; última consulta 22/2/2022)

¹⁴¹ Recio San Emeterio, S. "El arbitraje de inversiones entre la Unión Europea y Singapur: ¿Del arbitraje de diferencias Estado-Inversor a un sistema de Tribunales de inversiones... *Op Cit*.

¹⁴² Conclusiones del Abogado General Yves Bot 29 de enero 2019. Opinión 1/17. ECLI:EU:C:2019:72

¹⁴³ Opinion del TJUE de 30 de abril de 2019. Opinion 1/17. ECLI:EU:C:2019:341.

¹⁴⁴ Wierzbowski, K, and Szostak, A. "The Downfall of Investment Treaty Arbitration and Possible Future Developments."... *Op Cit*

¹⁴⁵ Johannes Wahnschaffe, C and Rensmann, E. Lights Out for the Energy Charter Treaty? The ECJ's Next Blow to Intra-EU Treaty Arbitration... *Op Cit*: p.5

¹⁴⁶ El artículo 8.31(2) de la CETA reza así: "El Tribunal no tendrá competencia para determinar la legalidad de una medida, que supuestamente constituya una violación de este Acuerdo, en virtud del derecho interno de una Parte. Para mayor certeza, al determinar la consistencia de una medida con este Acuerdo, el Tribunal podrá considerar, según corresponda, el derecho interno de una Parte como una cuestión de hecho. Al hacerlo, el Tribunal seguirá la interpretación prevaleciente dada al derecho interno por los tribunales o autoridades de esa Parte y cualquier significado dado al derecho interno por el Tribunal no será vinculante para los tribunales o las autoridades de esa Parte."

Sin embargo, incluso en el supuesto de que no trascendiera el pronunciamiento del TJUE, lo que es evidente es que existe la necesidad de establecer un modo de resolución de conflictos que respete el ordenamiento jurídico de la UE¹⁴⁷ y la voluntad de llegar a estos compromisos se ha demostrado con estas disposiciones¹⁴⁸.

En conclusión, la sentencia Komstroy ha acelerado la agenda de la Comisión para la reforma del TCE; no obstante, este sigue siendo un proceso claramente complejo, prolongado y gradual¹⁴⁹. Aunque las reformas del arbitraje de inversiones son necesarias, la Unión Europea debería favorecer las reformas graduales en lugar de los cambios radicales siendo esta primera reforma relativa a la creación de tribunales permanentes de arbitraje¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Simoes, F. "A Guardian and a Friend: The European Commission's Participation in Investment Arbitration." *Michigan State International Law Review*, vol. 25, n. 2, 2017, pp. 233-304.

¹⁴⁸ Colin M. Brown, *The EU's Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement*, in *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, 2020, pp 219-236.

¹⁴⁹ Ylli Dautaj and Esmé Shirlow, *ECT Modernisation Perspectives: An Update*, Kluwer Arbitration, 2021. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/05/ect-modernisation-perspectives-an-update/>; última consulta 30/4/2022)

¹⁵⁰ Collet, P. "The Current European Union Investor State Dispute Settlement Reform: A Desirable Outcome for Investment Arbitration?." *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 53, n. 2, 2021, pp. 689-702.

CONCLUSIONES

PRIMERA – El TJUE no justifica por qué el artículo 344 del TFUE es incompatible con el artículo 8 del TBI en el Asunto de Achmea.

El TJUE determina que el artículo 344 del TFUE es incompatible con el artículo 8 del TBI de Países Bajos y Eslovaquia. En primer lugar, a nuestro juicio no existe una justificación por parte del TJUE sobre que el Asunto Achmea verse sobre la interpretación del derecho de la UE. Es cierto que, tal y como argumenta el Alto Tribunal, el derecho de la UE forma parte del derecho interno de los Estados miembros y este debe ser respetado. No obstante, lo que no cabe es que eso sea un argumento suficiente para determinar que esta disputa versa sobre la interpretación de los Tratados. De igual forma, siguiendo este razonamiento del TJUE, cualquier disputa sobre cualquier asunto en la que esté implicado un Estado miembro automáticamente versaría sobre la interpretación del derecho de la UE.

En segundo lugar, el artículo 344 tan solo comprende controversias entre Estados no incluyendo aquellas inversor- Estado. El TJUE argumenta que dado que el arbitraje de inversión posee elementos de derecho público puede equipararse esta controversia a una disputa Estado- Estado. Una vez más el TJUE incurre -a nuestro juicio- en un salto lógico para justificar que los hechos de Achmea encajan en el artículo 344 del TFUE.

Finalmente, en nuestra opinión, lo que debería valorar el TJUE es si se ha producido una efectiva vulneración del derecho de la Unión. De contrario, lo que ha sucedido es un intento de prohibición del arbitraje de inversión con base en un caso deficientemente probado, por la mera posibilidad de que mediante esta vía pueda llegar a vulnerarse el derecho de la Unión.

SEGUNDA- La Sentencia de Achmea no debería ser aplicable al Asunto Komstroy por ser este un Tratado Multilateral y no versar la controversia sobre Estados miembros.

El TJUE ha mantenido la uniformidad de criterios y objetivos en la esperada Sentencia Komstroy. Como se ha expuesto, se concluye por parte del Alto Tribunal que éste tiene competencia para conocer el asunto y que el TCE constituye un acuerdo bilateral y no multilateral.

En primer lugar, el hecho de que las partes no sean Estados miembros es suficiente como para entender que esta controversia no forma parte del derecho de la Unión Europea. El argumento

que se aporta relativo a que el hecho de que la sede esté situada en París o en cualquier Estado miembro debe ser considerado para la interpretación del derecho de la UE, en nuestra opinión es insuficiente. Por un lado, el Reglamento CNUDMI determina que la elección de sede implica la elección de la ley aplicable de la misma. Esto no es más que la determinación de la *lex fori*, siendo esta la ley francesa. Lo que en nuestra opinión no debería producirse es que se otorgue a la *lex fori* la misma calificación o amplitud que a la *lex causae*, teniendo esta última una mayor incidencia en el derecho interno del Estado elegido.

Adicionalmente, Komstroy es un acuerdo multilateral que reúne a Estados miembros y Estados no miembros y precisamente el hecho de que el Acuerdo de terminación de los Tratados Bilaterales no se hiciera mención de ello, apoya esta afirmación.

TERCERA- Las Sentencias Achmea y Komstroy han supuesto el fin del arbitraje de inversión dentro de la UE.

Las intenciones de la Unión han sido más que evidentes en la que en nuestra opinión consideramos unas sentencias deficientes en términos de argumentación. El objetivo de terminar con el arbitraje de inversión se ha visto reflejado en el Acuerdo de Terminación, así como en algunos tribunales a la hora de declinar la jurisdicción.

Si bien, algunos tribunales consideran que estas Sentencias no deben ser aplicables o bien por sus especificidades o bien por sus inconsistencias jurídicas, la realidad es que el miedo de los inversores a que se generen obstáculos en fases del procedimiento como el reconocimiento o la ejecución dificulta que se mantenga vivo el arbitraje de inversión.

Pero más allá del miedo, los últimos intentos posteriores a Achmea y Komstroy solo han confirmado que las intenciones de la Unión no son papel mojado y que, cualquier intento de eludir las consecuencias de estas sentencias mediante otras vías serán tumbados. Es el caso de PL Holdings, donde claramente se intenta por una vía alternativa reavivar los Tratados Bilaterales que en nuestra opinión ya han sido más que enterrados.

CUARTA- El reconocimiento y ejecución se encuentran en una situación inestable. En consecuencia, resulta aconsejable tratar de iniciar el procedimiento fuera de la UE.

En el reconocimiento y ejecución dentro de la Unión Europea, los procedimientos se están encontrando con algunos impedimentos por parte de los tribunales nacionales de los Estados Miembros. Las últimas sentencias contra el Estado polaco en abril de 2022 emitidas por el Tribunal de Apelaciones de París refuerzan esta afirmación puesto que incluso en arbitrajes sometidos al procedimiento CIADI que, a priori facilitan los procedimientos en términos de reconocimiento y ejecución se han enfrentado a muchos de los obstáculos expuestos.

En ese sentido, es recomendable en aras de evitar resoluciones negativas, plantear el procedimiento de reconocimiento y ejecución en países más favorables como Estados Unidos, Australia o Suiza.

QUINTA- El TJUE no puede disponer ni establecer las normas del derecho internacional público.

La decisión de Komstroy no puede modificar lo establecido en el TCE. Lo establecido en el TCE es claro en los términos y puede deducirse que este no excluye los litigios intracomunitarios. En ese sentido, el derecho de la UE no debería ser relevante en virtud de la Convención de Viena del derecho de los Tratados. Asimismo, el mismo TCE en su artículo 16 establece una jerarquía en la que el derecho de la UE quedaría desplazado. Por ello, dado que es un Tratado Multilateral que establece una jerarquía concreta y que la misma Convención de Viena impide que se incumpla por el derecho de la UE, el TJUE no debería oponerse a ello.

Nuestra opinión no es más que el respeto al derecho internacional y es que, es suficiente con que los Estados miembros consientan someterse a arbitraje mediante Tratados de inversión. Si bien tras Komstroy y Achmea se ha generado una inseguridad jurídica, los tribunales arbitrales en virtud del respeto al derecho internacional pueden oponerse a estas decisiones.

SEXTA- El arbitraje comercial no debería verse afectado por la decisión de Achmea y Komstroy.

A lo largo de las últimas decisiones del TJUE, puede deducirse que existe un amplio interés en mantener las diferencias evidentes entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión. En ese sentido, el Alto Tribunal reconoce en amplias ocasiones que, el arbitraje comercial no está

sometido a una intensa revisión por parte de los tribunales nacionales, pero que ello no afecta a la validez de las cláusulas arbitrales. Esto se debe a la diferencia entre los elementos de derecho público que pueden observarse en el arbitraje de inversión y la ausencia de ellos en el comercial.

Por ello, en nuestra opinión no debería verse afectado el arbitraje comercial puesto que no afecta al derecho de la Unión Europea. Sin embargo, cabe matizar que aquellos supuestos que se vean influenciados por el derecho de la competencia. En nuestra opinión, podría llegar a ocurrir que aquellos laudos de arbitraje comercial que hayan sido emitidos por un tribunal arbitral fuera de la Unión Europea puedan encontrar obstáculos si se pretende el reconocimiento y ejecución dentro de la Unión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. LEGISLACIÓN

- Acuerdo sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca de 29 de abril de 1991. Países Bajos – Eslovaquia TBI (1991).
- Instrumento de Ratificación del Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965. Jefatura del Estado. «BOE» núm. 219, de 13 de septiembre de 1994, pp. 28286-28294.
- Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006.
- Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de 15 de agosto de 2010.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2009. Versión consolidada de 7 de junio de 2016. (2016/C 202/1).
- Tratado de la Unión europea de 7 de febrero de 1992. Versión consolidada de 7 de junio de 2016. (2016/C 202/1).
- Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. Aplicación provisional. Jefatura del Estado. «BOE» núm. 117, de 17 de mayo de 1995, pp. 14122-14153.

2. JURISPRUDENCIA

- Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión dentro de la UE («acuerdo de terminación») 5 de mayo de 2020.
- Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014. Caso Merck Canada Inc. vs. Accord Healthcare Ltd. C 555/13. ECLI:EU:C:2014:92.
- Caso CIADI, Eskosol S.p.A. in liquidazione vs. La República Italiana. Caso Núm ARB/15/50.
- Caso CIADI, Raiffeisen Bank International AG y Raiffeisenbank Austria vs. República de Croacia. Caso Núm. ARB/17/34.

- Caso CIADI, RWE AG y RWE Eemshaven Holding II BV vs. Reino de los Países Bajos. Caso Núm. ARB/21/4
- Caso CIADI, Slot Group vs. Republic of Poland. Caso Núm 2017/10
- Caso CIADI, Strabag SE, et al vs. Republic of Poland Caso Núm. ARB/15/1
- Caso CIADI, Uniper SE, Uniper Benelux Holding BV y Uniper Benelux NV vs. Reino de los Países Bajos. Caso Núm. ARB/21/22.
- Caso CIADI, UP y CD Holding Internationale (anteriormente Le Check Dejeuner) vs. Hungría, Caso Núm. ARB/13/35. Decisión sobre la anulación de 11 de agosto de 2021.
- Caso CIADI, Vattenfall AB y otros vs. República Federal de Alemania, Caso Núm. ARB/12/12.
- Caso CIADI, Infrastructure Services Luxembourg S.à.rl y Energia Termosolar BV (antes Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.rl y Antin Energia Termosolar BV) vs. Reino de España, Caso Núm. ARB/13/31.
- Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 3 de marzo de 2021. Asunto C-741/19. República de Moldavia vs. Komstroy.
- Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018. Caso Achmea. C 284/16, EU:2018:18.
- Conclusiones del Abogado General Yves Bot, de 29 de enero 2019. Opinión 1/17. ECLI:EU:C:2019:72.
- Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros de 15 de enero de 2019 sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia del Tribunal de Justicia en Achmea y sobre la protección de las inversiones en la Unión Europea, 2019.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión» (2015/C 332/06). (Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014IE5356&from=ES>; última consulta 22/2/2022).
- Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno), 2/13, de 18 de diciembre de 2014. TJUE. ECLI:EU:C:2014:2454.

- Memorandum de Opinión del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Colombia de 20 de noviembre de 2020, para en Caso Micula. Caso 17-cv-02332 (APM).
- Opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE de 30 de abril de 2019. Opinión 1/17. ECLI:EU:C:2019:341.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de junio de 2014. Caso Ascendi Beiras Litoral e Alta. C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de diciembre de 1970. Caso Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. ECLI:EU:C:1970.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de junio de 2019. Caso Micula. ECLI:EU:T:2019:423.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013. Caso Stefano Melloni vs. Ministerio Fiscal. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2021. Caso Republiken Polen vs. PL Holdings Sàrl. C-109/20. ECLI:EU:C:2021:875.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 abril de 1974. Caso R. & V. Haegeman vs. Bélgica. C 181/73, ECLI:EU:C:1974:41.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2006. Caso Mox Plant. C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de enero de 2013. Caso Valeri Hariev Belov vs. CHEZ Elektro Bulgaria AD y otros. C-394/11, ECLI:EU:C:2013:48.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 1963. Caso Van Gend en Loos vs. Administratie der Belastingen. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de marzo de 2011. Caso Lesoochránárske zoskupenie VLK vs. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky. C 240/09, ECLI:EU:C:2011:125.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de junio de 2014. Caso Ascendi Beiras Litoral e Alta vs. Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta. C 377/2013. ECLI:EU:C:2014:1754.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de julio de 1964. Caso Flaminio Costa vs. Enel. EU:C:1964:66.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2 de septiembre de 2021. Caso Moldavia vs. Komstroy LLC. C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de febrero de 2018. Caso Associação Sindical dos Juizes Portugueses. C 64/16, ECLI:EU:C:2018:117.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de mayo de 2006. Caso Mox Plant.C-459/03, EU:C:2006:345.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de mayo de 2006. Caso Comisión vs. Irlanda. C 459/03. ECLI:EU:C:2006:345.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de junio de 1966. Caso Veuve G. Vaassen-Göbbels vs. Bestuur van Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf. C 61/65. EU:C:1966:39.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de noviembre de 1997, Caso Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV vs. Evora BV. C 337/95, ECLI:EU:C:1997:517.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018. Caso Achmea. C 284/16, EU:2018:18.

3. OBRAS DOCTRINALES

- Abogacía Española/Consejo General. “El arbitraje comercial en España. Misión de arbitraje en Miami”, 2019, p. 6.
- Ágoston, M. "The Status of International Agreements concluded by the European Union in the EU Legal Order", *Pravni Vjesnik*, vol. 33, n.3-4, 2017, p.157.
- Andrews, N. *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England. Las tres vías de la justicia: Procedimientos judiciales, arbitraje y mediación en Inglaterra.* New York, Springer, 2012, p. 245.
- Ballesteros Panizo, A: "La independencia según el artículo 267 TFUE", *Revista de Registradores de España*, n. 96
- Bermann, G. "European Union Law and International Arbitration at a Crossroads." *Fordham International Law Journal*, vol. 42, n. 3, 2019, pp. 967-980.

- Bernardini, P. Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests. ICSID Review 2017."
- Bihari, E. "International Investment Arbitration in the European Union." *Acta Universitatis Sapientiae: Legal Studies*, vol. 10, n. 1, 2021, pp. 21-34.
- Bilanova, A y Jaroslav K. "Achmea: The End of Investment Arbitration as We Know It." *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 3, n. 1, 2018, pp. 261-281.
- Cienfuegos, M: "Noción de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial", *European Inklings (EUi)*, n. 4, 2014, pp. 30-35.
- Clodfelter, A. "The Future Direction of Investment Agreements in the European Union." *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, n. 1, 2013, pp. 159-182.
- Colin M. Brown, *The EU's Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement*, in *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, 2020, pp 219-236.
- Colina Garea, R. *El arbitraje en España: ventajas y desventajas*. Difusión Jurídica. Madrid, 2009, p. 16"
- Collet, P. "The Current European Union Investor State Dispute Settlement Reform: A Desirable Outcome for Investment Arbitration?." *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 53, n. 2, 2021, pp. 689-702.
- Cremades, B. "Évolution récente du droit espagnol en matière d'arbitrage". *Revue de l'Arbitrage*, n° 2, 1988, pp. 223- 236.
- DERAÏNS, Y. "El contrato de arbitraje. Cláusula compromisorias patológicas y combinadas". *Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, 2008, p.193.
- *Estudios sobre la Jurisprudencia europea: La Unión europea y el arbitraje de inversiones*. Alcance de la STJUE de 6 de marzo de 2018, Achmea con especial referencia a la situación española.
- Fach Gómez, K. "Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/1, 2017, p. 297.
- Fairén Guillén, V. "El llamado 'arbitraje institucional' y la ley de arbitraje vigente (Ley 36/1988, de 5 de diciembre) en España", *Riv Arb*, 1998, p.425.
- Febles Pozo, N. "La Transparencia En El Arbitraje Internacional Y En Los Tratados Bilaterales De Inversión" *Universitat De Girona*, 2019, p.22.

- Febles Pozo, N.: “El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral”, en COBA COBIELLAS, M.E.: Mediación, Arbitraje y Conciliación, Tirant lo Blanch, 2019
- Feldtein De Cárdenas, S. "Arbitraje interno e internacional en Argentina". Abeldo-Perrot S.A. 1998, p.22.
- Fernández Rozas, J.C. “Internacionalismo vs Mercatorismo en la Especialización del Arbitraje Internacional”, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. 5, n. 1, 2012, pp. 50–80.
- Fernández Rozas, J.C. “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transaccionales”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. 23, n. 1, 2008, pp. 71-104.
- FRANCK, S.D.: “Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law”, Vol. 19, 2007, pp. 341-343.
- Gaffney, J. "The Rule of Law and Alternatives to Investment Arbitration." European Investment Law and Arbitration Review, vol. 1, n. 1, 2016, pp. 267-273.
- Gáspár-Szilágyi, S."It Is not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, Achmea BV". European Papers, vol.3. p. 372
- Gil Nievas, R. Beyond the Plain Reading of the Komstroy CJEU Decision: A Potential New Analysis of the CJEU’s Reasoning, LA LEY 13240/2021, n.9, 2022, p.3
- Gosis, B. "El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez" en McLean, M. (coord.), Arbitraje Comercial Internacional Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Foreign Affairs, Trade and Development Canada, pp. 206-215.
- Hualde Lopez, I, and Sanchez Pos, V. ""Investment Arbitration in Spain in Light of Recent Jurisprudence from the European Union Court of Justice."" Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 10, n. 2, 2018, pp. 866-872. "
- Iruretagoiena, I. "Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y Estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación (im)posible?", Revista de Derecho Comunitario Europeo, vol. 59, 2018, pp. 230-250
- Iruretagoiena, I. “La sentencia del TJUE en el Asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, LA LEY Unión Europea, n.60.

- Káposznyák, A. 'Intra-EU Arbitral Awards After Achmea: Recognition and Enforcement Within the European Union Under the New York Convention' in Meškić, Z., Kunda, I., Popović, D. V., Omerović, E. (eds.) *Balkan Yearbook of European and International Law 2019*. Cham, Switzerland: Springer, 2020.
- Kokott, J, and Sobotta, C. "Investment Arbitration and EU Law." *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 18, 2016, pp. 3-19.
- Korom, V. 'The Impact of the Achmea Ruling on Intra-EU BIT Investment Arbitration – A Hungarian Perspective' *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2020, pp.68-69.
- Kovács, B. "Watch for the Ripples, Not Just the Splash: How the EU Position on Investment Arbitration Has Affected the Enforcement of Awards", *Institute of Comparative Law Budapest*, 2022, p.147
- Kundmuller, F.: "El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio". *RPA*, No. 1, 2005, p. 119
- López, M. "El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo", *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.57, 2017
- Martínez Velencoso, L.M. La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el Derecho comparado y en los textos internacionales, en Orduña Moreno, F. J. y Martínez Velencoso, L.M., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Cizur Menor. Aranzadi, 2013, p.25.
- Moise, D. ""The Future of Investment Arbitration in the European Union."" *Romanian Arbitration Journal / Revista Romana de Arbitraj*, vol. 14, n. 3, 2020, pp. 49-60. "
- Monti, A. Fermeiglia, M. "Completar el negocio inacabado de Achmea en el caso Komstroy: ¿adiós al arbitraje de inversiones basado en el TCE dentro de la UE?", *EU Law Live*.
- Moses, M.L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge University Press, 2017. p. 236.
- Munné Catarina, F. *La Administración del Arbitraje. Instituciones Arbitrales y Procedimiento Arbitral*, Aranzadi, Navarra, 2002.

- Nagy István, C. "Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After Achmea: "Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back"", Cambridge University Press, vol.19, 2019, p.981-1016.
- Nasrallah, F. "International Challenges in Investment Arbitration." Trade, Law and Development, vol. 11, n. 2, 2019, pp. 397-404.
- Newcombe, A and Paradell, L. ""Law and Practice of Investment Treaties:Standards of Treatment"". Kluwer Law International, 2009.
- Östlund, A; Hallberg, J. And Now For Something Completely Different... Disposing of pacta sunt servanda through an obiter dictum. 2022.
- Otero García- Castrillón, C. "La Unión europea y el arbitraje de inversiones. Alcance de la STJUE de 6 de marzo de 2018, Achmea con especial referencia a la situación española". Estudios sobre la Jurisprudencia europea, pp. 679-694
- Pisfil Chafloque, J. "Arbitraje Ad Hoc E Institucional En Contrataciones Del Estado",2018.
- Reinisch, August, and Stifter, L. "European Investment Policy and ISDS." ELTE Law Journal, vol. 2015, n. 1, 2015, pp. 11-26.
- Sandoval López, R. "Solución Alternativa De Conflictos, El Arbitraje Comercial Internacional Y El Empleo De Las Comunicaciones Electrónicas". Madrid Parra, Derecho del sistema financiero y tecnología, Marcial Pons, A. 2010, pp.646-648
- Scheu, J; Nikolov, P. Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2021, vol. 36, n. 1, pp. 171-188.
- Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., Sinclair, A. The ICSID Convention – A Commentary. Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p.1154.
- Simoes, F. "A Guardian and a Friend: The European Commission's Participation in Investment Arbitration." Michigan State International Law Review, vol. 25, n. 2, 2017, pp. 233-304.
- Simón Razquin, M. "El Fin del arbitraje de inversión en Europa". Anuales de Derecho. vol. 37, n.1. 2019, p 6.
- Tietje, C; Ruff, D; Schmitt, M. Final Countdown in EU Investment Protection Law: Does the ECJ's Komstroy Ruling also Apply in intra-EU ICSID Proceedings?. 2022.

- Wehland, H. "Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: is European Community Law and Obstacle?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009.
- Wierzbowski, K, and Szostak, A. "The Downfall of Investment Treaty Arbitration and Possible Future Developments." *Dispute Resolution International*, vol. 13, n. 1, 2019, pp. 61-68.
- Ying, Huang, and Benedetti del Rio. "The Use of Online Dispute Resolution in the Realm of Investment Arbitration in the European Union." *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, n. 1, 2016, pp. 133-154.

4. RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 19 de julio de 2018, sobre la protección de las inversiones intracomunitarias. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CC0741>; última consulta 3/04/22)
- Cosmo S, "ECJ adviser says intra-EU claims barred under ECT". (*Global Arbitration Review*, 2021. Disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/achmea/ecj-adviser-says-intra-eu-claims-barred-under-ect>; última consulta 23/03/2022)
- Hess, B. 'The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice', *MPILux Research Paper*, (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3152972>; última consulta 3/03/2022).
- Johannes Wahnschaffe, C and Rensmann, E. Lights Out for the Energy Charter Treaty? The ECJ's Next Blow to Intra-EU Treaty Arbitration. (Disponible en: <http://blogs2.law.columbia.edu/aria/lights-out-for-the-energy-charter-treaty-the-ecjs-next-blow-to-intra-eu-treaty-arbitration/>; última consulta 14/04/2022)
- Ministerio de Industria Comercio y Turismo. "Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)" (disponible en: <https://comercio.gob.es/InversionesExteriores/AcuerdosInternacionales/Paginas/APPRI.aspx>; última consulta 14/04/2022)
- Odermatt, J. "Is EU Law International? Case C-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order", *European Papers*, (disponible en: <https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/is-eu-law->

[international-case-moldova-v-komstroy-and-autonomy-of-eu-legal-order](#); última consulta 14/04/2022).

- Recio San Emeterio, S. “El arbitraje de inversiones entre la Unión Europea y Singapur: ¿Del arbitraje de diferencias Estado-Inversor a un sistema de Tribunales de inversiones?, Revista Estudios de Deusto, vol. 67, núm. 1, 2019, pp. 353-383 (disponible en <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1620/1988>, última consulta el 8/3/2022).
- Smith, R. “Moldavia c. Komstroy (Asunto C-741/19): Lecciones y conclusiones clave”, Reed Smith, 12021: (disponible en <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2021/09/moldova-v-komstroy-key-lessons-and-takeaways>; última consulta en 23/2/2022).
- Ylli Dautaj and Esmé Shirlow, ECT Modernisation Perspectives: An Update, Kluwer Arbitration, 2021. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/05/ect-modernisation-perspectives- an-update/>; última consulta 30/4/2022).