

El principio de autonomía y el arbitraje de inversión  
ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:  
A propósito de *Polonia c. PL Holdings*\*

The Principle of Autonomy and Investment Arbitration  
before the Court of Justice of the European Union:  
*Poland v. PL Holdings*

FRANCISCO PASCUAL-VIVES

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Alcalá*

Recibido: 13.06.2022 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7200

**Resumen:** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha ocupado de las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional de las inversiones en varios precedentes emitidos desde que la Unión Europea asumiera el ejercicio de la competencia sobre la protección de las inversiones extranjeras directas. Este trabajo realiza un “*tour d’horizon*” de esa jurisprudencia, dedicando una especial atención a la forma mediante la que el Tribunal de Justicia ha utilizado el principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea para declarar contrarias al mismo determinadas manifestaciones del arbitraje de inversión. Este principio se ha convertido en un elemento clave para limitar el consentimiento al arbitraje de inversión que efectúan los Estados miembros de la Unión Europea en el seno del Derecho internacional de las inversiones.

**Palabras clave:** Autonomía del Derecho de la Unión Europea, consentimiento al arbitraje de inversión, pluralismo jurídico, arbitraje de inversión intra-UE, Tratado sobre la Carta de la Energía.

**Abstract:** The Court of Justice of the European Union has dealt with the relations between European Union law and international investment law in several precedents issued since the European Union was conferred with the competence over the protection of foreign direct investments. This paper offers a “*tour d’horizon*” of this caselaw, devoting particular attention to the way in which the Court of Justice of the European Union has invoked the principle of autonomy of European Union law in order to declare contrary to it certain categories of investment arbitration. This principle has become a key element that limits the consent to investment arbitration given by the Member States of the European Union within international investment law.

**Keywords:** Autonomy of European Union law, consent to investment arbitration, legal pluralism, intra-EU investment arbitration, Energy Charter Treaty.

**Sumario:** I. Introducción: la confluencia de distintas facetas del principio de autonomía en la jurisprudencia comunitaria. II. Antecedentes en la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los litigios sobre protección de las inversiones extranjeras directas: 1. El arbitraje comercial: un reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad de las partes. 2. El caso *Achmea*: la afirmación del principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea. 3. Los litigios anteriores al caso *Achmea*: delimitando el alcance de la competencia de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa. 4. Los litigios posteriores al caso *Achmea*: perfilando los confines del prin-

principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea. III. El caso *Polonia c. PL Holdings*: un paso más en la delimitación del “arbitraje admisible” para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través del principio de autonomía: 1. Marco fáctico en el caso *Polonia c. PL Holdings*: un intento de “cortocircuitar” la doctrina asentada en el caso *Achmea* apelando al Derecho interno de los Estados miembros y al principio de autonomía de la voluntad de las partes en un contrato. 2. Marco jurídico en el caso *Polonia c. PL Holdings*: la inevitable reducción del ámbito de aplicación del arbitraje en el Derecho de la Unión Europea. IV. Reflexiones finales sobre el impacto de la “saga *Achmea*”.

## I. Introducción: la confluencia de distintas facetas del principio de autonomía en la jurisprudencia comunitaria

1. La autonomía es uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta el Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE). Con arreglo al mismo se articulan sus relaciones no solo con el ordenamiento jurídico interno de sus Estados miembros, sino también su relación respecto al Derecho internacional (en adelante, DI) público.

2. El principio de autonomía, como dispuso el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) en el caso *Van Gend & Loos* implica que el Derecho de la UE constituye un “nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional”<sup>1</sup>, es decir, una manifestación del particularismo que se viene desarrollando en el seno de la estructura institucional del sistema internacional y que, en el caso de la UE, ha alcanzado un nivel muy elevado de integración supranacional. Sirva como ejemplo de lo anterior el hecho de que los Estados miembros de la UE no pueden hacer uso de las herramientas de autotutela que les brinda el DI público en sus relaciones mutuas, ni frente a las instituciones europeas ante un incumplimiento del Derecho de la UE por parte de un Estado miembro o una institución comunitaria<sup>2</sup>.

El principio de autonomía, advirtió posteriormente el TJUE en el caso *Costa c. ENEL*, sirve como instrumento para afirmar la primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros, evitando que estos últimos puedan oponer “una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo [el Derecho de la UE] pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad”<sup>3</sup>.

3. Para que la autonomía del Derecho de la UE pueda garantizarse, siempre en el marco de un sano pluralismo jurídico con el DI público y los ordenamientos internos de los Estados miembros, “incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación de ese Derecho en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial efectiva, teniendo el Tribunal de Justicia la competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva de dicho Derecho. Con esta finalidad, ese sistema incluye concretamente el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE”<sup>4</sup>.

En otras palabras, la interpretación del Derecho de la UE debe ser desarrollada únicamente por el TJUE, sin que esta función pueda externalizarse o delegarse bien a los tribunales internos de los Estados miembros, bien a otros órganos de solución de las controversias creados por los acuerdos inter-

<sup>1</sup> STJCE 5 de febrero de 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Nederlandse administratie der belastingen*, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, p. 340.

<sup>2</sup> Señaló el TJCE en *Comisión Europea c. Gran Ducado de Luxemburgo y Reino de Bélgica*, en esta misma línea de principio, que el Derecho de la UE poseía unos instrumentos diversos al DI público para determinar las medidas de reacción de un Estado lesionado ante la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. En concreto, esta institución judicial afirmó que “el Tratado no se limita a crear obligaciones recíprocas entre los diferentes sujetos a los que se aplica, sino que establece un ordenamiento jurídico nuevo que regula las facultades, derechos y obligaciones de dichos sujetos, así como los procedimientos necesarios para obtener la declaración y la sanción de toda eventual violación; que, en consecuencia, a excepción de los supuestos expresamente previstos, el sistema del Tratado supone la prohibición de que los Estados miembros practiquen la autotutela jurídica”: ver STJCE 13 de noviembre de 1964, *Comisión Europea c. Gran Ducado de Luxemburgo y Reino de Bélgica*, 90/63 y 91/63, ECLI:EU:C:1964:80, p. 137.

<sup>3</sup> STJCE 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, p. 106.

<sup>4</sup> DTJUE 18 de diciembre de 2018, *Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, apdos. 174-176 y 246.

nacionales que la UE celebra con terceros sujetos. Porque es esta exclusividad, consagrada en el artículo 19 del Tratado de la UE (en adelante, TUE), la que asegura la preservación de la autonomía del Derecho de la UE y, en definitiva, ese “marco constitucional propio”<sup>5</sup> que caracteriza a la UE.

4. Desde el plano específico del Derecho de la UE, por lo tanto, puede afirmarse que el principio de autonomía permite catalizar de múltiples maneras la aplicación uniforme de este ordenamiento jurídico en todos los Estados miembros de la UE. Consiste, en efecto, en un principio jurídico que presenta un carácter poliédrico<sup>6</sup> y que el TJUE ha desarrollado de una manera diversa, pero siempre con el propósito de reforzar las bases del proceso de integración europea<sup>7</sup>.

No es de extrañar, como se expone en las siguientes páginas de este trabajo a propósito de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas, que el TJUE lo haya invocado precisamente con ese objetivo en varios precedentes sometidos a su jurisdicción.

5. En un contexto jurídico más general, por su parte, el principio de autonomía posee otras acepciones. Así, en el Derecho privado este principio supone el reconocimiento de “la capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala”<sup>8</sup>. En esta misma línea, en el *common law* se afirma que los “*contracts are based on mutual agreement and free choice, and thus should not be hampered by undue external control such as governmental interference*”<sup>9</sup>.

6. El principio de autonomía, además, no solo presenta esta dimensión sustantiva, vinculada a la capacidad para generar derechos y obligaciones jurídicas entre los sujetos de Derecho público (una dimensión proyectada hacia el principio de igualdad soberana de los Estados) y privado (una dimensión proyectada hacia el principio de autonomía de la voluntad de las partes), sino que en el seno del DI público también posee una dimensión procesal ligada a la capacidad que tienen los sujetos de DI para elegir los medios de solución de las controversias internacionales, conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>10</sup>.

La vertiente procesal de la autonomía en el DI público adquiere nuevos matices en el seno del DI de las inversiones, un sector del ordenamiento internacional cuyo mecanismo de solución de las controversias se articula a través del arbitraje de inversión. Se trata de un sistema basado en el consentimiento de las partes, si bien el principio de autonomía asume aquí una naturaleza particular<sup>11</sup> y distinta a la que posee en el arbitraje comercial internacional.

<sup>5</sup> DTJUE 30 de abril de 2019, *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (CETA)*, 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, apdo. 110, en relación con el apdo. 111.

<sup>6</sup> Una evidencia de lo anterior son los debates acerca de su dimensión internacional y/o constitucional: ver J.H.H. WEILER y U.R. HALTERN, “The Autonomy of the Community Legal Order - Through the Looking Glass”, *Harvard International Law Journal*, vol. 37, nº 2, 1996, pp. 411-448.

<sup>7</sup> K. LENAERTS, “The Autonomy of European Union Law”, *Post AISDUE*, vol. I, 2019, pp. 1-11, p. 6. Asimismo: ver J. ODERMATT, “The Principle of Autonomy: an Adolescent Disease of EU External Relations Law?”, en M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, Hart, 2018, pp. 291-316; N.N. SHUIBHNE, “What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 88, nº 1, 2019, pp. 9-40; y M.-L. ÖBERG, “Autonomy of the EU Legal Order: A Concept in Need of Revision?”, *European Public Law*, vol. 26, nº 3, 2020, pp. 705-740. Se ha señalado que este principio presenta incluso un carácter categórico, puesto que “*concerns the authority to determine the validity and interpretation of EU law as a self-contained and self-referential legal system distinguishable and independent from national and international law*”: ver C. ECKES, “The Autonomy of the EU Legal Order”, *Europe and the World: A Law Review*, vol. 4, nº 1, 2020, pp. 1-19, p. 1.

<sup>8</sup> “Autonomía de la voluntad”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020.

<sup>9</sup> B.A. GARNER (ed.), *Black’s Law Dictionary*, St. Paul, 10ª ed., Thomson Reuters, 2014, p. 779.

<sup>10</sup> BOE de 16 de noviembre de 1990. Con ocasión de su opinión consultiva sobre el *Estatuto de Carelia Oriental*, la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó que “*Il est bien établi en droit international qu’aucun Etat ne saurait être obligé de, soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l’arbitrage, soit enfin à n’importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement. Ce consentement peut être donné une fois pour toutes sous la forme d’une obligation librement acceptée; il peut, par contre, être donné dans un cas déterminé, en dehors de toute obligation préexistante*”: ver *Statut de la Carélie orientale, avis consultatif du 23 juillet 1923, Série B, nº 5, Recueil CPJI*, p. 27.

<sup>11</sup> J. PAULSON, “Arbitration without Privity”, *ICSID Review*, vol. 10, nº 2, 1995, pp. 232-257.

7. Todas estas distintas facetas del principio de autonomía convergen en una serie de litigios dirimidos por el TJUE en donde se ha concluido la no conformidad con el ordenamiento jurídico de la UE del arbitraje de inversión desarrollado por un inversor radicado en un Estado miembro de la UE contra otro Estado miembro de la UE (en adelante, arbitraje de inversión intra-UE). En particular, este trabajo examina en su tercer apartado los argumentos expresados por el TJUE en el caso *Polonia c. PL Holdings*<sup>12</sup> para certificar esta conclusión.

8. No obstante, como el caso *Polonia c. PL Holdings* forma parte de una serie de litigios (sentencias y dictámenes) del TJUE que versan sobre diversos aspectos del régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras directas (lo que podría denominarse como la “saga *Achmea*”), dedicaremos el segundo apartado de este trabajo a recapitular toda la jurisprudencia comunitaria anterior haciendo un “*tour d’horizon*” de las decisiones más importantes dictadas por el TJUE.

De la misma forma, teniendo en consideración que todas estas sentencias tienen una repercusión directa en la acción exterior de la UE y, más en particular, a la hora de celebrar acuerdos internacionales sobre protección de las inversiones con terceros Estados, el apartado cuarto del trabajo realiza algunas reflexiones conclusivas sobre el impacto que la “saga *Achmea*” puede suscitar en este ámbito.

## II. Antecedentes en la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los litigios sobre protección de las inversiones extranjeras directas

### 1. El arbitraje comercial: un reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad de las partes

9. Las relaciones entre el Derecho de la UE y el DI de las inversiones, en general, y el arbitraje de inversión, en particular, han venido ocupando la actividad del TJUE en los últimos años, dado que fue a partir del año 2009 cuando la UE asumió el ejercicio de la competencia en la materia (en particular, en el ámbito de las inversiones extranjeras directas).

Interesa advertir que, con anterioridad a esa fecha, existen algunas sentencias en la jurisprudencia del TJUE que se refieren a la interacción entre el arbitraje comercial y el Derecho de la UE. Estos precedentes, aunque no son relativos al arbitraje de inversión, resultan de interés desde el punto de vista de la concepción que mantiene el TJUE respecto al principio de autonomía, al menos por dos razones. Primera, porque ponen de relieve hasta qué punto el TJUE estaría dispuesto a enervar su concepción estricta del principio de autonomía del Derecho de la UE. Y, segunda, porque también evidencian cuál es la posición que desde el TJUE se mantiene respecto al principio de autonomía de la voluntad de las partes, en concreto, cuando dos particulares deciden someter al arbitraje comercial una controversia que presenta un aspecto jurídico vinculado con el Derecho de la UE.

10. En el caso *Nordsee* se dirimía mediante un procedimiento prejudicial si el TJUE era competente para responder a unas cuestiones prejudiciales que habían sido planteadas por un árbitro en el marco de un litigio mercantil. Unas empresas alemanas, en efecto, habían decidido resolver una controversia de carácter privado a través del arbitraje, esto es, prescindiendo de la jurisdicción ordinaria. El TJUE descartó que tuviera competencia sobre el litigio porque el órgano arbitral no podía considerarse como un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a los efectos de interponer una cuestión prejudicial. Al llegar a esta conclusión, el TJUE afirmó el principio de autonomía de la voluntad de las partes a la hora de seleccionar el medio más adecuado para resolver una controversia de carácter comercial.

De todas formas, el TJUE advirtió que si en el contexto de ese arbitraje comercial surgía alguna cuestión relacionada con la aplicación o interpretación del Derecho de la UE “los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, bien en el marco de la asistencia que prestan a los tribunales arbitrales, especialmente para asistirles en ciertos actos procedimentales o para interpretar

<sup>12</sup> STJUE 26 de octubre de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875.

el Derecho aplicable, bien en el marco del control del laudo arbitral, de mayor o menor entidad según el caso, que les corresponde en caso de que se interponga un recurso de apelación, un recurso de oposición, un recurso relativo al exequatur o cualquier otro recurso admitido por la legislación nacional aplicable”<sup>13</sup>.

En otras palabras, la actividad de estos órganos arbitrales cuando interpretan o aplican el Derecho de la UE no queda desvinculada de la tutela que pueden ejercer los tribunales internos de los Estados miembros. Al ejercer su funciones, en suma, estos órganos arbitrales no escapan completamente del control judicial ordinario. Se les aplica un estándar más flexible que, a juicio del TJUE, no compromete el principio de autonomía del ordenamiento de la UE y al mismo tiempo garantiza el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

**11.** De nuevo en el marco de un procedimiento prejudicial planteado por un tribunal en los Países Bajos, en el caso *EcoSwiss* se discutía la posibilidad de no ejecutar un laudo arbitral de carácter comercial dictado contra una empresa al considerar que el mismo era contrario al orden público, pues el contrato de licencia del que traía causa este procedimiento arbitral era considerado como nulo por contravenir el Derecho de la competencia europea.

El TJUE completó su jurisprudencia anterior indicando que “las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales”<sup>14</sup>. Así las cosas, el TJUE mantuvo nuevamente una posición deferente hacia el principio de autonomía de la voluntad de las partes a la hora de escoger el arbitraje como un medio para la solución de las controversias comerciales. Ello no obstante, en el litigio particular el TJUE acabó concluyendo que el precepto del Derecho originario invocado podía incardinarse dentro de las normas de orden público que el tribunal neerlandés debía considerar a la hora de pronunciarse sobre la nulidad del laudo<sup>15</sup>, por lo que esta vez sí se admitió en la práctica el control limitado de los laudos dictados en el marco del arbitraje comercial que había sido planteado teóricamente en el caso *Nordsee*.

**12.** Esta línea jurisprudencial fue retomada por el TJUE en el caso *Mostaza Claro* para señalar que la normativa europea en materia de protección de los consumidores entonces vigente<sup>16</sup> podía ser utilizada para justificar una apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de una cláusula mediante la que se acordaba someter un litigio contractual al arbitraje, puesto que “la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional”<sup>17</sup>. El arbitraje entre particulares, por lo tanto, no se sustrae a la jurisdicción del TJUE cuando en el mismo se dirimen cuestiones que afectan a intereses esenciales del proceso de integración europea.

**13.** Podría concluirse, al calor de la anterior jurisprudencia<sup>18</sup>, que en los casos relativos al arbitraje comercial el TJUE ha modulado el principio de autonomía del Derecho de la UE con arreglo al principio de autonomía de la voluntad de las partes que someten voluntariamente un litigio al arbitraje, llegando el TJUE a aceptar una facultad limitada para revisar la compatibilidad con el Derecho de la UE de los laudos dictados en este marco. Hechas estas precisiones, en las siguientes líneas se presenta

<sup>13</sup> STJCE 23 de marzo de 1982, «*Nordsee*» *Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG y Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, 102/81, ECLI:EU:C:1982:107, apdo. 14.

<sup>14</sup> STJCE 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, apdo. 35.

<sup>15</sup> *Ibid.*, apdos. 37-39.

<sup>16</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO L 95*, de 21 de abril de 1993).

<sup>17</sup> STJUE 26 de octubre de 2006, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, S.L.*, C-168/06, ECLI:EU:C:2006:675, apdo. 38.

<sup>18</sup> Sobre el control de las decisiones dictadas en el marco del arbitraje comercial en la jurisprudencia posterior del TJUE: ver STJUE 13 de mayo de 2015, «*Gazprom*» *OAO*, C-536/13, ECLI:EU:C:2015:316; y STJUE 7 de julio de 2016, *Genentech Inc. c. Hoechst GmbH, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, S.L.*, C-567/14, ECLI:EU:C:2016:526.

la jurisprudencia del TJUE que se ha referido a las relaciones entre el Derecho de la UE y el DI de las inversiones.

## 2. El caso *Achmea*: la afirmación del principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea

14. La sentencia dictada por el TJUE el 6 de marzo de 2018 resolviendo el caso *República Eslovaca c. Achmea*<sup>19</sup> generó un impacto notable a varios niveles<sup>20</sup>. Desde la perspectiva del Derecho de la UE, el TJUE se sirvió del principio de autonomía del Derecho de la UE, entre otros, para concluir que el mecanismo de solución de las controversias mediante arbitraje de inversión previsto por un acuerdo sobre promoción y protección recíproca de las inversiones (en adelante, APPRI) celebrado entre dos Estados miembros de la UE (en adelante, APPRI intra-UE)<sup>21</sup> no era compatible con el ordenamiento jurídico de la UE<sup>22</sup>.

Desde la perspectiva del DI de las inversiones, por su parte, esta sentencia vino a limitar los confines del principio de autonomía de la voluntad de los Estados miembros de la UE a la hora de manifestar su consentimiento al arbitraje de inversión cuando celebran un APPRI intra-UE. De hecho, el caso *República Eslovaca c. Achmea* supone el principio del fin para este tipo de arbitraje internacional cuando ambas partes (el inversor demandante y el Estado demandado) pertenecen a la UE<sup>23</sup>. En cambio, el caso *República Eslovaca c. Achmea* mantiene la línea jurisprudencial marcada por el TJUE respecto al arbitraje comercial, no quedando este último afectado por lo dispuesto en esta sentencia con relación al arbitraje de inversión intra-UE<sup>24</sup>.

Esta doble vara de medir o de concebir las distintas facetas del principio de autonomía (en su versión pública y privada) es aceptada por el TJUE, si bien podría enviar un mensaje contradictorio a otros Estados con quien la UE pretenda celebrar tratados sobre protección de inversiones<sup>25</sup>.

15. A los efectos de dar cumplimiento a la sentencia emitida en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, siempre desde la perspectiva del Derecho de la UE, 22 de los todavía entonces 28 Estados

<sup>19</sup> STJUE 6 de marzo de 2018, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

<sup>20</sup> En la doctrina, entre otros: ver J. CAZALA, “L’incompatibilité avec le droit de l’Union européenne du système d’arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d’investissement intra-UE”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3, 2018, pp. 597-616; X. FERNÁNDEZ PONS, “La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje inversor-Estado previsto en tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros. Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto y sus implicaciones”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 46, 2018, pp. 316-364; E. GAILLARD, “L’affaire Achmea ou les conflits de logiques”, *Revue critique de droit international privé*, n° 3, 2018, pp. 616-630; Í. IRURETAGOYIENA AGIRREZABALAGA, “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, 2018, pp. 1-23; S. HINDELANG, “Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law: the CJEU’s Judgment in Achmea Put in Perspective”, *European Law Review*, vol. 44, n° 3, 2019, pp. 383-400; R.J. BASEDOW, “The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 23, n° 1, 2020, pp. 271-292; y C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “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 de España”, en A. RUDA GONZÁLEZ y C. JEREZ DELGADO (dirs.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, vol. 2, Madrid, Editorial Jurídica Sepín, 2020, pp. 677-692.

<sup>21</sup> El APPRI celebrado entre los Países Bajos y Eslovaquia, de 29 de abril de 1991.

<sup>22</sup> STJUE 6 de marzo de 2018, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, apdos. 55-58.

<sup>23</sup> Aunque el Abogado General sostuvo una aproximación completamente distinta al TJUE y favorable a reconocer la compatibilidad entre el APPRI controvertido y el Derecho de la UE: ver Conclusiones del Abogado General Wathelet, 19 de septiembre de 2017, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, puntos 237-272.

<sup>24</sup> Con relación al arbitraje comercial el TJUE afirmó en este litigio que “un procedimiento de arbitraje como el previsto en el artículo 8 del TBI se distingue de un procedimiento de arbitraje comercial. En efecto, mientras que el segundo tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, el primero resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión [...] los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho. En estas circunstancias, las consideraciones enunciadas [...], relativas al arbitraje comercial, no son extrapolables a un procedimiento de arbitraje como el previsto en el artículo 8 del TBI”: ver STJUE 6 de marzo de 2018, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, apdo. 55.

<sup>25</sup> S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, “It Is not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, *Achmea BV*”, *European Papers*, vol. 3, n° 1, 2018, pp. 357-373.

miembros<sup>26</sup> firmaron una declaración el 15 de enero de 2019 donde, entre otras afirmaciones, se indicaba que: “*Union law takes precedence over bilateral investment treaties concluded between Member States. As a consequence, all investor-State arbitration clauses contained in bilateral investment treaties concluded between Member States are contrary to Union law and thus inapplicable. They do not produce effects including as regards provisions that provide for extended protection of investments made prior to termination for a further period of time (so-called sunset or grandfathering clauses). An arbitral tribunal established on the basis of investor-State arbitration clauses lacks jurisdiction, due to a lack of a valid offer to arbitrate by the Member State party to the underlying bilateral investment Treaty*”.

El 16 de enero de 2019 Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo, Malta y Suecia firmaron otra declaración donde expresaban su adhesión a la sentencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, si bien obviando referencias expresas sobre cómo tenían que organizarse a partir de entonces las relaciones entre el DI de las inversiones y el Derecho de la UE. En esa misma fecha, Hungría también emitió una declaración donde afirmaba que la citada sentencia guardaba silencio respecto al TCE, es decir, que solo se debía aplicar en el contexto de los APPRI intra-UE.

**16.** En estas declaraciones, con carácter general, los Estados miembros firmantes adoptaron el compromiso político de denunciar todos los APPRI intra-UE en vigor<sup>27</sup>; un compromiso que se materializó jurídicamente el 5 de mayo de 2020 mediante la firma del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE<sup>28</sup>. Forman parte de este acuerdo todos los Estados miembros de la UE, a excepción de Austria, Suecia y Finlandia, además de Irlanda (que a esa fecha no tenía ningún APPRI en vigor) y el Reino Unido (en razón de su retirada de la UE).

Nada impide que los Estados miembros de la UE que sí son partes de aquel acuerdo y que han celebrado APPRI con Austria<sup>29</sup>, Suecia<sup>30</sup>, Finlandia<sup>31</sup> y el Reino Unido<sup>32</sup> decidan denunciarlos unilateralmente (debiendo en ese caso someterse a las cláusulas de remanencia previstas en cada uno de ellos). Por su parte, los Estados miembros de la UE que son partes del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE no quedan sometidos a las cláusulas de remanencia, puesto que han excluido expresamente su aplicación a través de este tratado internacional<sup>33</sup>.

**17.** En este contexto, cabe señalar que el 2 de diciembre de 2021 la Comisión Europea anunció la apertura de un procedimiento por incumplimiento del Derecho de la UE contra Austria y Suecia (que no firmaron el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados

<sup>26</sup> La declaración no fue firmada por Eslovenia, Finlandia, Hungría, Luxemburgo, Malta y Suecia.

<sup>27</sup> La declaración de 15 de enero de 2019 afirma, por ejemplo, que “*Taking into account the foregoing, Member States declare that they will undertake the following actions without undue delay: [...] 5. In light of the Achmea judgment, Member States will terminate all bilateral investment treaties concluded between them by means of a plurilateral treaty or, where that is mutually recognised as more expedient, bilaterally*”.

<sup>28</sup> BOE de 29 de mayo de 2020.

<sup>29</sup> Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, República Checa y Rumanía. Según la información que contiene la base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, UNCTAD), en el caso de Austria se ha denunciado el APPRI celebrado con Malta (de 29 de mayo de 2002).

<sup>30</sup> Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, República Checa y Rumanía. En el caso de Suecia, por ejemplo, en la base de datos de la UNCTAD consta que se han denunciado los APPRI celebrados con Croacia (de 10 de noviembre de 1978); Eslovenia (de 5 de octubre de 1999); Malta (de 24 de agosto de 1999); y Rumanía (de 29 de mayo de 2002).

<sup>31</sup> Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, República Checa y Rumanía. En el caso de Finlandia, conforme a los datos ofrecidos por la UNCTAD se han denunciado los APPRI celebrados con Eslovenia (de 1 de junio de 1998) y Rumanía (de 26 de marzo de 1992).

<sup>32</sup> Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, República Checa y Rumanía. En este caso, solo el APPRI celebrado con Malta (de 4 de octubre de 1986) ha sido denunciado.

<sup>33</sup> El artículo 2.2 del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE, por el contrario, dispone que “En aras de una mayor seguridad, las Cláusulas de Remanencia de los Tratados Bilaterales de Inversión enumerados en el anexo A se terminarán de conformidad con el apartado 1 del presente artículo y no surtirán efectos jurídicos”. Además, el artículo 3 da por finalizados los efectos de las cláusulas de remanencia de aquellos APPRI que ya hubieran sido denunciados, afirmando que “Las Cláusulas de Remanencia de los Tratados Bilaterales de Inversión enumerados en el anexo B se terminarán en virtud del presente Acuerdo y no surtirán efectos jurídicos, de conformidad con las condiciones establecidas en el presente Acuerdo”.

miembros de la UE), en tanto que no han procedido a denunciar los APPRI intra-UE que han celebrado con otros Estados miembros. Asimismo, este procedimiento se extiende a otros cinco Estados miembros que sí son partes del citado acuerdo (Bélgica, Italia, Luxemburgo, Portugal y Rumanía), en razón de que no habrían completado todavía el procedimiento interno para su ratificación<sup>34</sup>.

18. El caso *República Eslovaca c. Achmea* constituye un precedente muy significativo e incluso podría afirmarse que ha dado lugar a una saga, de la que *Polonia c. PL Holdings* forma parte. Sin perjuicio de que el caso *República Eslovaca c. Achmea* pueda ser el más relevante (al menos hasta ahora), debe señalarse que las relaciones entre el Derecho de la UE y el DI de las inversiones han venido ocupando la actividad del TJUE desde el momento en que la UE asumió el ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas en el año 2009. Es por esto que dedicamos el siguiente epígrafe al estudio de los litigios anteriores al caso *República Eslovaca c. Achmea*.

### 3. Los litigios anteriores al caso *Achmea*: delimitando el alcance de la competencia de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa

19. El TJUE ha conocido de algunos litigios relacionados con el ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas con anterioridad al caso *República Eslovaca c. Achmea*.

20. En primer lugar, destacan los tres procedimientos por incumplimiento del Derecho de la UE iniciados contra Austria<sup>35</sup>, Suecia<sup>36</sup> y Finlandia<sup>37</sup> por la Comisión Europea. En todos ellos esta institución consideraba que algunos APPRI celebrados por estos tres Estados miembros con terceros Estados (no miembros de la UE) con anterioridad a su adhesión (APPRI extra-UE), al establecer una cláusula que obligaba a las partes a garantizar la libre transferencia de los capitales, resultaban incompatibles con los preceptos del Derecho originario que permiten al Consejo de la UE establecer restricciones a los movimientos de capitales y a los pagos.

Al tratarse de acuerdos internacionales celebrados con anterioridad a la adhesión a la UE, en estos litigios la Comisión Europea solicitaba la aplicación del régimen jurídico previsto por el artículo 351.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE)<sup>38</sup>, esto es, que los tres Estados miembros adoptaran todas las medidas necesarias para eliminar las incompatibilidades existentes entre los APPRI y el TUE. En el contexto de este precepto, la jurisprudencia del TJUE ya había advertido que “los Estados miembros tienen [...] la posibilidad de elegir las medidas apropiadas, [pero] también tienen la obligación de eliminar las incompatibilidades que existan entre un convenio precomunitario y el Tratado CE. Por consiguiente, no puede negarse que, cuando un Estado miembro se encuentra con dificultades que hacen imposible la modificación de un Acuerdo, le incumbe denunciarlo”<sup>39</sup>.

Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial bien asentada en la práctica del TJUE<sup>40</sup> y considerando que ninguno de los tres Estados miembros había procedido de esta forma (adoptando medidas que

<sup>34</sup> Comisión Europea, “December infringements package: key decisions”, de 2 de diciembre de 2021.

<sup>35</sup> STJUE 3 de marzo de 2009, *Comisión Europea c. República de Austria*, C-205/06, ECLI:EU:C:2009:118.

<sup>36</sup> STJUE 3 de marzo de 2009, *Comisión Europea c. Reino de Suecia*, C-249/06, ECLI:EU:C:2009:119.

<sup>37</sup> STJUE 19 de noviembre de 2009, *Comisión Europea c. República de Finlandia*, C-118/07, ECLI:EU:C:2009:715.

<sup>38</sup> Por entonces todavía artículo 307 del Tratado de la Comunidad Europea. Señala este precepto que “1. Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra. 2. En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común”.

<sup>39</sup> STJUE 4 de julio de 2000, *Comisión Europea c. República Portuguesa*, C-62/98, ECLI:EU:C:2000:358, apdo. 49.

<sup>40</sup> J. DIEZ-HOCHLEITNER, “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 33, 2010, pp. 5-43.



permitieran hacer compatibles los tratados internacionales controvertidos), el TJUE aceptó los recursos planteados por la Comisión Europea<sup>41</sup>, declarando de una manera muy sintética la responsabilidad de Austria, Suecia y Finlandia<sup>42</sup>.

Esta “triada” de casos resuelta por el TJUE generó importantes consecuencias para el resto de los Estados miembros de la UE, toda vez que las disposiciones previstas en los APPRI extra-UE controvertidos se reproducen en los APPRI celebrados por otros Estados miembros y, por lo tanto, hubieran podido dar lugar a que la Comisión Europea entablara similares procedimientos por incumplimiento del Derecho de la UE. De hecho, una vez publicada la norma de Derecho derivado encargada de reglamentar el régimen transitorio al que deben someterse los APPRI extra-UE<sup>43</sup>, algunos Estados miembros (España entre ellos<sup>44</sup>) solicitaron a la Comisión Europea la preceptiva autorización para enmendar el contenido de sus APPRI extra-UE en línea con los postulados expresados por el TJUE en los referidos litigios, precisamente con el objeto de evitar posibles procedimientos por incumplimiento planteados por la Comisión Europea ante aquella institución judicial.

**21.** Un litigio que, aunque constituye nada más que un pequeño interludio, no debe olvidarse es otro recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra Eslovaquia a propósito de las medidas adoptadas por este Estado miembro a favor de un inversor suizo que suponían, a juicio de la Comisión Europea y siempre desde la perspectiva del Derecho de la UE, una vulneración de la obligación de brindar un acceso no discriminatorio al mercado de la energía eléctrica<sup>45</sup>.

La diferencia entre este caso y los anteriores radica en que la Comisión Europea consideraba que el contrato de inversión celebrado entre dos empresas no era compatible con el Derecho de la UE (y, por el contrario, no cuestionaba la compatibilidad de un APPRI extra-UE con el ordenamiento jurídico de la UE). En otras palabras, el TJUE debía dirimir si el derecho reconocido a un inversor de nacionalidad suiza por Eslovaquia (a través de un contrato de inversión) debía ser considerado como un derecho anterior a la adhesión que, en los términos establecidos por el artículo 351.1 del TFUE, no podía quedar afectado por el TFUE.

En respuesta a lo anterior, afirmó el TJUE que “la República Eslovaca no puede modificar los términos del contrato ni sus efectos con su legislación, ni privarlo de eficacia jurídica. Ninguna ley eslovaca que declare inválidos e inaplicables los contratos que otorguen un acceso preferente a redes de transporte cambiaría el hecho de que SEPS seguiría jurídicamente vinculada por el contrato en cuestión. Por lo tanto, la única forma factible de que la República Eslovaca cumpliera con su obligación sería adoptar una legislación dirigida a SEPS para impedirle que ejecute dicho contrato, lo cual equivaldría a una expropiación indirecta del derecho de tránsito de ATEL”<sup>46</sup>.

Así, ante el riesgo cierto de que el inversor extranjero pudiera iniciar un arbitraje de inversión contra Eslovaquia<sup>47</sup> si este Estado miembro adoptaba medidas restrictivas que implicaran la terminación del contrato de inversión a la luz del Derecho de la UE (para garantizar precisamente el principio de no discriminación), el TJUE rechazó el recurso interpuesto por la Comisión Europea concluyendo que “el acceso preferente concedido a ATEL puede considerarse como una inversión protegida por el acuerdo

<sup>41</sup> STJUE 3 de marzo de 2009, *Comisión Europea c. República de Austria*, C-205/06, ECLI:EU:C:2009:118, apdos. 38-42; STJUE 3 de marzo de 2009, *Comisión Europea c. Reino de Suecia*, C-249/06, ECLI:EU:C:2009:119, apdos. 39-42; y STJUE 19 de noviembre de 2009, *Comisión Europea c. República de Finlandia*, C-118/07, ECLI:EU:C:2009:715, apdos. 30-32.

<sup>42</sup> F. PASCUAL-VIVES, “El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 36, 2010, pp. 467-495, pp. 485-489.

<sup>43</sup> Reglamento (UE) n° 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (*DO L* 351, de 20 de diciembre de 2012).

<sup>44</sup> A modo de ejemplo: ver J.Á. RUEDA GARCÍA, “Spain”, en J. FOURET (ed.), *Enforcement of Investment Treaty Awards*, Woking, 2<sup>nd</sup> ed., Globe Law and Business, 2021, pp. 623-640, p. 630.

<sup>45</sup> A. BOUTE, “Case C-264/09, Commission v. Slovakia, Judgment of the Court (First Chamber) of 15 September 2011”, *Common Market Law Review*, vol. 49, n° 3, 2012, pp. 1179-1196.

<sup>46</sup> STJUE 15 de septiembre de 2011, *Comisión Europea c. República Eslovaca*, C-264/09, ECLI:EU:C:2011:580, apdo. 50.

<sup>47</sup> En este caso, además, no debe pasar desapercibido el hecho de que el eventual arbitraje de inversión podría haberse basado tanto en el APPRI celebrado entre Suiza y Eslovaquia, de 5 de octubre de 1990, como en el Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, TCE) (*BOE* de 17 de marzo de 1998).

sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones que, según el artículo 307 CE, párrafo primero, no puede quedar afectado por las disposiciones del Tratado CE”<sup>48</sup>.

22. En segundo lugar, destaca el dictamen emitido el 16 de mayo de 2017 (con relación al Acuerdo sobre Libre Comercio con Singapur)<sup>49</sup>, cuyo objeto consistía en una solicitud presentada por la Comisión Europea donde se preguntaba al TJUE que definiese la naturaleza exclusiva o compartida de la competencia exterior de la UE para celebrar acuerdos internacionales sobre protección de las inversiones extranjeras<sup>50</sup>.

Como el artículo 207.1 del TFUE le atribuye a la UE el ejercicio de la competencia sobre las “inversiones extranjeras directas”, al negociar el acuerdo con Singapur surgió el interrogante jurídico de si el mismo debía ser concluido solo por la UE o también por sus Estados miembros, habida cuenta de que este acuerdo internacional abarcaba no solo aspectos relacionados con las inversiones extranjeras directas, sino también referentes a las inversiones extranjeras indirectas, es decir, a aquellas que se realizan “en forma de adquisición de títulos en el mercado de capitales efectuada con la única intención de realizar una inversión, pero sin intención de influir en la gestión y el control de la empresa”<sup>51</sup>.

El TJUE, reunido en plenario, consideró que esta referencia a las inversiones extranjeras directas en el TFUE “manifiesta sin ambigüedad [la] voluntad [de los Estados miembros de la UE] de no incluir otras inversiones extranjeras en la política comercial común. Por lo tanto, debe considerarse que los compromisos contraídos con un tercer Estado sobre estas otras inversiones no están comprendidos en el ámbito de la competencia exclusiva de la Unión a que se refiere el artículo 3 TFUE, apartado 1, letra e)”<sup>52</sup>. Antes al contrario, los acuerdos internacionales relacionados con este tipo de materias se “corresponden a una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros conforme al artículo 4 TFUE, apartados 1 y 2, letra a), en la medida en que se refieran a otros tipos de inversiones”<sup>53</sup>.

Asimismo, el TJUE confirmó (aunque de una manera muy expedita<sup>54</sup>) la necesidad de que el acuerdo tuviera un carácter mixto a la luz de las disposiciones que prevén la facultad de iniciar arbitrajes de inversión contra los Estados miembros de la UE. El recurso a este medio de solución de las controversias internacionales, “que sustrae diferencias a la competencia jurisdiccional de los Estados miembros, no puede tener carácter meramente auxiliar en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 276 del presente dictamen, y, en consecuencia, no puede establecerse sin el consentimiento de [los Estados miembros de la UE]”<sup>55</sup>.

Como consecuencia de este dictamen, las relaciones de carácter convencional con Singapur se bifurcaron y el 19 de octubre de 2018 la UE celebró en solitario un acuerdo comercial (en vigor desde el 1 de enero de 2021)<sup>56</sup>, así como un acuerdo sobre protección de inversiones (que todavía se encuentra en proceso de ratificación), en esta ocasión junto a sus Estados miembros precisamente para cumplir con lo establecido en el Dictamen 2/15 en relación al carácter mixto de la competencia.

<sup>48</sup> STJUE 15 de septiembre de 2011, *Comisión Europea c. República Eslovaca*, C-264/09, ECLI:EU:C:2011:580, apdo. 51.

<sup>49</sup> DTJUE 16 de mayo de 2017, *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur*, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376.

<sup>50</sup> L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 52, 2015, pp. 871-907.

<sup>51</sup> STJUE 10 de noviembre de 2011, *Comisión c. República de Portugal*, C-212/09, ECLI:EU:C:2011:717, apdo. 47.

<sup>52</sup> DTJUE 16 de mayo de 2017, *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur*, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, apdo. 83.

<sup>53</sup> *Ibid.*, apdo. 243.

<sup>54</sup> J. Díez-Hochleitner, “La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al Dictamen 2/15 del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 57, 2017, pp. 403-429, pp. 423-426.

<sup>55</sup> DTJUE 16 de mayo de 2017, *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur*, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, apdo. 292.

<sup>56</sup> DO L 294, de 14 de noviembre de 2019.

#### 4. Los litigios posteriores al caso *Achmea*: perfilando los confines del principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea

23. Tras la publicación del caso *República Eslovaca c. Achmea*, tres son los litigios que merecen nuestra atención al incidir desde diferentes perspectivas en el alcance jurídico que presenta el principio de autonomía del Derecho de la UE. Nos referimos a la decisión de 30 de abril de 2019 (Dictamen 1/17), la sentencia de 2 de septiembre de 2021 dictada en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* y la sentencia de 25 de enero de 2022 mediante la que se resuelve el recurso de casación en el caso *Micula*.

24. La primera decisión (el Dictamen 1/17) fue emitida a petición de Bélgica y a propósito de la compatibilidad con el Derecho originario del novedoso sistema de solución de controversias relativas a inversiones extranjeras (el denominado “*Investment Court System*”<sup>57</sup>) previsto en el Acuerdo Económico y Comercial Global con Canadá<sup>58</sup> (en adelante, AECG con Canadá).

En este litigio, una vez aclarada ya la naturaleza de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras (directas e indirectas), se elevó al TJUE una cuestión más específica que se había dejado deliberadamente<sup>59</sup> fuera de la pregunta sometida a esta institución judicial con ocasión del Dictamen 2/15. Tomando como punto de partida la jurisprudencia del TJUE asentada<sup>60</sup>, entre otros, en el Dictamen 1/09<sup>61</sup> (relativo a la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes<sup>62</sup>) y el Dictamen 2/13<sup>63</sup> (relativo a la adhesión de la UE al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>64</sup>), Bélgica consideraba que el sistema de arbitraje de inversión previsto en el AECG con Canadá podía resultar incompatible, entre otros, con el principio de

<sup>57</sup> En este acuerdo se prevé la creación de un tribunal formado por una lista cerrada de árbitros, así como de un órgano de apelación: ver K. FACH GÓMEZ, “Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, nº 1, 2017, pp. 295-302; A. VON WALTER y M.L. ANDRISANI, “Resolution of Investment Disputes”, en M. MOIŠE MBENGUE y S. SCHACHERER (eds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer, 2019, pp. 185-206; y M. FANOU, “The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 – A Compass for the Future”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 22, 2020, pp. 106-132.

<sup>58</sup> DO L 11, de 14 de enero de 2017.

<sup>59</sup> En efecto, debe advertirse que la Comisión Europea no formuló esta pregunta al TJUE en el Dictamen 2/15: ver DTJUE 16 de mayo de 2017, *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur*, 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, apdo. 290, en relación con el apdo. 30.

<sup>60</sup> Para un examen crítico de esta jurisprudencia: ver L.N. GONZÁLEZ ALONSO, “¿Fundamentalismo constitucional en Luxemburgo? El Tribunal de Justicia y los límites de la autonomía del sistema jurídico de la Unión Europea a la luz del Dictamen 1/09”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 43, 2012, pp. 251-274; M. CIENFUEGOS MATEO, “La trascendencia de la función como jueces ordinarios del Derecho de la Unión Europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A propósito del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del Tribunal de Justicia”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 26, 2012, pp. 1-25; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 104, 2015, pp. 243-268; P. EECKHOUT, “Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky”, *Fordham International Law Journal*, vol. 38, nº 4, 2015, pp. 955-992; J.M. CORTÉS MARTÍN, “Sobre el dictamen del TJUE nº 2/13, relativo a la adhesión al CEDH, la tutela judicial efectiva en la PESC y la unión de derecho”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 8-9, 2015, pp. 67-92; J.A. GONZÁLEZ VEGA, “La ‘teoría del big bang’ o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo”, *La Ley Unión Europea*, nº 25, 2015, pp. 1-43; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 52, 2015, pp. 825-869; J. MALENOVSKÝ, “Comment tirer parti de l’avis 2/13 de la Cour de justice de l’Union européenne sur l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue générale de droit international public*, vol. 119, nº 4, 2015, pp. 705-742; E. SPAVENTA, “A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, nº 1, 2015, pp. 35-56; y B. DE WITTE y Š. IMAMOVIĆ, “Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court”, *European Law Review*, nº 5, 2015, pp. 683-705.

<sup>61</sup> DTJUE 8 de marzo de 2011, *Creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes*, 1/09, ECLI:EU:C:2011:123.

<sup>62</sup> DO C 175, de 20 de junio de 2013.

<sup>63</sup> DTJUE 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>64</sup> BOE de 10 de octubre de 1979.

autonomía del Derecho de la UE, toda vez que podía invadir la competencia exclusiva que el Derecho originario confiere al TJUE para interpretar este ordenamiento jurídico.

Para examinar este expediente el TJUE consideró, primero, que el derecho aplicable a un arbitraje de inversión sería únicamente el DI aplicable entre las partes, conforme a lo establecido por el artículo 8.31.1 del AECG con Canadá, excluyéndose así expresamente el derecho interno de las partes contratantes y, más en particular el Derecho de la UE, de la competencia interpretativa de un órgano arbitral creado en el marco del citado acuerdo<sup>65</sup>. En efecto, para no erosionar el principio de autonomía del Derecho de la UE, el AECG con Canadá crea una suerte de ficción según la cual este ordenamiento jurídico de carácter internacional y naturaleza institucional no se puede considerar como parte del DI público, sino que forma parte del Derecho interno de una de las partes contratantes del acuerdo. Lo anterior no excluye la posibilidad de que un órgano arbitral no pueda conocer sobre la aplicación del Derecho de la UE, pero en todo caso “dicho examen no podrá equipararse a una interpretación de dicho Derecho por el Tribunal del CETA, sino que consistirá, por el contrario, en una toma en consideración de ese Derecho como elemento de hecho. [...] dicho Tribunal estará obligado a seguir la interpretación dominante de ese Derecho realizada por los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la mencionada Parte, y dichos órganos jurisdiccionales y autoridades no estarán vinculados, por lo demás, por el sentido que dé a ese Derecho interno el mencionado Tribunal”<sup>66</sup>. De esta forma el AECG con Canadá logra preservar el monopolio interpretativo del TJUE sobre el Derecho de la UE<sup>67</sup>.

En segundo lugar, el TJUE se aseguró de que el recurso al arbitraje de inversión por parte de un inversor canadiense no tuviera repercusiones de política legislativa respecto a la UE, es decir, conculcaría el principio de autonomía del Derecho de la UE una decisión de un órgano arbitral que obligara a las instituciones de la UE (o a sus Estados miembros) a “modificar o retirar una normativa debido a la apreciación realizada por un tribunal que no pertenece a su sistema jurisdiccional acerca del nivel de protección de un interés público establecido, conforme al marco constitucional de la Unión, por las instituciones de esta, tal acuerdo comprometería la capacidad de la Unión de actuar de manera autónoma en su propio marco constitucional”<sup>68</sup>. El análisis de la compatibilidad de la normativa europea controvertida con los estándares de la UE (derechos humanos y principios generales del ordenamiento de la UE) correspondería, en todo caso, al TJUE y no a un tribunal ubicado extramuros de la UE. De lo contrario, las decisiones de estos tribunales internacionales (imponiendo indemnizaciones a favor de los demandantes) podrían influir o condicionar la capacidad normativa de las instituciones a la hora de adoptar actos legislativos destinados a satisfacer los intereses generales de la UE y que pudieran ir en detrimento de ciertos intereses particulares<sup>69</sup>. En este orden de ideas, el AECG con Canadá no sería contrario al principio de autonomía del Derecho de la UE, precisamente al evitar que los órganos arbitrales creados en su seno “tengan competencia para cuestionar las opciones elegidas democráticamente por una Parte en materia, en particular, de nivel de protección del orden público, de la seguridad pública, de la moral pública, de la salud y la vida de las personas y de los animales, de la seguridad alimentaria, de los vegetales, del medio ambiente, del bienestar en el trabajo, de la seguridad de los productos, de los consumidores o incluso de los derechos fundamentales”<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> DTJUE 30 de abril de 2019, *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (CETA)*, 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, apdo. 122.

<sup>66</sup> *Ibid.*, apdo. 131.

<sup>67</sup> Aunque como se ha afirmado, en todo caso “*it would have been more convincing to show that interpretation is not so much of an issue for the EU’s autonomy as long as the interpretation remains outside EU legal order*”: ver C. RAPOPORT, “Balancing on a Tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ’s Narrow and Tortuous Path for Compatibility of the EU’s Investment Court System (ICS)”, *Common Market Law Review*, vol. 57, nº 6, 2020, pp. 1725-1772, p. 1748.

<sup>68</sup> DTJUE 30 de abril de 2019, *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (CETA)*, 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, apdo. 150.

<sup>69</sup> En suma, se trata de una aproximación que pretende preservar la discreción en la acción legislativa de las instituciones de la UE, siguiendo una lógica muy similar a la mantenida por el TJUE cuando se ha pronunciado sobre el efecto directo de los acuerdos celebrados en el marco de la Organización Mundial del Comercio: ver STJUE 1 de marzo de 2005, *Léon Van Parys NV c. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau*, C-377/02, ECLI:EU:C:2005:121, apdo. 53.

<sup>70</sup> DTJUE 30 de abril de 2019, *Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (CETA)*, 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, apdo. 160.

El TJUE concluyó que, a diferencia del caso *República Eslovaca c. Achmea*, no había incompatibilidad entre el principio de autonomía del Derecho de la UE y el sistema de arbitraje de inversión previsto por el AECG con Canadá. Cabe advertir, no obstante, que mientras en el caso *República Eslovaca c. Achmea* se discutía este expediente en el contexto de un APPRI intra-UE, el Dictamen 1/17 se refiere a un APPRI extra-UE que, además, carece de eficacia directa en los Estados miembros de la UE.

En cualquier caso, este dictamen supone un paréntesis en la línea que venía transitando el TJUE, que expresaba una posición muy recelosa hacia el diálogo con otros tribunales internacionales cuando esta interacción puede menoscabar el monopolio que posee aquella institución para interpretar y aplicar el Derecho de la UE, en colaboración con los tribunales internos de los Estados miembros<sup>71</sup>. En otras palabras, el Dictamen 1/17 ofrece una lectura mucho más compasiva y “sensible”<sup>72</sup> del principio de autonomía dentro del pluralismo jurídico en el que se desarrolla la acción exterior de la UE, tal y como dispone el artículo 3.5 del TUE<sup>73</sup>.

**25.** La segunda decisión de interés que desarrolla los argumentos expresados en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, esto es, que retoma la idea de afianzar el principio de autonomía del Derecho de la UE frente al DI de las inversiones es el caso *República de Moldavia c. Komstroy*<sup>74</sup>. Se trata de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París, que trae causa de un litigio suscitado entre un inversor de nacionalidad ucraniana y Moldavia sobre la base del TCE. Después de que un órgano arbitral hubiera declarado la responsabilidad internacional del Estado y estableciera una indemnización como medida de reparación<sup>75</sup>, el inversor procedió a solicitar la ejecución del laudo ante los tribunales franceses. En esta sede aquel laudo fue anulado al entender el Tribunal de Apelación de París que el órgano arbitral carecía de competencia para resolver la controversia por no versar la misma sobre una inversión protegida por el TCE, aunque posteriormente el Tribunal de Casación consideró que los motivos de anulación se habían empleado incorrectamente, devolviendo el caso al Tribunal de Apelación de París.

Debe destacarse, de entrada, que esta controversia no puede considerarse como intra-UE o extra-UE. Se trata, en cambio, de un arbitraje situado completamente extramuros del proceso de integración europea y cuyos únicos puntos de conexión con la UE son, primero, el TCE (un tratado multilateral en el que la UE y todos sus Estados miembros, a excepción de Italia, son partes) y, segundo, el hecho (no menos importante) de que la ejecución del laudo se solicitó ante los tribunales franceses (puesto que París era la sede del arbitraje). Precisamente este último hecho fue determinante para explicar la relevancia del Derecho de la UE en el caso. Como afirmó el TJUE, “la fijación de la sede del arbitraje en el territorio de un Estado miembro, en este caso Francia, supone que, a efectos del procedimiento iniciado en el territorio de ese Estado miembro, resulta aplicable el Derecho de la Unión, cuyo respeto debe garantizar el órgano jurisdiccional que conoce del asunto, con arreglo al artículo 19 TUE”<sup>76</sup>.

En línea con el principal problema jurídico suscitado ante los tribunales franceses, las tres preguntas planteadas por el Tribunal de Apelación de París versaban sobre el alcance de la noción de in-

<sup>71</sup> Í. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “Mecanismos de arreglo de las 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*, nº 59, 2018, pp. 219-262, pp. 248-249.

<sup>72</sup> C. CONTARTESE y M. ANDENAS, “Opinion 1/17 and Its Themes: An Overview”, *European Papers*, vol. 6, nº 1, 2021, pp. 621-630, p. 624.

<sup>73</sup> Se ha afirmado, no sin razón, que el TJUE mantiene, en ocasiones, un enfoque ambiguo respecto a sus relaciones con otros tribunales internacionales, ya que a veces acepta que los Estados miembros sometan controversias a los mismos, mientras que otras veces trata de proteger a toda costa la integridad del Derecho de la UE: ver K. SCHMALENBACH, “Struggle for Exclusiveness: The ECJ and Competing International Tribunals”, en I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET y S. WITTICH (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 1045-1068, p. 1068.

<sup>74</sup> STJUE 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia c. Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655.

<sup>75</sup> *Energolians SARL c. República de Moldavia* (Laudo de 25 de octubre de 2013).

<sup>76</sup> STJUE 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia c. Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, apdo. 34. Por su parte, en el caso *República Eslovaca c. Achmea* el Derecho de la UE podía resultar aplicable al arbitraje de inversión en tanto que el APPRI controvertido señalaba que el derecho aplicable era, además del propio tratado internacional de protección de inversiones, el “Derecho vigente de la Parte contratante afectada y cualquier tratado pertinente entre las Partes contratantes”: ver STJUE 6 de marzo de 2018, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, apdo. 40.

versión definida por el TCE. Y es que, conforme a la jurisprudencia asentada en el caso *Haegeman*, al tratarse de un acuerdo de la UE (en suma, de un acto de las instituciones de la UE), el TJUE también posee competencia para pronunciarse sobre el TCE en el marco del procedimiento prejudicial<sup>77</sup>.

No obstante, en su análisis el TJUE optó por responder a estas preguntas “teniendo en cuenta el objeto del litigio principal”<sup>78</sup>. Ello explica que, en la práctica, reformulase completamente la primera pregunta planteada por el órgano judicial francés para ofrecer una respuesta que versaba no ya sobre un aspecto sustantivo (el concepto de “inversión” previsto en el artículo 1.6 del TCE), sino sobre un aspecto procesal (la capacidad que tienen los Estados miembros de la UE de manifestar su consentimiento al arbitraje de inversión en virtud del artículo 26.1 del TCE)<sup>79</sup>. Bajo este prisma, el TJUE equiparó el APPRI (de carácter bilateral) controvertido en el caso *República Eslovaca c. Achmea* con el TCE (un tratado multilateral)<sup>80</sup>, para concluir en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* que este último tratado “no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro”<sup>81</sup>.

Llama la atención que esta fuera la respuesta a la primera cuestión prejudicial planteada, cuyo objeto insistimos se limitaba a definir el concepto de inversión previsto por el TCE. No cabe duda de que el TJUE realizó algunas afirmaciones que excedían el objeto de la pregunta inicialmente planteada por el Tribunal de Apelación de París, señalando que “aunque el TCE puede obligar a los Estados miembros a respetar los mecanismos arbitrales que prevé en sus relaciones con los inversores de terceros Estados que sean también Partes contratantes de dicho Tratado respecto de inversiones que estos hayan realizado en dichos Estados miembros, la preservación de la autonomía y del carácter propio del Derecho de la Unión se opone a que el TCE pueda imponer las mismas obligaciones a los Estados miembros entre sí”<sup>82</sup>. Sin perjuicio de que la anterior afirmación sea correcta con arreglo a la jurisprudencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*<sup>83</sup>, cabe preguntarse si esta referencia a las relaciones entre los Estados miembros de la UE en el marco del TCE resultaba necesaria, dado que el litigio controvertido enfrentaba a un inversor ucraniano contra Moldavia. Podría argüirse que en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* el TJUE se adelantó a responder la pregunta que Bélgica le había formulado mediante una solicitud de dictamen planteada el 2 de diciembre de 2020<sup>84</sup>.

Para explicar la aproximación mantenida por el TJUE en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* y este interés por profundizar en las consecuencias jurídicas que la concepción del principio de autonomía del Derecho de la UE consagrada en el caso *República Eslovaca c. Achmea* proyecta sobre el TCE, creemos necesario recordar que la cuestión prejudicial fue planteada por el Tribunal de Apelación de París el 24 de septiembre de 2019. Unos pocos días más tarde, el 6 de noviembre de 2019, la Conferencia de la Carta de la Energía decidió adoptar una serie de opciones de política sobre las cuales se enmarcaría la modernización (enmienda) del TCE<sup>85</sup>, un proceso que se encuentra todavía en marcha al tiempo de cerrar estas líneas. El 24 de junio de 2022 una reunión *ad hoc* de la Conferencia de la Carta de

<sup>77</sup> STJCE 30 de abril de 1974, *R. & V. Haegeman c. Estado belga*, 181/73, ECLI:EU:C:1974:41, apdos. 3-6.

<sup>78</sup> STJUE 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia c. Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, apdo. 39.

<sup>79</sup> Este planteamiento en la argumentación del TJUE es similar al que mantienen las Conclusiones presentadas por el Abogado General: ver Conclusiones del Abogado General Szpunar, 3 de marzo de 2021, *República de Moldavia c. Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:164, puntos 28-90.

<sup>80</sup> STJUE 2 de septiembre de 2021, *República de Moldavia c. Komstroy LLC*, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, apdo. 64.

<sup>81</sup> *Ibid.*, apdo. 66.

<sup>82</sup> *Ibid.*, apdo. 65 (cursiva añadida).

<sup>83</sup> A. DASHWOOD, “Republic of Moldova v Komstroy LCC: Arbitration under Article 26 ECT outlawed in Intra-EU Disputes by Obiter Dictum”, *European Law Review*, nº 1, 2022, pp. 127-140.

<sup>84</sup> La pregunta formulada por Bélgica presenta el siguiente tenor: “¿Es compatible con los Tratados, en particular con los artículos 19 TUE y 344 TFUE, el proyecto de Tratado sobre la Carta de la Energía modernizado: en lo que respecta al artículo 26 de dicho acuerdo, en caso de que ese artículo pueda interpretarse en el sentido de que permite que se aplique el mecanismo de solución de controversias dentro de la Unión Europea; en la medida en que, si el artículo 26 del citado acuerdo debiera interpretarse en el sentido de que permite que se aplique el mecanismo de solución de controversias dentro de la Unión Europea, ese acuerdo no establece ninguna regla específica expresa ni cláusula de desconexión explícita, en particular en las definiciones de inversión y de inversor del artículo 1 del acuerdo previsto, que disponga la no aplicabilidad del mecanismo general del citado artículo 26 entre los Estados miembros?”.

<sup>85</sup> CCDEC 2019 08 STR, de 6 de octubre de 2019.

la Energía dio por finalizadas las negociaciones del proceso de modernización sobre la base de un texto que será sometido a la aprobación de las Partes Contratantes el 22 de noviembre de 2022<sup>86</sup>.

No puede descartarse, desde la perspectiva de cualquier observador imparcial y externo al proceso de modernización del TCE, que las decisiones dictadas en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* (y también, por supuesto, en el caso *República Eslovaca c. Achmea* y el caso *Polonia c. PL Holdings*) hayan estado presentes en las negociaciones del proceso de modernización del TCE y que, a la espera de que el TJUE se pronunciara sobre este tema en su Dictamen 1/20<sup>87</sup>, de alguna forma hayan podido servir para que las partes contratantes del TCE se puedan hacer una idea de la necesidad que tiene la UE (y sus Estados miembros) de introducir alguna fórmula explícita<sup>88</sup> que permita “desconectar” el arbitraje de inversión intra-UE del futuro TCE modernizado. En su comunicado de prensa posterior a la celebración de la ya citada reunión *ad hoc* de la Conferencia de la Carta de la Energía, el Secretariado de la Carta de la Energía informó que “*An article has been introduced that clarifies that Articles 7 (Transit), 26 (Investment dispute settlement), 27 (disputes between Contracting Parties), 29 (trade with non-WTO members) shall not apply among Contracting Parties that are members of the same Regional Economic Integration Organisation in their mutual relations. Currently, the European Union is the only REIO Contracting Party*”<sup>89</sup>.

Al margen de lo anterior, las repercusiones de estas decisiones del TJUE en el caso *República Eslovaca c. Achmea* y el caso *República de Moldavia c. Komstroy* no solo se proyectan sobre las negociaciones de los acuerdos internacionales sobre protección de las inversiones emprendidas por la UE, sino que también pueden afectar en el plano de la litigación internacional a los arbitrajes de inversión intra-UE entablados contra los Estados miembros de la UE (España entre ellos)<sup>90</sup>.

**26.** En tercer lugar, destaca el recurso de casación interpuesto por la Comisión Europea en el caso *Micula* contra la sentencia del Tribunal General (en adelante, TG) de la UE que anulaba una decisión dictada por esta institución<sup>91</sup>. Aquella decisión tenía por objeto declarar como una ayuda de Estado incompatible con el Derecho de la UE el importe de la indemnización que Rumanía debía abonar a una serie de empresas en virtud de un laudo dictado en su contra por un órgano arbitral constituido en el seno del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI). El laudo consideraba que Rumanía era internacionalmente responsable al haber retirado un régimen de incentivos fiscales a un grupo de inversores suecos<sup>92</sup>.

El TG había aceptado el recurso de anulación interpuesto por el grupo de inversores contra la citada decisión de la Comisión Europea, mediante una sentencia dictada el 18 de junio de 2019. En esta sentencia, el TG señaló que la Comisión Europea había aplicado la legislación europea controvertida en un periodo en el que Rumanía todavía no era un Estado miembro de la UE y, por lo tanto, carecía de

<sup>86</sup> CCDEC 2022 10 GEN, de 24 de junio de 2022.

<sup>87</sup> Una vez que este trabajo ya había sido enviado a los editores de la revista para someterlo al correspondiente proceso de evaluación, el TJUE publicó el Dictamen 1/20. En esta decisión inadmitió la solicitud planteada por Bélgica por considerarla prematura, dado que la negociación del TCE modernizado no había finalizado y todavía no había un consenso sobre un texto final entre las Partes Contratantes. En todo caso en el dictamen sí se desliza que, conforme a la jurisprudencia de la “saga *Achmea*”, existe un problema de compatibilidad entre el TCE y el Derecho de la UE en lo que se refiere a los arbitrajes de inversión intra-UE: ver DTJUE 16 de junio de 2022, *Proyecto de Tratado sobre la Carta de la Energía modernizado*, 1/20, apdo. 47.

<sup>88</sup> La existencia de una cláusula de desconexión implícita en el TCE es un argumento que España, entre otros Estados miembros de la UE implicados en arbitrajes de inversión intra-UE basados en este tratado internacional, ha utilizado para tratar de persuadir (sin éxito) a los órganos arbitrales que conocen estos litigios de su falta de competencia para resolverlos. En este sentido, por todos: ver *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España* (caso CIADI n° ARB/13/30, Decisión sobre jurisdicción de 6 de junio de 2016, párrs. 81-87).

<sup>89</sup> CCDEC 2022 10 GEN, de 24 de junio de 2022, apdo. 6.

<sup>90</sup> El análisis de esta cuestión desborda ampliamente los objetivos del presente trabajo. Para un análisis de algunas de las repercusiones jurídicas que la reciente jurisprudencia del TJUE ha generado en el DI de las inversiones y, en particular, en los procedimientos arbitrales que se dirimen al tiempo que se desarrolla este cuerpo jurisprudencial desde Luxemburgo: ver L. ARAGONÉS MOLINA, *La revisión de los laudos internacionales del CIADI*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, capítulo III.

<sup>91</sup> Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía - Laudo arbitral *Micula/Rumanía* de 11 de diciembre de 2013 (*DO L 232*, de 4 de septiembre de 2015).

<sup>92</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumanía* (caso CIADI n° ARB/05/20, Laudo de 11 de diciembre de 2013).

competencia para hacerlo: “la Decisión impugnada adolece de ilegalidad en la medida en que calificó de ventaja y de ayuda a efectos del artículo 107 TFUE la atribución, por parte del tribunal arbitral, de una indemnización por daños y perjuicios destinada a compensar los daños resultantes de la retirada de las medidas de incentivo fiscal, al menos para el período anterior a la fecha de entrada en vigor del Derecho de la Unión en Rumanía”<sup>93</sup>.

Por su parte, el TJUE aceptó el recurso de casación interpuesto por la Comisión Europea, afirmando que la fecha relevante a la hora de determinar la existencia de una ayuda de Estado “se refiere a la adquisición por esos beneficiarios de un derecho cierto a percibir esa ayuda y al compromiso correlativo, a cargo del Estado, de conceder dicha ayuda”<sup>94</sup> y, por lo tanto, “solo el laudo arbitral concedió el derecho a la indemnización para reparar el perjuicio que los demandantes en el procedimiento arbitral alegan haber sufrido como consecuencia de la derogación, supuestamente contraria al TBI, del régimen de incentivos fiscales controvertido”<sup>95</sup>. En suma, la ayuda de Estado no se habría concedido con anterioridad de la adhesión de Rumanía a la UE, sino en un momento posterior que coincide con la fecha de emisión del laudo por parte del órgano arbitral administrado por el CIADI (una vez que Rumanía ya formaba parte de la UE).

Asimismo, el TJUE aprovechó esta sentencia para volver a recordar su jurisprudencia iniciada en el caso *República Eslovaca c. Achmea* e insistir en la necesidad de respetar el principio de autonomía del Derecho de la UE. En efecto, al tratarse de un arbitraje de inversión sustanciado sobre la base de un APPRI intra-UE (el APPRI celebrado entre Suecia y Rumanía, de 29 de mayo de 2002), el TJUE afirmó con rotundidad que, a partir de la fecha de adhesión de Rumanía a la UE<sup>96</sup> y a los efectos de garantizar que los arbitrajes de inversión intra-UE “sean dirimidos de un modo que garantice la plena eficacia”<sup>97</sup> del Derecho de la UE, “el sistema de vías de recurso judicial previsto por los Tratados UE y FUE sustituyó a dicho procedimiento de arbitraje, [y] el consentimiento dado a tal efecto por dicho Estado carece en lo sucesivo de todo objeto”<sup>98</sup>.

Aunque el caso *Micula* haya sido remitido al TG para que dicte una nueva sentencia sobre el fondo de la controversia, no cabe descartar que este litigio pueda conocer ulteriores desarrollos ante el TJUE. Primero, porque el Tribunal de Apelación de Bruselas<sup>99</sup> está a la espera de que se resuelva el caso que pende ahora ante el TG para remitir una cuestión prejudicial en donde se diriman las relaciones entre el Derecho de la UE y el régimen de ejecución de los laudos arbitrales establecido en el Convenio CIA-DI<sup>100</sup>. Segundo, porque después de que el Tribunal Supremo del Reino Unido haya reconocido la ejecución del laudo arbitral del CIADI en el caso *Micula*<sup>101</sup>, la Comisión Europea informó el 9 de febrero de 2022 que iniciaba un procedimiento por incumplimiento del Derecho de la UE contra el Reino Unido<sup>102</sup>. Y, tercero, conviene plantearse si este caso puede generar un “efecto llamada” sobre otros arbitrajes de inversión intra-UE que hayan resultado desfavorables para los Estados miembros de la UE. En particular, hay que señalar que la Comisión Europea inició un procedimiento de investigación el 19 de julio de

<sup>93</sup> STG 18 de junio de 2019, *European Food S.A., Starmill S.R.L., Multipack S.R.L., Scandic Distilleries S.A., Ioan Micula, Viorel Micula, European Drinks S.A., Rieni Drinks S.A., Transilvania General Import-Export S.R.L., West Leasing International S.R.L. c. Comisión Europea*, T-624/15, T-694/15 y T-704/15, ECLI:EU:T:2019:423, apdo. 109.

<sup>94</sup> STJUE 25 de enero de 2022, *Comisión Europea c. European Food S.A., Starmill S.R.L., Multipack S.R.L., Scandic Distilleries S.A., Ioan Micula, Viorel Micula, European Drinks S.A., Rieni Drinks S.A., Transilvania General Import-Export S.R.L., West Leasing International S.R.L.*, C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50, apdo. 123.

<sup>95</sup> *Ibid.*, apdo. 124.

<sup>96</sup> Conviene recordar que Rumanía es parte del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE: ver *supra*, párr. 16 de este trabajo.

<sup>97</sup> STJUE 25 de enero de 2022, *Comisión Europea c. European Food S.A., Starmill S.R.L., Multipack S.R.L., Scandic Distilleries S.A., Ioan Micula, Viorel Micula, European Drinks S.A., Rieni Drinks S.A., Transilvania General Import-Export S.R.L., West Leasing International S.R.L.*, C-638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50, apdo. 139.

<sup>98</sup> *Ibid.*, apdo. 145.

<sup>99</sup> Sentencia de 12 de marzo de 2019 del Tribunal de Apelación de Bruselas, casos n° 2016/AR/393 y n° 2016/AR/394.

<sup>100</sup> *BOE* de 13 de septiembre de 1994.

<sup>101</sup> Sentencia de 19 de febrero de 2020 del Tribunal Supremo del Reino Unido [2020] UKSC 5.

<sup>102</sup> “Sincere cooperation and primacy of EU law: Commission refers UK to EU Court of Justice over a UK Judgment allowing enforcement of an arbitral award granting illegal State aid”, Nota de prensa de 9 de febrero de 2022.



2021<sup>103</sup> para determinar si España ha incumplido sus obligaciones derivadas del artículo 107 del TFUE en materia de ayudas de Estado, por hechos similares a los descritos en el caso *Micula*<sup>104</sup>.

### III. El caso *Polonia c. PL Holdings*: un paso más en la delimitación del “arbitraje admisible” para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través del principio de autonomía

27. Toda este cuerpo de jurisprudencia, como puede comprobarse por su contenido resumido de manera sintética en las anteriores líneas, ha creado las condiciones necesarias para que el TJUE proceda a afirmar con rotundidad la autonomía del Derecho de la UE en los litigios que se refieren a la compatibilidad con este ordenamiento jurídico del arbitraje de inversión intra-UE ya sea instituido a partir de un APPRI intra-UE ya sea originado sobre la base del TCE.

En efecto, en el caso *República Eslovaca c. Achmea* fue un APPRI intra-UE quien generó la controversia, mientras que en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* se trataba del TCE. En este epígrafe se expone cómo el TJUE ha dado continuidad a esta línea jurisprudencial (la “saga *Achmea*”) en el caso *Polonia c. PL Holdings*.

#### 1. Marco fáctico en el caso *Polonia c. PL Holdings*: un intento de “cortocircuitar” la doctrina asentada en el caso *Achmea* apelando al Derecho interno de los Estados miembros y al principio de autonomía de la voluntad de las partes en un contrato

28. El 27 de febrero de 2020 el Tribunal Supremo de Suecia remitió al TJUE una cuestión prejudicial (caso *Polonia c. PL Holdings*) que tenía por objeto determinar las consecuencias de la doctrina asentada en el caso *Achmea* en el marco de un arbitraje de inversión intra-UE. A diferencia de los anteriores precedentes, sin embargo, en el caso *Polonia c. PL Holdings* no se discutía sobre la aplicación de un APPRI intra-UE ni del TCE, a pesar de que la controversia inicial había sido planteada ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, CCE) por un inversor de nacionalidad luxemburguesa contra Polonia a la luz del APPRI celebrado entre Polonia y la Unión belgo-luxemburguesa, de 19 de mayo de 1987. El caso *Polonia c. PL Holdings* planteaba como novedad la existencia de un convenio arbitral *ad hoc* sobre el que se había fundamentado el arbitraje de inversión.

El procedimiento arbitral que da origen al litigio sustanciado ante el TJUE culminó con un laudo donde se reconocía la responsabilidad internacional de Polonia por el incumplimiento de la obligación internacional prevista en el citado tratado de no expropiar de manera injustificada y discriminatoria<sup>105</sup>, estableciendo una indemnización a favor de la demandante<sup>106</sup>. Polonia acudió a los tribunales suecos (el Tribunal de Apelación de Estocolmo), los competentes en razón de la sede del arbitraje, para solicitar la anulación del laudo alegando, entre otras razones, que el APPRI celebrado entre Polonia y la Unión belgo-luxemburguesa estaba vulnerando la autonomía, la plena eficacia y la aplicación uniforme del Derecho de la UE al permitir el arbitraje de inversión intra-UE. De hecho, mientras este litigio era ventilado por el órgano sueco competente, el TJUE dictó su sentencia en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, lo que vino a reforzar la posición jurídica mantenida por Polonia ante los tribunales suecos. Huelga señalar

<sup>103</sup> DO C 450, de 5 de noviembre de 2021.

<sup>104</sup> De la misma forma que sucede en el caso *Micula*, se trata de una investigación que pretende determinar si el laudo dictado por un órgano arbitral del CIADI en *Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Energía Termosolar B.V. (anteriormente, Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Antin Energía Termosolar B.V.) c. Reino de España* (caso CIADI nº ARB/13/31, Laudo de 15 de junio de 2018, rectificado el 29 de enero de 2019), supone una ayuda de Estado contraria al Derecho de la UE. El citado laudo reconoce a las empresas demandantes una indemnización que asciende a 114.900.983 euros calculados el 17 de abril de 2019, esto es, el día de la notificación realizada por España a la Comisión Europea (aunque desde entonces se han acumulado más intereses post-laudo).

<sup>105</sup> *PL Holdings S.à r.l. c. República de Polonia* (caso CCE nº V 2014/163, Laudo parcial de 28 de junio de 2017, párrs. 320-323).

<sup>106</sup> *PL Holdings S.à r.l. c. República de Polonia* (caso CCE nº V 2014/163, Laudo final de 28 de septiembre de 2017, párr. 30).

que la anulación del laudo hubiera permitido a Polonia evitar su ejecución con arreglo a lo establecido en el artículo V.1.e) del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras<sup>107</sup>.

**29.** El órgano judicial sueco desestimó el recurso presentado por Polonia, a pesar de reconocer la aplicación de la doctrina que el TJUE había marcado en el caso *República Eslovaca c. Achmea*. En otras palabras, se estimó la invalidez de la cláusula de sometimiento al arbitraje de inversión intra-UE prevista en el APPRI controvertido, en línea con la jurisprudencia del TJUE. No obstante, aceptando los argumentos presentados por el inversor extranjero, el Tribunal de Apelación de Estocolmo consideró que esta invalidez no impedía que un Estado miembro y un inversor celebraran (de forma expresa o implícita) un convenio arbitral para resolver la misma controversia, siempre que la ley de la sede del arbitraje previera esta posibilidad.

En tal caso se trataría de un convenio arbitral basado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, esto es, de un convenio arbitral celebrado conforme a principios similares a los que jalonan el arbitraje comercial, que ha sido aceptado por el TJUE<sup>108</sup>. Afirmó el Tribunal de Apelación de Estocolmo que: “*Since the TFEU thus does not preclude arbitration agreements between a Member State and an investor in a particular case, a Member State is, based on party autonomy, free -even though the Member State is not bound by a standing offer as such as that in article 8 of the Achmea case or article 9 in this case- to enter into an arbitration agreement with an investor regarding the same dispute at a later stage, e.g. when the investor has initiated arbitral proceedings. An arbitration agreement and arbitral proceedings between, on the one hand, an investor from a Member State and, on the other hand, a Member State, is therefore as such not in violation of the TFEU*”<sup>109</sup>.

Es aquí precisamente donde radica la principal novedad que presenta el caso *Polonia c. PL Holdings*. Para tratar de eludir los efectos (potencialmente devastadores para sus pretensiones jurídicas) resultantes de la aplicación de la doctrina plasmada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, el inversor extranjero planteó la existencia de una suerte de desdoblamiento del consentimiento al arbitraje de inversión con arreglo a la Ley de Arbitraje de Suecia. En efecto, conforme a esta línea argumental, Polonia no solo habría manifestado su consentimiento al arbitraje de inversión en el APPRI celebrado entre Polonia y la Unión belgo-luxemburguesa, sino que la invalidez de esa cláusula (siguiendo la lógica argumentativa dispuesta en el caso *República Eslovaca c. Achmea*) no impedía la existencia de otro convenio arbitral paralelo basado en el Derecho interno del Estado de sede del arbitraje. Y la validez de este segundo convenio arbitral, basado en la Ley de Arbitraje de Suecia, no podría discutirse, entre otras razones, porque Polonia no se había opuesto a la jurisdicción del órgano arbitral en tiempo y forma, concretamente alegando la incompatibilidad del convenio arbitral con el Derecho de la UE como argumento para rechazar la jurisdicción del órgano arbitral<sup>110</sup>.

**30.** Polonia recurrió esta decisión del Tribunal de Apelación de Estocolmo ante el Tribunal Supremo de Suecia, el órgano remitente de la cuestión prejudicial, reiterando la necesidad de aplicar

<sup>107</sup> BOE de 11 de julio de 1977.

<sup>108</sup> Ver *supra*, apartado II.1 de este trabajo.

<sup>109</sup> Sentencia de 22 de febrero de 2019 del Tribunal de Apelación de Estocolmo, casos nº T 8538-17 y nº T 12033-17, párr. 5.2.3 (traducción no oficial proporcionada por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo).

<sup>110</sup> A diferencia de lo sucedido en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, “*The Court of Appeal also notes that the German Federal Court (Bundesgerichtshof), after having received the preliminary ruling from the CJEU in the Achmea ruling in the decision of 31 October 2018 in the case between Slovakia and Achmea, took into account that Slovakia, when the arbitration was initiated, had objected against the arbitral tribunal’s jurisdiction on grounds that the arbitration clause was incompatible with EU law, and that the objection had been maintained throughout the proceedings. The Court found that this meant that Slovakia had not acted in a manner whereby Achmea had reason to believe that Slovakia had accepted the existence of a valid arbitration agreement (paragraph 58). The Court pointed out that it had no relevance if Slovakia, in a dispute with another investor, would waive their objection that the arbitration clause was invalid, since it is permissible to have different strategies in different disputes (paragraph 57). Even if German and Swedish law differs in certain regards, the German ruling supports the conclusion that it is relevant for the question of the validity of the arbitration agreement whether an objection based on EU law was timely submitted. The Court of Appeal therefore concludes that Poland raised its objection that no valid arbitration agreement existed in an untimely manner, and that this objection is therefore precluded, i.e. Poland must be considered to have waived its right to raise the objection as per section 34, second paragraph of the SAA*”: ver *Ibid.*, párr. 5.2.8.

la jurisprudencia asentada por el TJUE en el caso *República Eslovaca c. Achmea*. El principio de autonomía de la voluntad de las partes consagrado en la Ley de Arbitraje de Suecia, que habría dado lugar al convenio arbitral tácito y que justificaría el recurso al arbitraje de inversión, no podía menoscabar el principio de autonomía del Derecho de la UE excluyendo a este arbitraje de inversión intra-UE del control jurisdiccional del TJUE<sup>111</sup>.

Una eventual admisión de este argumento favorable al principio de autonomía de la voluntad de las partes supondría, en definitiva, un límite importante al alcance de la jurisprudencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea* y, como resultado de lo anterior, permitiría “cortocircuitar” sus efectos en el ordenamiento jurídico de la UE, abriendo una vía de agua en lo que atañe a la protección del principio de autonomía del Derecho de la UE. En este contexto, el Tribunal Supremo de Suecia planteó al TJUE la cuestión<sup>112</sup> de si este desdoblamiento en la manifestación del consentimiento al arbitraje de inversión, con fundamento jurídico en el Derecho sueco, podía resultar conforme con el Derecho de la UE a la luz de la jurisprudencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*.

## 2. Marco jurídico en el caso *Polonia c. PL Holdings*: la inevitable reducción del ámbito de aplicación del arbitraje en el Derecho de la Unión Europea

31. La cuestión prejudicial dirigida al TJUE por el Tribunal Supremo de Suecia, por lo tanto, presentaba como elemento de interés la posible delimitación o concreción del alcance jurídico de la sentencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, especialmente para aquellos arbitrajes de inversión cuya sede radica en un Estado miembro de la UE y que no se someten a las reglas procesales del CIADI.

En efecto, las tres cuestiones prejudiciales examinadas con más detalle en este trabajo (*República Eslovaca c. Achmea*, *República de Moldavia c. Komstroy* y *Polonia c. PL Holdings*) tienen ese denominador común. Se trata de arbitrajes de inversión administrados fuera del marco institucional del CIADI, cuya ejecución y eventual anulación se ha planteado ante los tribunales internos del Estado miembro (Alemania, Francia y Suecia, respectivamente) donde tuvo su sede el arbitraje<sup>113</sup>.

32. Por su parte, estos tres precedentes difieren en el instrumento jurídico por el que se manifiesta el consentimiento al arbitraje de inversión. A tenor de la respuesta que el TJUE había dado en *República Eslovaca c. Achmea* (consentimiento manifestado a través de un APPRI intra-UE) y *República de Moldavia c. Komstroy* (consentimiento manifestado a través del TCE), el inversor extranjero trató en *Polonia c. PL Holdings* de encontrar una base jurídica distinta. Con ello pretendía evitar que el TJUE se pronunciara en los mismos términos que en los citados casos, declarando que el consentimiento al arbitraje expresado era contrario al Derecho de la UE. De ahí que buscara investir a este consentimiento con una dimensión cuasi-privada, más próxima al arbitraje comercial<sup>114</sup>.

Una de las cuestiones que suele suscitar problemas en la práctica del arbitraje de inversión es la presentación de reclamaciones contractuales que se sirven de la “*umbrella clause*” prevista en muchos APPRI para acceder a la protección de carácter convencional que otorgan estos tratados internacionales.

<sup>111</sup> No deja de ser llamativo, haciendo un breve *excursus*, que Polonia defendiera ante los tribunales suecos con tanto entusiasmo el principio de autonomía del Derecho de la UE, cuando su Tribunal Constitucional no parece tener tan claras las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo, en particular, la primacía del Derecho de la UE: ver Sentencia de 7 de octubre de 2021 del Tribunal Constitucional de Polonia, caso nº K3/21.

<sup>112</sup> La cuestión prejudicial, en concreto, se formuló de la siguiente manera: “¿Implican los artículos 267 TFUE y 344 TFUE, tal como han sido interpretados en [la sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158)], que un convenio arbitral es inválido si ha sido celebrado entre un Estado miembro y un inversor -cuando en un acuerdo de inversión existe una cláusula arbitral que es inválida debido a que el acuerdo se ha celebrado entre dos Estados miembros- al no haber propuesto el Estado miembro, en ejercicio de su libre voluntad, una excepción de incompetencia después de que el inversor presentara su solicitud de arbitraje?”.

<sup>113</sup> Aunque no debe descartarse que estas mismas conclusiones también sean aplicables a los arbitrajes de inversión administrados por el CIADI que pretendan ser ejecutados en un Estado miembro de la UE o, mientras quepa iniciar un procedimiento por incumplimiento en su contra ante el TJUE, el Reino Unido: ver *supra*, párr. 26 de este trabajo.

<sup>114</sup> Ver *supra*, apartado II.1 de este trabajo.

les<sup>115</sup>. Pues bien, en *Polonia c. PL Holdings* las líneas maestras que fundamentan las pretensiones del inversor extranjero siguen una lógica muy similar a la anterior, pero a la inversa. Ante la incompatibilidad con el Derecho de la UE que presentan los arbitrajes de inversión intra-UE de carácter convencional (conforme a la jurisprudencia dictada por el TJUE en *República Eslovaca c. Achmea* y *República de Moldavia c. Komstroy*), en *Polonia c. PL Holdings* el inversor trató de “degradar” una reclamación convencional (basada en un APPRI intra-UE) a la naturaleza de reclamación contractual (basada en un acuerdo *ad hoc* fundado en la Ley de Arbitraje de Suecia) con el objeto de que esta última pasara desapercibida bajo el umbral que el TJUE ha establecido para decretar la incompatibilidad del arbitraje de inversión intra-UE con el Derecho de la UE.

En este sentido, algunos Estados miembros (Polonia, Italia, Hungría, Países Bajos y Eslovaquia) y la Comisión Europea alegaron durante el procedimiento prejudicial que no podía hacerse esta equiparación entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión nacido de un acuerdo *ad hoc* entre las partes, puesto que “el asunto del procedimiento principal no es un litigio comercial entre partes en posición de igualdad, sino que se refiere al ejercicio de competencias de soberanía por parte de las autoridades polacas. Cuando un particular está sometido a una medida soberana -en este caso, de los supervisores bancarios- no puede hablarse de libre voluntad, al menos no por parte del particular. Por esta sola razón ya parece poco probable que respecto de dicha medida un Estado miembro celebre posteriormente por su propia voluntad un convenio arbitral con el particular”<sup>116</sup>.

El carácter público que presenta el arbitraje de inversión es uno de los rasgos que, a nuestro juicio, permiten justificar en buen derecho la aproximación mantenida por el TJUE. Con independencia de que el convenio arbitral se haya celebrado de manera *ad hoc*, no es menos cierto que el mismo trae causa de una relación jurídica que vincula a un particular con un Estado, actuando este último como sujeto de DI público. Las decisiones dictadas por el órgano de solución de las controversias convenido por las partes en un litigio de esta naturaleza deberían ser objeto de un control de legalidad más estricto, a los ojos del TJUE, que las controversias entre particulares resueltas mediante el arbitraje comercial<sup>117</sup>.

**33.** El TJUE dejó en manos del Tribunal Supremo de Suecia la determinación de la relevancia jurídica de “las objeciones formuladas por la República de Polonia a lo largo de todo el procedimiento arbitral para determinar la posible existencia de la voluntad de dicho Estado miembro de celebrar, a pesar de la nulidad de la cláusula arbitral que se recoge en el artículo 9 del TBI y, por tanto, del fundamento jurídico invocado por PL Holdings para iniciar el procedimiento arbitral, un convenio arbitral *ad hoc* de idéntico contenido a la cláusula mencionada. En concreto, dicho órgano jurisdiccional deberá asegurarse de que la solicitud de arbitraje de PL Holdings de 28 de noviembre de 2014, según el artículo 2 del Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la SCC de 2010, permite, junto con la conducta posterior de la República de Polonia, deducir claramente la existencia de un convenio arbitral *ad hoc*

<sup>115</sup> Con carácter general, sobre los problemas que plantea la “*umbrella clause*” en el DI de las inversiones: ver A.C. SINCLAIR, “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434; K. YANNACA-SMALL, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, *OECD Working Papers on International Investment*, n° 3, 2006, pp. 1-29; S.W. SCHILL, “Umbrella Clauses as Public Law Concepts in Comparative Perspective”, en S.W. SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 317-344; y A. RIGO, “The Umbrella Clause”, en M. KINNEAR, G.R. FISCHER, J. MÍNGUEZ ALMEIDA, L.F. TORRES y M. URAN BIDEGAIN (eds.), *Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 375-387.

<sup>116</sup> Conclusiones de la Abogada General Kokott, 22 de abril de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:321, punto 54.

<sup>117</sup> Quedaría pendiente determinar la situación de aquellas controversias resueltas mediante un arbitraje comercial en las que interviene una empresa pública que no ejerce funciones estatales (desde el punto de vista del Derecho de la responsabilidad internacional del Estado). Como dispone el comentario al artículo 5 de los Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el hecho de que “*an entity can be classified as public or private according to the criteria of a given legal system, the existence of a greater or lesser State participation in its capital, or, more generally, in the ownership of its assets, the fact that it is not subject to executive control—these are not decisive criteria for the purpose of attribution of the entity’s conduct to the State. Instead, article 5 refers to the true common feature, namely that these entities are empowered, if only to a limited extent or in a specific context, to exercise specified elements of governmental authority*”: ver *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part 2, p. 43.

entre aquel inversor y la República de Polonia, y de que, por tanto, esta ha tenido la posibilidad de impugnar eficazmente la validez de tal convenio ante el tribunal arbitral podía concluirse que Polonia<sup>118</sup>.

Si el Tribunal Supremo de Suecia llegaba a la conclusión de que este convenio arbitral tácito no era válido de conformidad con la Ley de Arbitraje de Suecia, el caso debía ser resuelto a favor de Polonia. Para cubrir el supuesto contrario (esto es, que se concluyera por parte del Tribunal Supremo de Suecia la validez del convenio arbitral), el TJUE entró a examinar en su sentencia si este último podía resultar conforme con el Derecho de la UE y, en particular, con el principio de autonomía.

Para desarrollar este análisis partió de lo establecido en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, recordando que mediante un APPRI intra-UE los Estados miembros pueden excluir del control judicial previsto por el Derecho originario un ámbito integrado en el Derecho de la UE, de tal forma que este “acuerdo puede impedir que esos litigios sean dirimidos de un modo que garantice la plena eficacia de ese Derecho”<sup>119</sup>.

En la misma línea de principio afirmó el TJUE que aquella “cláusula arbitral puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho de la Unión, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE. Así pues, dicha cláusula no es compatible con el principio de cooperación leal que establece el artículo 4 TUE, apartado 3, párrafo primero, y vulnera la autonomía del Derecho de la Unión consagrada, entre otros, en el artículo 344 TFUE”<sup>120</sup>. En consecuencia, aceptar el convenio arbitral *ad hoc* basado en la Ley de Arbitraje de Suecia supondría “en realidad eludir las obligaciones que para ese Estado miembro se derivan de los Tratados y, más concretamente, del artículo 4 TUE, apartado 3, y de los artículos 267 TFUE y 344 TFUE”<sup>121</sup>.

**34.** Al margen de mantener y reforzar en esta sentencia su concepción estricta del principio de autonomía del Derecho de la UE, de la que solo el Dictamen 1/17 se escapa por las razones indicadas *supra*<sup>122</sup>, dos cuestiones adicionales que redundan en esta idea merecen ser objeto de comentario y reflexión.

En primer lugar, el TJUE rechazó limitar en el tiempo los efectos de su sentencia, es decir, como argumento alternativo el inversor había solicitado al TJUE que si respondía a la cuestión prejudicial en el sentido de afirmar el principio de autonomía del Derecho de la UE y declarar la invalidez del convenio arbitral *ad hoc*, esta decisión no afectase a los procedimientos de arbitraje que se hubieran incoado de buena fe sobre la base de convenios arbitrales *ad hoc* celebrados con anterioridad a la sentencia. Una decisión de esta naturaleza hubiera mantenido vivos los efectos jurídicos de los laudos arbitrales emitidos en este litigio.

La limitación temporal de los efectos de una sentencia es una medida que el TJUE ha aplicado excepcionalmente y en situaciones “muy concretas”<sup>123</sup> y “cuando exist[a] un riesgo de repercusiones económicas graves debidas, en particular, al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de la normativa que se consideraba válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las

<sup>118</sup> STJUE 20 de octubre de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, apdo. 42.

<sup>119</sup> *Ibid.*, apdo. 45.

<sup>120</sup> *Ibid.*, apdo. 46.

<sup>121</sup> *Ibid.*, apdo. 47, en relación con los apdos. 49-50.

<sup>122</sup> Ver *supra*, párrafo 24 de este trabajo.

<sup>123</sup> Entre la jurisprudencia más reciente: ver STJUE 27 de febrero de 2014, *Transportes Jordi Besora, S.L. c. Generalitat de Catalunya*, C-82/12, ECLI:EU:C:2014:108, apdo. 42; STJUE 22 de septiembre de 2016, *Microsoft Mobile Sales International Oy, anteriormente Nokia Italia SpA, Hewlett-Packard Italiana Srl, Telecom Italia SpA, Samsung Electronics Italia SpA, Dell SpA, Fastweb SpA, Sony Mobile Communications Italy SpA, Wind Telecomunicazioni SpA c. Ministero per i beni e le attività culturali, Società italiana degli autori ed editori, Istituto per la tutela dei diritti degli artisti interpreti esecutori, en liquidación, Associazione nazionale industrie cinematografiche audiovisive e multimediali, Associazione produttori televisivi*, C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717, apdo. 61; STJUE 14 de marzo de 2019, *Vantaan kaupunki c. Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy*, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, apdo. 57; STJUE 10 de julio de 2019, *WESTbahn Management GmbH c. ÖBB-Infrastruktur AG*, C-210/18, ECLI:EU:C:2019:586, apdo. 46; STJUE 3 de octubre de 2019, *Minoo Schuch-Ghannadan c. Medizinische Universität Wien*, C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, apdo. 62; y STJUE 17 de marzo de 2021, *Academia de Studii Economice din București c. Organismul Intermediar pentru Programul Operațional Capital Uman - Ministerul Educației Naționale*, C-585/19, ECLI:EU:C:2021:210, apdo. 80.

disposiciones del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los propios comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión”<sup>124</sup>. El TJUE, en esta línea, entendió que no procedía admitir la solicitud porque supondría desvirtuar los efectos de la jurisprudencia dictada en el caso *República Eslovaca c. Achmea*<sup>125</sup>.

Y, en segundo lugar, el TJUE afirmó que su sentencia solo se limitaba a declarar la no conformidad con el Derecho de la UE de los convenios arbitrales *ad hoc* “celebrados en circunstancias como las que son objeto del litigio principal”<sup>126</sup>. Esta afirmación vendría a significar, si se realiza una interpretación literal de la misma, que los contratos de inversión celebrados entre un Estado y un particular en donde se somete la solución de una controversia derivada del mismo al arbitraje de inversión no quedarían afectados por la jurisprudencia dictada en *Polonia c. PL Holdings*.

No obstante, la conclusión a la que acabamos de llegar podría no compadecerse muy bien con lo afirmado por el TJUE en otro apartado de la sentencia, en donde esta institución puntualizó que “*cualquier intento* por parte de un Estado miembro de subsanar la nulidad de una cláusula arbitral mediante un convenio con un inversor de otro Estado miembro contravendría la obligación del primer Estado miembro de impugnar la validez de la cláusula arbitral y podría viciar de ilegalidad la causa misma de dicho convenio, porque esta sería contraria a las disposiciones y principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico de la Unión”<sup>127</sup>. De lo anterior podría inferirse una actitud mucho más beligerante del TJUE en lo tocante a los contratos de inversión.

A este respecto, merece la pena recordar las palabras del Abogado General Wathelet en el caso *República Eslovaca c. Achmea*, advirtiendo que si “se siguiera la lógica de la Comisión, cualquier arbitraje podría menoscabar el orden de competencias establecido por los Tratados UE y FUE y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión”<sup>128</sup>. En definitiva, *Polonia c. PL Holdings* plantea nuevos límites materiales al “arbitraje admisible” desde la perspectiva del principio de autonomía del Derecho de la UE. La práctica del TJUE podrá, en su caso, esclarecerlos en un futuro.

**35.** Sea como fuere, no cabe duda de que este precedente constituye un nuevo hito en lo que se puede ya considerar como la “saga *Achmea*”. Una saga que continuará ocupando la actividad del TJUE (entre otros precedentes, mediante el Dictamen 1/20 y el caso *Micula*).

#### IV. Reflexiones finales sobre el impacto de la “saga *Achmea*”

**36.** Para finalizar, se efectúan varias reflexiones sobre el impacto que está generando la “saga *Achmea*” tanto en el Derecho de la UE como desde la perspectiva del DI de las inversiones.

**37.** En el plano del Derecho de la UE, en primer lugar, parece evidente que a través de las decisiones dictadas en la “saga *Achmea*” el TJUE se ha alineado con la posición que mantiene la Comisión Europea respecto a la necesidad de poner fin al arbitraje de inversión intra-UE. El principio de autonomía del Derecho de la UE, entre otros, ocupa un lugar preponderante en la argumentación que viene desarrollando el TJUE para fundamentar esta aproximación tan protectora del “polo comunitario”. Ambas instituciones no rechazan de plano el arbitraje de inversión (así lo demuestra el Dictamen 1/17), sino solo aquel arbitraje de inversión intra-UE que se sustrae al control judicial establecido por

<sup>124</sup> STJUE 20 de octubre de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, apdo. 60.

<sup>125</sup> *Ibid.*, apdos. 65-67.

<sup>126</sup> *Ibid.*, apdo. 67.

<sup>127</sup> *Ibid.*, apdo. 54 (cursiva añadida). Una afirmación que puede relacionarse con la conclusión alcanzada por la Abogada General en este litigio, quien manifestó que “el reconocimiento de convenios arbitrales individuales entre Estados miembros e inversores de otros Estados miembros crearía un riesgo de violación del Derecho de la Unión por parte de los tribunales arbitrales si los tribunales nacionales no pudieran garantizar que los laudos arbitrales respeten el Derecho de la Unión”: ver Conclusiones de la Abogada General Kokott, 22 de abril de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:321, punto 42.

<sup>128</sup> Conclusiones del Abogado General Wathelet, 19 de septiembre de 2017, *República Eslovaca c. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699, punto 260.

el Derecho originario y que crea situaciones que potencialmente pueden generar una discriminación para los particulares (piénsese en el distinto trato que han padecido los inversores españoles en energías renovables frente a los inversores internacionales radicados en otros Estados miembros de la UE). No obstante, como queda patente en *Polonia c. PL Holdings*, todavía está por definir para el TJUE si la distinción entre “*treaty claims*” y “*contract claims*” podría generar también situaciones discriminatorias que menoscabasen la virtualidad del principio de autonomía del Derecho de la UE.

En segundo lugar, el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE y las decisiones dictadas por el TJUE en el marco de la “saga *Achmea*” parecen ir logrando la progresiva eliminación del arbitraje de inversión intra-UE, la solución final pergeñada por la Comisión Europea<sup>129</sup>. En la práctica de la litigación comienzan a apreciarse algunas señales de esta tendencia, surgidas muchas de ellas con posterioridad a la sentencia dictada por el TJUE en el caso *Polonia c. PL Holdings*. El Tribunal Federal de Justicia alemán dictó una sentencia fechada el 17 de noviembre de 2021 mediante la que, en línea con los casos de la “saga *Achmea*”<sup>130</sup>, rechazaba que un APPRI intra-UE pudiera servir como base para iniciar un arbitraje de inversión<sup>131</sup>. El primer arbitraje de inversión entablado contra Dinamarca por un inversor lituano (registrado el 18 de agosto de 2020) fue cerrado el 19 de noviembre de 2021 conforme a la regla de arbitraje 44 del CIADI<sup>132</sup>. El 8 de diciembre de 2021, a resultas de lo dispuesto por el TJUE en el caso *República de Moldavia c. Komstroy* y el caso *Polonia c. PL Holdings*, el Tribunal de Apelación de Estocolmo retiró la cuestión prejudicial que había planteado en el caso *República Italiana c. Athena Investments*<sup>133</sup>, un litigio que trae causa de un arbitraje de inversión intra-UE administrado por el Instituto de Arbitraje de la CCE y con fundamento en el TCE<sup>134</sup>. El Tribunal Supremo de Lituania ha afirmado la aplicación de la doctrina asentada en la “saga *Achmea*” en una sentencia dictada el 18 de enero de 2022<sup>135</sup>, correspondiente a un litigio planteado ante los tribunales lituanos que corre en paralelo a un arbitraje de inversión intra-UE que se sustancia ante un órgano arbitral del CIADI<sup>136</sup>. Por último, el Tribunal de Apelación de París, mediante una sentencia de 19 de abril de 2022, ha anulado el laudo arbitral dictado el 4 de marzo de 2020 en París<sup>137</sup>, relativo a un litigio que enfrentaba a inversores austriacos contra Polonia, precisamente invocando la jurisprudencia del TJUE en el caso *Polonia c. PL Holdings*<sup>138</sup>.

Y, en tercer lugar, no debe olvidarse que los inversores radicados en la UE pueden beneficiarse de los mecanismos de tutela jurisdiccional que les brindan no solo la UE y sus Estados miembros<sup>139</sup>, sino también el Consejo de Europa al calor de los principios de confianza mutua y equivalencia, respectivamente. Además de lo anterior, la Comisión Europea está trabajando en una iniciativa que permitiría

<sup>129</sup> Este acuerdo, en efecto, es citado expresamente por el TJUE en *Polonia c. PL Holdings*: ver STJUE 20 de octubre de 2021, *República de Polonia c. PL Holdings S.à r.l.*, C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, apdo. 46.

<sup>130</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 2021 del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, caso I ZB 16/21, párrs. 10-13.

<sup>131</sup> *Raiffeisen Bank International AG y Raiffeisenbank Austria d.d. c. República de Croacia* (caso CIADI n° ARB/17/34, Decisión de 30 de septiembre de 2020).

<sup>132</sup> En un escrito fechado el 8 de julio de 2020, el Ministerio de Justicia de Dinamarca le comunicaba al inversor de nacionalidad lituana que no podía invocar el APPRI celebrado entre Dinamarca y Lituania, de 30 de marzo de 1992, precisamente a la luz de la jurisprudencia dictada por el TJUE en el caso *República Eslovaca c. Achmea*.

<sup>133</sup> ATJUE 8 de diciembre de 2021, *República Italiana c. Athena Investments A/S (anteriormente, Greentech Energy Systems A/S) e.a.*, C-155/21, ECLI:EU:C:2021:1032, apdo. 2.

<sup>134</sup> *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR y NovEnergia II Italian Portfolio SA c. República Italiana* (caso CCE n° 2015/095, Laudo de 23 de diciembre de 2018).

<sup>135</sup> Sentencia de 18 de enero de 2022 del Tribunal Supremo de Lituania, caso n° 2-55-3-00961-2020-5.

<sup>136</sup> *Veolia Environnement S.A. y otros c. República de Lituania* (caso CIADI n° ARB/16/3).

<sup>137</sup> *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG y Syrena Immobilien Holding AG c. República de Polonia* (caso CIADI n° ADHOC/15/1, Laudo parcial de 4 de marzo de 2020).

<sup>138</sup> Sentencia de 19 de abril de 2022 del Tribunal de Apelación de París, caso n° RG 20/13085, párrs. 60-91.

<sup>139</sup> En este sentido, resulta muy ilustrativa la opinión disidente emitida por el profesor Marcelo Kohén al referirse a la protección que otorgan los APPRI frente al Derecho de la UE, donde señala que a su juicio no existe una distinción “*between Nationals of a Member State and Nationals of other EU Member States. In fact, “the need for international protection” for the latter does not exist for the EU-investors as they are already enjoying it by virtue of international treaties and international institutions -including a permanent judicial Court- and mechanisms, including a judicial system binding on all EU Member States*”: ver *Theodoros Adamakopoulos y otros c. República de Chipre* (caso CIADI n° ARB/15/49, Opinión disidente al laudo de 7 de febrero de 2020, párr. 27).

fomentar las inversiones intra-UE, unificando los estándares de protección sustantivos aplicables a los inversores radicados en todos los Estados miembros y estableciendo mecanismos administrativos o jurisdiccionales que permitan establecer un marco legal uniforme y eviten la asimetría jurídica que han dispensado los APPRI intra-UE<sup>140</sup>. La materialización de esta propuesta en sus dos vertientes (sustantiva y procesal), a medio plazo, eliminaría la dependencia y devoción que los inversores radicados en otros Estados miembros de la UE todavía parecen mantener respecto al arbitraje de inversión intra-UE en la práctica<sup>141</sup>.

En cualquier caso, la progresiva constricción y eliminación del arbitraje de inversión intra-UE no hace desaparecer el problema de fondo. Los inversores “extranjeros” hoy radicados en Alemania (o cualquier otro Estado miembro de la UE) que presentan un arbitraje de inversión intra-UE contra España en el marco del TCE, si así lo desean, podrán migrar hacia otras latitudes (Reino Unido o Suiza sin ir más lejos) para seguir “conservando su estatus” y disfrutar de la protección internacional brindada tanto por los APPRI existentes como por el TCE. De la misma forma, cabe plantearse si la negativa de los órganos judiciales de un Estado miembro de la UE a reconocer y ejecutar un laudo arbitral intra-UE, conforme a la jurisprudencia de la “saga *Achmea*”, podría tener consecuencias jurídicas en el ámbito del Consejo de Europa, esto es, si podría dar lugar a acciones judiciales ante los tribunales internos que eventualmente fuesen conocidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)<sup>142</sup>.

**38.** Desde la perspectiva del DI de las inversiones, y sin perjuicio de todo lo anterior, no cabe duda de que la posición adoptada por las instituciones de la UE respecto al arbitraje de inversión intra-UE no propicia la interacción entre los diversos regímenes normativos en presencia y, hasta cierto punto, conduce a situaciones contradictorias. En efecto, mientras que la Comisión Europea y el TJUE (en el Dictamen 1/17) aceptan que el Derecho de la UE sea excluido del derecho aplicable al arbitraje, como condición básica para que pueda constituirse un órgano arbitral de carácter internacional que no suponga una amenaza para el principio de autonomía del Derecho de la UE, por otra parte algunos Estados miembros de la UE abogan por considerar que el Derecho de la UE debe aplicarse al arbitraje de inversión intra-UE como parte de las normas de DI público.

En el caso más particular del TCE, no cabe duda de que el TJUE tiene competencia para interpretar este acuerdo internacional de carácter mixto que vincula a la UE y a todos sus Estados miembros (a excepción de Italia). Pero pretender extender los efectos jurídicos de una decisión dictada por el TJUE hacia otras partes contratantes del TCE que no son miembros de la UE (como Azerbaiyán, Reino Unido, Japón o Suiza, por poner solo cuatro ejemplos) resulta una empresa mucho más ardua en aplicación del principio de relatividad de los tratados internacionales. Ello sin perjuicio de que aquella decisión pueda tener cierto impacto político (y jurídico) sobre las partes contratantes que sí son miembros de la UE.

Piénsese, por ejemplo, en los efectos que podría haber generado el Dictamen 1/20, donde se solicitaba expresamente al TJUE que se pronunciara sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE del artículo 26 del TCE<sup>143</sup> (el precepto que sirve para que las partes contratantes del TCE otorguen su consentimiento al arbitraje de inversión), en el marco del proceso de modernización del TCE si el TJUE hubiese concluido finalmente que existía una incompatibilidad jurídica entre ambos en lo que atañe al arbitraje de inversión intra-UE.

<sup>140</sup> “Investment protection and facilitation framework”, Ref. Ares(2020)2716046, de 26 de mayo de 2020.

<sup>141</sup> Valgan como ejemplos de lo anterior los recientes arbitrajes de inversión intra-UE iniciados ante el CIADI durante el año 2022 (antes de la fecha de cierre de este trabajo): ver *Addiko Bank AG c. República de Eslovenia* (caso CIADI nº ARB/22/9, registrado el 30 de marzo de 2022); *WOC Photovoltaik Portfolio GmbH & Co. KG y otros c. Reino de España* (caso CIADI nº ARB/22/12, registrado el 5 de abril de 2022); *Aderlyne Limited c. Rumanía* (caso CIADI nº ARB/22/13, registrado el 3 de mayo de 2022); y *Plaza Centers N.V. c. Rumanía* (caso CIADI nº ARB/22/15, registrado el 3 de junio de 2022).

<sup>142</sup> Una reciente sentencia del TEDH ha declarado la responsabilidad internacional de Eslovaquia por una violación del derecho a la propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (*BOE* de 12 de enero de 1991). El hecho internacionalmente ilícito consistiría en que los tribunales internos del Estado habrían impedido el reconocimiento y la ejecución en su territorio de un laudo dictado en el marco de un arbitraje comercial internacional: ver *Caso de BTS Holding, A.S. c. Eslovaquia*, nº 55617/17, TEDH 2022.

<sup>143</sup> Ver *supra*, nota al pie 84 de este trabajo.



Tampoco parece que los argumentos expresados por el TJUE en el caso *República Eslovaca c. Achmea*<sup>144</sup> y el caso *República de Moldavia c. Komstroy*<sup>145</sup> hayan conmovido excesivamente a los órganos llamados a resolver arbitrajes de inversión intra-UE en el marco del TCE<sup>146</sup>; unos órganos que también son competentes para interpretar este tratado internacional desde la perspectiva del DI de las inversiones<sup>147</sup>. Como se manifestaba en el párrafo anterior, los efectos de la “saga *Achmea*” sí han permeado con más intensidad cuando son los tribunales internos de los Estados miembros de la UE quienes deben resolver la controversia (generalmente en la fase de ejecución del laudo)<sup>148</sup>.

La UE y sus Estados miembros están realizando un esfuerzo por adoptar soluciones integradoras en los tratados sobre protección de las inversiones que negocian con terceros Estados, en particular, reforzando los mecanismos de carácter procesal que permiten recurrir al arbitraje de inversión bajo unos parámetros más institucionales<sup>149</sup>. Pero todos estos avances no garantizan que se vaya a producir una mayor armonización (o, más bien, una menor asimetría) en el DI de las inversiones. Es más, los esfuerzos de la UE y sus Estados miembros por lograr un mecanismo de solución de controversias más institucionalizado podrían suponer, durante la negociación de un tratado sobre protección de las inversiones, concesiones a la contraparte en lo que atañe a los estándares de protección sustantivos. Aunque no es menos cierto que la institucionalización de los mecanismos de solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras (por ejemplo, mediante la creación de un órgano de apelaciones), puede contribuir en buena medida a reducir los riesgos que plantea la asimetría sustantiva en el DI de las inversiones.

**39.** En suma, las dos manifestaciones del principio de autonomía examinadas en este trabajo no parece que vayan a ceder y seguirán manteniendo un pulso que, por otra parte, constituye una evidencia del particularismo que caracteriza al DI contemporáneo. Bien es cierto que la UE (y sus Estados miembros) tienen una inmejorable ocasión para contribuir de manera constructiva al progresivo desarrollo del DI de las inversiones aportando su experiencia no solo en materia comercial, sino también su acervo en materia de tutela de los derechos fundamentales y promoción del Estado de derecho.

---

<sup>144</sup> *UP y C.D Holding Internationale (anteriormente, Le Cheque Dejeuner) c. Hungría* (caso CIADI nº ARB/13/35, Decisión sobre anulación de 11 de agosto de 2021, párrs. 114-124).

<sup>145</sup> *Mathias Kruck y otros c. Reino de España* (caso CIADI nº ARB/15/23, Decisión sobre la solicitud de reconsideración de 6 de diciembre de 2021, párr. 45); y *Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. y Rockhopper Mediterranean Ltd c. República Italiana* (caso CIADI nº ARB/17/14, Decisión sobre la solicitud de reconsideración de 20 de diciembre de 2021).

<sup>146</sup> Para un análisis sistemático de la práctica arbitral, así como de las implicaciones jurídicas que conlleva respecto a los principios de cosa juzgada y buena administración de justicia: ver L. ARAGONÉS MOLINA, “La reconsideración ante el CIADI: un mecanismo procesal para fomentar la corrección del laudo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 76-111.

<sup>147</sup> Una vez que este trabajo ya se había remitido a los editores de la revista para su evaluación, un órgano arbitral administrado por el Instituto de Arbitraje de la CCE rechazó su jurisdicción para conocer sobre un arbitraje de inversión intra-UE y aceptó los argumentos presentados por España relacionados con la idoneidad del Derecho de la UE a la hora de ponderar la competencia del órgano arbitral. Se trata de un arbitraje de inversión basado en el TCE y con sede en Estocolmo, es decir, un litigio que queda directamente bajo los efectos de la “saga *Achmea*”. Será necesario seguir de cerca el impacto que puede tener este laudo, en particular, para determinar si se extiende también a los arbitrajes de inversión administrados por el CIADI: ver *Green Power Partners K/S y SCE Solar Don Benito APS c. Reino de España* (caso CCE nº V 2016/135, Laudo de 16 de junio de 2022, párrs. 420-445).

<sup>148</sup> Se ha afirmado que el impacto jurídico de la “saga *Achmea*” no va más allá del Derecho de la UE, aunque como advertíamos estas decisiones también pueden producir efectos en el marco de la negociación por parte de la UE de futuros tratados sobre protección de las inversiones y, tras la emisión del laudo citado en la anterior nota al pie, debe considerarse el impacto que pueda tener el mismo en otros arbitrajes de inversión: ver J. ODERMATT, “Is EU Law International? Case C-741/19 *Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order*”, *European Papers*, vol. 6, nº 1 (2021), pp. 1255-1268.

<sup>149</sup> Una práctica que se reproduce en el marco de los trabajos desarrollados por el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: ver A/CN.9/1092, de 23 de marzo de 2022.