

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA REAFIRMA SU POSTURA CONTRA EL ARBITRAJE DE INVERSIONES INTRACOMUNITARIO: LAS SENTENCIAS KOMSTROY Y PL HOLDINGS TRAS LA SENTENCIA ACHMEA¹

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA

Socio de Cuatrecasas

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Mayo 2022

Págs. 127-142

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado dos sentencias, en la línea de su sentencia Achmea de 2018, por las que ha declarado la incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje de protección de inversiones intracomunitario derivado tanto del Tratado sobre la Carta de la Energía (sentencia «Komstroy», en forma de «dictum») como en el caso de existir un convenio arbitral «ad hoc» entre un inversor y un Estado miembro derivado de una cláusula de arbitraje de un Tratado de protección de inversiones intracomunitario (sentencia «PL Holdings»). El Tribunal entiende, siguiendo lo resuelto en la sentencia Achmea, que en esos dos contextos los tribunales arbitrales tienen que aplicar Derecho de la Unión Europea al fondo del caso sin poder presentar una cuestión prejudicial al propio Tribunal y sin que hubiera suficientes garantías del control de su aplicación del Derecho de la Unión Euro

Abstract: The Court of Justice of the European Union has rendered two decisions following the case law contained in its 2018 «Achmea» judgment, in which it has declared intra-EU investment arbitration incompatible with European Union Law in cases both under the Energy Charter Treaty («Komstroy» judgment, in «dictum») and in ad hoc arbitration agreements between investors and Member States that stem from an arbitration clause included in an intra-EU investment Treaty («PL Holdings» judgment). Following the Achmea judgment, the Court considers that in those contexts arbitral tribunals have to apply European Union Law to the merits of the case without being able to raise a preliminary ruling before the same Court and without sufficient guarantees of control in their application of European Union Law in proceedings aimed at annulling the award. The Court of Justice's position, aligned with the

1. El contenido de esta nota refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

pea en sede de anulación del laudo. La postura del Tribunal de Justicia, alineada con la posición tradicional de la Comisión Europea, parece abocar al planteamiento de reclamaciones de protección de inversiones intracomunitarias exclusivamente ante los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea.

Palabras clave: Arbitraje de inversiones – Inversiones intracomunitarias – Achmea – Cuestión prejudicial – Derecho de la Unión Europea.

long-standing European Commission's view, seems to compel to submit intra-EU investment claims exclusively before the courts of the Member States of the European Union.

Keywords: Investment arbitration – Intra-EU investments – Achmea – Preliminary ruling – EU Law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SENTENCIA «KOMSTROY»: UN «DICTUM» CONTRA LA APLICACIÓN INTRACOMUNITARIA DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA. 1. *El contexto fáctico de la decisión del TJUE en «Komstroy» y la falta de necesidad de un pronunciamiento en el caso concreto sobre las inversiones intracomunitarias.* 2. *El «dictum» de la sentencia Komstroy aplica la sentencia «Achmea» al TCE por analogía.* III. LA SENTENCIA «PL HOLDINGS» REAFIRMA LA DEFUNCIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES INTRACOMUNITARIOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES. 1. *La sentencia «PL Holdings» no permite un arbitraje de inversiones intracomunitario ni dando la vuelta al tradicional entendimiento de la oferta y la aceptación del arbitraje bajo un Tratado de protección de inversiones.* 2. *La sentencia «PL Holdings» aplica la sentencia «Achmea» por analogía para el caso que se entienda que efectivamente las partes celebraron un convenio arbitral «ad hoc».* IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En 2021 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») dictó dos sentencias en las que reafirmó la incompatibilidad del arbitraje de inversiones en relaciones intracomunitarias con el Derecho de la Unión Europea («DUE»), en la línea de su sentencia *Achmea* de 6 de marzo de 2018² (en los tres casos, dictadas por la Gran Sala). Por un lado, en la sentencia *Komstroy*, de 2 de septiembre de 2021³, el TJUE extendió al Tratado sobre la Carta de la Energía («TCE»)⁴ la declaración de incompatibilidad efectuada en la sentencia *Achmea* de los Tratados de protección de inversiones entre Estados miembros de la Unión Europea («UE») con los arts. 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), aunque el razonamiento figura en un *dictum*. Por otro lado, en su sentencia *PL Holdings*, de 26 de octubre de 2021⁵, el TJUE

2. *Slowakische Republik c. Achmea BV* (asunto C-284/16), sentencia de 6 de marzo de 2018 (ECLI: EU:C:2018:158).
3. *République de Moldavie c. Komstroy LLC* (asunto C-741/19), sentencia de 2 de septiembre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:655).
4. Hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1995; corrección de errores, BOE núm. 167, de 14 de julio de 1995).
5. *Republiken Polen c. PL Holdings Sàrl* (asunto C-109/20), sentencia de 26 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:875).

confirmó la doctrina *Achmea* para el caso de existir un convenio arbitral *ad hoc* entre un inversor y un Estado miembro de la UE con base en una cláusula de arbitraje de un Tratado de protección de inversiones intracomunitario.

Como decimos, el TJUE tuvo muy presente en ambos casos su fallo de la célebre sentencia *Achmea* en el sentido que los tribunales arbitrales cuyos laudos eran examinados por los tribunales estatales que plantearon las cuestiones prejudiciales al TJUE tenían que aplicar el DUE al fondo del caso, que ninguno de ellos podía presentar cuestiones prejudiciales al TJUE sobre la interpretación o validez del DUE y que no había suficientes garantías de control de la aplicación del DUE en sede de anulación de esos laudos arbitrales. Con estas sentencias, el TJUE ha confirmado la línea defendida por la Comisión Europea para la aplicación exclusiva del DUE en sentido material y procesal en las relaciones de inversión intracomunitarias y, en particular, la necesaria sumisión de este tipo de controversias a los tribunales de los Estados miembros de la UE.

Trataremos ambas sentencias por separado en esta nota-guía de lectura para observar con mayor nitidez sus peculiaridades y consecuencias jurídicas.

II. LA SENTENCIA «KOMSTROY»: UN «DICTUM» CONTRA LA APLICACIÓN INTRACOMUNITARIA DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA

1. EL CONTEXTO FÁCTICO DE LA DECISIÓN DEL TJUE EN «KOMSTROY» Y LA FALTA DE NECESIDAD DE UN PRONUNCIAMIENTO EN EL CASO CONCRETO SOBRE LAS INVERSIONES INTRACOMUNITARIAS

En su sentencia *Komstroy*, el TJUE resolvió una cuestión prejudicial elevada por la *Cour d'Appel* de París en el contexto de un procedimiento judicial de anulación de un laudo arbitral dictado bajo el TCE en la misma ciudad en el caso *Energcoalition Ltd. c. República de Moldavia*⁶. Las preguntas de la *Cour d'Appel* al TJUE en su petición de decisión prejudicial giraban en torno a determinar si una serie de contratos de compraventa de energía eléctrica entre una empresa ucraniana y una empresa pública moldava para su exportación a Moldavia constituía o no una inversión a los efectos del art. 1.6 (y, para la *Cour d'Appel*, del art. 26) del TCE⁷.

Como se puede comprender fácilmente de lo anterior, el pronunciamiento del TJUE sobre la inaplicabilidad del TCE en relaciones intracomunitarias no se realizó en la parte dispositiva de la sentencia, sino en un *dictum*⁸. La razón es que, desde luego, tal pronunciamiento no era necesario para la reso-

6. Vid. Laudo de 23 de octubre de 2013, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10494.pdf.

7. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartados 8-20.

8. En ese *dictum* el TJUE también indica que el TCE sí aplica, sin embargo, en casos que

lución de la cuestión prejudicial planteada en Francia, puesto que las partes en el arbitraje subyacente eran una sociedad ucraniana (sucedida en sus derechos y obligaciones por Komstroy) y Moldavia; esto es, se trataba de una disputa puramente extracomunitaria, para la que no se discutía ni se discute la aplicación del TCE. No extraña entonces que este punto no fuera planteado por la *Cour d'Appel* en su cuestión prejudicial, tal y como reconoció el propio TJUE en su sentencia⁹. En cualquier caso, es posible que el TJUE tenga que pronunciarse en el futuro de nuevo sobre este tema mediante sentencia o auto motivado si considerara en este último caso que la jurisprudencia está clara a partir de esta sentencia *Komstroy*¹⁰.

Lo cierto es que el TJUE empezó resolviendo la primera cuestión prejudicial planteada por la *Cour d'Appel* precisando, «como han observado varios Estados miembros que han participado en el procedimiento, (...) qué controversias entre una Parte contratante y un inversor de otra Parte contratante en relación con una inversión realizada por este en el territorio de la primera pueden someterse a un tribunal arbitral con arreglo al artículo 26 del TCE»¹¹, para negar a la postre que el TCE pueda aplicarse en situaciones de disputas de inversiones de inversores de un Estado miembro en otro Estado miembro de la UE. Parece notorio entonces que fueron varios Estados miembros quienes promovieron que el TJUE se pronunciara al respecto en esta sentencia a pesar de que, insistimos, no fuera necesario para resolver ninguna de las cuestiones prejudiciales planteadas por la *Cour d'Appel* de París¹².

No obstante, hay que señalar que, algo más arriba en esta sentencia, el TJUE consideró que debía responder a las cuestiones prejudiciales recordando su jurisprudencia por la que «cuando una disposición de un acuerdo interna-

impliquen a un Estado miembro con un inversor de un tercer Estado; vid. Sentencia *Komstroy*, apartado 65.

9. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartado 28.

10. Vid. art. 99 del Reglamento de Procedimiento del TJUE (DO n.º L 265, de 29 de septiembre de 2012). Vid. la solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica en virtud del art. 218.11 TFUE (Dictamen 1/20) sobre la compatibilidad del proyecto de TCE modernizado con los Tratados, especialmente los arts. 19 del Tratado de la Unión Europea («TUE») y 344 TFUE (DO n.º C 53, de 15 de febrero de 2021). Por su lado, el *Svea Hovrätt* de Suecia retiró la petición de decisión prejudicial que había planteado el 10 de marzo de 2021 en el contexto de la acción de anulación del laudo dictado bajo el TCE en el asunto *Athena Investments A/S (antigua Greentech Energy Systems A/S), NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, NovEnergia II Italian Portfolio SA c. República Italiana* (caso SCC n.º V 2015/095) (DO n.º C 206, de 31 de mayo de 2021) cuyas tres preguntas se referían a la compatibilidad del arbitraje de inversiones intracomunitario bajo el TCE con el DUE; el TJUE cerró el asunto el 8 de diciembre de 2021.

11. Sentencia *Komstroy*, apartado 40.

12. Como consta al comienzo de la sentencia, además de las partes, presentaron observaciones los Gobiernos de Alemania, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Países Bajos, Polonia y Suecia, así como el Consejo de la UE y la Comisión Europea.

cional puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho de la Unión como a situaciones no regidas por este Derecho, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que deba aplicarse dicha disposición»¹³, justificando así anticipadamente su decisión de tratar la aplicación intracomunitaria del TCE en un caso que no requería tal determinación. Sin embargo, esta afirmación aparece mezclada en esta sentencia con la desestimación por el mismo TJUE de las objeciones (por otro lado, infundadas) de varios Estados miembros de que el alto Tribunal pudiera interpretar el TCE en cualquier caso al entender esos Estados miembros que el DUE no era aplicable al asunto¹⁴. Todo lo anterior sugiere el carácter forzado de este *dictum* en el marco de un caso netamente extracomunitario.

2. EL «DICTUM» DE LA SENTENCIA *KOMSTROY* APLICA LA SENTENCIA «*ACHMEA*» AL TCE POR ANALOGÍA

Una vez justificada –a su manera– la necesidad de interpretar la aplicabilidad del TCE en relaciones de inversión intracomunitarias, como hemos visto, el TJUE recordó en esta sentencia *Komstroy* los fundamentos del sistema del DUE que ya recopiló en su disertación inicial de la sentencia *Achmea* antes de responder a las cuestiones prejudiciales de aquel caso y concluir en contra de la compatibilidad del arbitraje de inversiones intracomunitario con el DUE. El razonamiento en *Komstroy* es verdaderamente un calco del de *Achmea*.

En primer lugar, el TJUE señaló que un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la

13. Sentencia *Komstroy*, apartado 29.

14. Finlandia, Hungría y Suecia (además del Consejo de la UE) defendían que el TJUE no era competente para interpretar el TCE en los términos de la cuestión prejudicial toda vez que entendían que el DUE no era aplicable al caso. El TJUE desestimó este argumento manifestando que tiene competencia para interpretar los actos adoptados por las instituciones de la UE, uno de los cuales es el TCE por ser la UE parte en el mismo (*vid.* Sentencia *Komstroy*, apartados 21-27). Además, a nuestro juicio con acierto, el TJUE también justificó que resulta aplicable el TCE como DUE tanto en un caso de anulación de un laudo arbitral dictado en un procedimiento con sede en el territorio de un Estado miembro (apartados 31-32) como en el supuesto de que un inversor de un tercer Estado presente una reclamación ante los Tribunales de un Estado miembro contra ese mismo Estado de conformidad con el art. 26.2.a) TCE (apartado 31). El TJUE concluye afirmando que la elección de París como sede del arbitraje «tiene como consecuencia que el Derecho francés resulte aplicable al litigio principal como *lex fori* en las condiciones y dentro de los límites previstos por ese Derecho. En particular, en virtud del artículo 1520 del Código de Enjuiciamiento Civil, los órganos jurisdiccionales franceses son competentes para conocer de los recursos de anulación interpuestos contra un laudo arbitral dictado en Francia por falta de competencia del tribunal arbitral» (apartado 33, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 41).

autonomía del sistema jurídico de la UE, cuya observancia garantiza el TJUE. Este principio es reconocido, en particular, en el art. 344 TFUE, según el cual los Estados miembros de la UE se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos¹⁵.

En segundo lugar, el TJUE explicó que la autonomía del DUE, tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional, se justifica por las características esenciales de la UE y del DUE relativas, en particular, a la estructura constitucional de la UE y a la propia naturaleza del DUE. En este sentido, el TJUE recordó que el DUE se caracteriza por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos: estas características han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la UE y a sus Estados miembros y a los Estados miembros entre sí¹⁶.

Y, en tercer lugar, el TJUE indicó que, para asegurar la preservación de esas características específicas y de la autonomía del DUE, los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del DUE. Así, conforme al art. 19 TUE, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al TJUE garantizar la plena aplicación del DUE en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial efectiva que ese ordenamiento confiere a los justiciables, teniendo el TJUE la competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva del DUE mediante el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE, «piedra angular del sistema jurisdiccional» para garantizar su interpretación uniforme¹⁷.

A partir de estos fundamentos, el *dictum* siguió la misma lógica de tres preguntas que el TJUE usó en la sentencia *Achmea*, concluyendo de la misma manera en contra de la aplicación del TCE en relaciones intracomunitarias¹⁸.

15. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartado 42, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 32, y jurisprudencia citada.

16. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartado 43, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 33, y jurisprudencia citada; y cita del Dictamen 1/17 (*Acuerdo CETA UE-Canadá*), de 30 de abril de 2019 (ECLI:EU:C:2019:341), apartado 109, y jurisprudencia citada.

17. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartados 45-46, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartados 35-37, y jurisprudencia citada; y cita del Dictamen 1/17, apartado 111, y jurisprudencia citada.

18. Aunque aparece más tarde en el análisis, el TJUE entendió que, a pesar del carácter multilateral del TCE, en la práctica el art. 26 TCE regula las relaciones bilaterales entre dos Partes contratantes de manera análoga al art. 8 del tratado Países Bajos-Eslovaquia de la

Primera pregunta. El TJUE analizó si un tribunal arbitral en un caso intracomunitario bajo el TCE tiene que interpretar el DUE al resolver el fondo de un caso. Viendo la cláusula de ley aplicable establecida en el art. 26.6 del TCE, que indica que el tribunal arbitral tiene que decidir «con arreglo al presente Tratado» (además de con «las normas del Derecho internacional aplicables»), el TJUE determinó que ese tribunal arbitral está efectivamente llamado a «interpretar, e incluso aplicar» el DUE, dado que el TCE es un acto del DUE¹⁹.

Segunda pregunta. Al igual que hizo en la sentencia *Achmea*, el TJUE analizó si ese mismo tribunal arbitral en un caso intracomunitario está integrado en el sistema jurisdiccional de la UE. Siguiendo la misma argumentación que en *Achmea* (ahora simplificada), y tal y como se viene tradicionalmente indicando de los tribunales arbitrales en el contexto de la UE²⁰, el TJUE concluyó que no lo estaba, lo que lleva aparejado que el tribunal arbitral no pueda plantear una cuestión prejudicial al TJUE conforme al art. 267 TFUE²¹.

Tercera pregunta. También como en la sentencia *Achmea*, el TJUE revisó si el laudo dictado por el tribunal arbitral está sujeto al control de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE y si ese control puede asegurar el pleno respeto del DUE, incluida la presentación de una cuestión prejudicial al TJUE. Al igual que en la sentencia *Achmea*, el TJUE observó que el tribunal arbitral fija sus propias reglas y que, al elegir resolver la controversia mediante un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las partes habían aceptado que la sede del arbitraje fuera París, haciendo el Derecho francés aplicable al procedimiento de anulación si bien el Derecho francés solo permite un control limitado del laudo²².

Aunque el TJUE admitió, de nuevo como en la sentencia *Achmea*, que un acuerdo internacional que prevé la creación de un órgano jurisdiccional

Sentencia *Achmea* (vid. Sentencia *Komstroy*, apartado 64, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 58).

19. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartados 47-50. Vid. asimismo la Decisión del Consejo y de la Comisión de 23 de septiembre de 1997 relativa a la conclusión, por parte de las Comunidades Europeas, del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados (DO n.º L 69, de 9 de marzo de 1998). La analogía con *Achmea* no es completa porque, como veremos más tarde al analizar la Sentencia *PL Holdings*, la UE no es técnicamente parte de los Tratados de protección de inversiones intracomunitarios subyacentes tanto en *Achmea* como en *PL Holdings* y esos tratados tampoco son parte del DUE.
20. Recuérdense, sin embargo, las diferencias que presenta el *Tribunal Arbitral Tributário* portugués que llevó al TJUE a calificarlo como un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del art. 267 TFUE; vid. *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA c. Autoridade Tributária e Aduaneira*, sentencia del TJUE de 12 de junio de 2014 (ECLI:EU:C:2014:1754), apartados 22-35.
21. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartados 51-53, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartados 43, 46, 49, y jurisprudencia citada.
22. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartados 54-57.

encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculan a las instituciones de la UE, incluido el propio TJUE, no es, en principio, incompatible con el DUE²³, el TJUE rechazó las disposiciones en virtud de las cuales una controversia entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro relativa al DUE pueda quedar excluida del sistema jurisdiccional de la UE, de manera que no se garantice la plena eficacia del DUE, ponga en peligro la preservación de la autonomía y del carácter propio del DUE garantizado por el procedimiento de la cuestión prejudicial²⁴.

Por todo lo anterior, no es sorprendente que, habiendo seguido punto por punto el razonamiento efectuado en la sentencia *Achmea*, el TJUE concluyera en esta sentencia *Komstroy* que el art. 26.2.c) TCE «no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro»²⁵, desactivando entonces la aplicación del TCE en relaciones intracomunitarias.

Observamos finalmente que, antes de llegar a esa conclusión, el TJUE volvió a separar (como en la sentencia *Achmea*) el arbitraje comercial del arbitraje de inversiones en la medida en que este último deriva de un acuerdo de Estados miembros de la UE para sustraer un asunto de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el art. 19.1.2 TUE les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el DUE. El TJUE consideró, otra vez igual que en el asunto *Achmea*, que interpretar el art. 26 TCE como aplicable en relaciones intracomunitarias sería aceptar que la UE y los Estados miembros habrían establecido un mecanismo de resolución de controversias que podría impedir que estas sean dirimidas, a pesar de que pudiera referirse a la interpretación o aplicación del DUE, de un modo que garantice la plena eficacia del DUE²⁶. Las consecuencias de esta línea jurisprudencial del TJUE sobre el arbitraje comercial exceden los límites de esta nota y dejan abierto un importante interrogante en los casos en que un Estado miembro sea parte de un convenio arbitral inserto en un contrato comercial²⁷.

23. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartado 61, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 57.

24. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartados 62-63, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 58.

25. Sentencia *Komstroy*, apartado 66.

26. Vid. Sentencia *Komstroy*, apartados 59-60, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartados 55-56.

27. Para el TJUE el arbitraje comercial no queda exento de control alguno en materia de DUE, sino que el control ejercitado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, aunque limitado, debe permitir «que las disposiciones fundamentales del Derecho de la Unión puedan ser examinadas en el marco de dicho control y, en su caso, puedan ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia» (Sentencia *Komstroy*, apartado 58, con cita de la Sentencia *Achmea*, apartado 54). Vid., en este sentido, Gómez Jene, M., «Arbitraje europeo: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13(2), 2021, pp. 745-753.

III. LA SENTENCIA «PL HOLDINGS» REAFIRMA LA DEFUNCIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES INTRACOMUNITARIOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

1. LA SENTENCIA «PL HOLDINGS» NO PERMITE UN ARBITRAJE DE INVERSIONES INTRACOMUNITARIO NI DANDO LA VUELTA AL TRADICIONAL ENTENDIMIENTO DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE BAJO UN TRATADO DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Apenas un mes después de la sentencia *Komstroy*, el TJUE resolvió en su sentencia *PL Holdings*, como en el asunto *Achmea*, una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de los Tratados bilaterales intracomunitarios de protección de inversiones con el DUE. Esta vez fue planteada por el *Högsta domstolen* (Tribunal Supremo de Suecia) en resolución de una acción de anulación de dos laudos arbitrales dictados en Estocolmo en el asunto *PL Holdings S.à r.l. c. Polonia* bajo el Tratado Bélgica/Luxemburgo-Polonia de 19 de mayo de 1987, tratado además afectado por el *Acuerdo para la terminación de los Tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea* («Acuerdo de Terminación»)²⁸, celebrado para poner fin a los Tratados de protección de inversiones intracomunitarios aún existentes tras la sentencia *Achmea*.

En el caso de autos Polonia había presentado sistemáticamente una objeción a la competencia del tribunal arbitral para conocer de la reclamación del inversor luxemburgués bajo el art. 9 del Tratado Bélgica/Luxemburgo-Polonia respecto de la suspensión de los derechos de voto vinculados a las acciones de la demandante en dos bancos polacos y la venta forzosa de estas. Polonia consideraba que el demandante no era un «inversor» en el sentido del Tratado, así como que la cláusula arbitral contenida en el art. 9 del Tratado era contraria al DUE²⁹. Un laudo arbitral parcial dictado el 28 de junio de 2017 desestimó la objeción³⁰ y despejó el camino para que poco después, el 28 de septiembre de 2017, el tribunal arbitral emitiese el laudo final condenando a Polonia a indemnizar al demandante por daños y perjuicios³¹.

28. Hecho en Bruselas el 5 de mayo de 2020 (DO n.º L 169, de 29 de mayo de 2020). El Instrumento de ratificación del Reino de España de 8 de julio de 2021 está publicado en BOE núm. 226, de 21 de septiembre de 2021; España lo aplica de manera provisional desde el 4 de agosto de 2020 conforme a su art. 17.1.

29. Polonia presentó su objeción primeramente en la contestación a la solicitud de arbitraje; posteriormente lo hizo en la contestación a la demanda y luego en un escrito adicional de alegaciones pocos días después de que se presentase ante el TJUE la petición de decisión prejudicial en el asunto *Achmea*. Vid. sentencia *PL Holdings*, apartados 16, 18-19, 41.

30. Vid. Laudo parcial de 28 de junio de 2017, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9378.pdf.

31. Vid. Laudo final de 28 de septiembre de 2017, disponible en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10467.pdf.

En este caso, el TJUE tenía que responder a una consulta peculiar del *Högsta domstolen* dado que la demandante aseguró que, incluso si la propuesta u oferta de arbitraje de Polonia contenida en el art. 9 del Tratado fuera nula,

«las partes del litigio principal habían celebrado un convenio arbitral *ad hoc* de conformidad con el Derecho sueco y con los principios del arbitraje comercial, en vista de la conducta de dichas partes. *PL Holdings* afirmó que, al formular una solicitud de arbitraje, había presentado una propuesta de arbitraje en las mismas condiciones que se establecen en el artículo 9 del TBI y que la República de Polonia había aceptado tácitamente dicha propuesta al no impugnar válidamente la competencia del tribunal arbitral sobre la base de dicho convenio»³².

En otras palabras, la propuesta de la demandante daba la vuelta a la tradicional interpretación, amplísimamente extendida en el arbitraje de protección de inversiones bajo tratados, que admite que la cláusula arbitral unilateralmente dispuesta por el Estado receptor de la inversión en un Tratado de protección de inversiones es una *oferta* de arbitraje que se perfecciona con la *aceptación* del inversor en un momento posterior (generalmente, en la solicitud de arbitraje)³³. Por el contrario, la demandante entendió que al reproducir en su solicitud de arbitraje la cláusula arbitral del Tratado estaba, en realidad, *ofreciendo* un arbitraje *ad hoc* a Polonia, que lo habría *aceptado* al no impugnar debidamente la competencia del tribunal arbitral. Es más, el *Svea hovrätt* (Tribunal de Apelación de Estocolmo) había desestimado en primera instancia la solicitud de anulación del laudo presentada por Polonia precisamente al aceptar que las partes podían celebrar un convenio arbitral *ad hoc* para resolver esa controversia basado «en la voluntad común de las partes de dicha controversia y [que] se celebra según los mismos principios que un procedimiento arbitral comercial»³⁴. El mismo tribunal de apelación no entendió que concurriera ninguna de las causas de nulidad de un laudo previstas en el art. 33 de la ley sueca de arbitraje de 1999³⁵, a saber, «si [el laudo] incluye el examen de una cuestión que, con arreglo al Derecho sueco, no pueda ser resuelta por un árbitro» o «si el laudo arbitral o el modo en que se ha dictado es manifiestamente incompatible con el orden público sueco»³⁶. También el mismo tribunal de apelación señaló que la impugnación por Polonia de la validez del convenio arbitral inserto en el art. 9 del Tratado Bélgica/Luxemburgo-Polonia fue extemporánea, con lo que habría precluido la posibilidad de presentar una

32. Sentencia *PL Holdings*, apartado 28.

33. Recuérdese el clásico trabajo de Paulsson, J., «*Arbitration Without Privity*», en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, No. 2, Otoño 1995, pp. 232-257.

34. Sentencia *PL Holdings*, apartado 29.

35. *Vid.* Sentencia *PL Holdings*, apartado 30.

36. *Vid.* Sentencia *PL Holdings*, apartado 8.

excepción a la competencia del tribunal de acuerdo con el art. 34.2 de la Ley sueca de arbitraje³⁷. Se deduce, por tanto, una posición favorable de los tribunales suecos a admitir la solución jurídica propuesta por el inversor.

2. LA SENTENCIA «*PL HOLDINGS*» APLICA LA SENTENCIA «*ACHMEA*» POR ANALOGÍA PARA EL CASO QUE SE ENTIENDA QUE EFECTIVAMENTE LAS PARTES CELEBRARON UN CONVENIO ARBITRAL «*AD HOC*»

En cambio, se trasluce también de la sentencia *PL Holdings* que el TJUE no estuvo convencido de la manera en la que el *Högsta domstolen* planteó su cuestión prejudicial. Tanto es así que comenzó su razonamiento reformulándola para responder a la postre, en esencia,

«si los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral *ad hoc* que permita continuar un procedimiento arbitral iniciado sobre la base de una cláusula arbitral, de idéntico contenido a dicho convenio, que se recoge en un acuerdo internacional celebrado entre esos dos Estados miembros y que es nula por ser contraria a esos mismos artículos»³⁸.

Asimismo, el TJUE recordó la separación de funciones entre él y el órgano jurisdiccional nacional que plantea una cuestión prejudicial por la que «toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional»³⁹, de tal modo que es el tribunal sueco competente quien tiene que resolver si existe o no un convenio arbitral en los términos invocados por la demandante⁴⁰, dando por acreditada en el asunto principal, tras la sentencia *Achmea*, la nulidad de la cláusula arbitral del art. 9 del Tratado «por vulnerar la autonomía del Derecho de la Unión, su plena eficacia y su aplicación uniforme»⁴¹. Por lo tanto, fue para el caso que el tribunal sueco competente considere que efectivamente Polonia consintió de manera tácita quedar vinculada por el convenio arbitral *ad hoc* que el TJUE respondió a la pregunta reformulada examinando si la ce-

37. Vid. Sentencia *PL Holdings*, apartado 31.

38. Sentencia *PL Holdings*, apartado 37.

39. Sentencia *PL Holdings*, apartado 39.

40. En otras palabras, «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* 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». Vid. Sentencia *PL Holdings*, apartado 42.

41. Sentencia *PL Holdings*, apartado 35.

lebración de tal convenio en las circunstancias descritas por la demandante es conforme o no con el DUE⁴².

De manera inequívoca, el TJUE ligó el asunto con lo resuelto en la sentencia *Achmea* al entender, de nuevo, que los arts. 267 y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro⁴³. Para el TJUE los argumentos utilizados en la sentencia *Achmea* (y en la sentencia *Komstroy*, aunque la cita una sola vez) son igualmente aplicables a un convenio arbitral interpretado de la manera planteada por la demandante, aunque no siguió el mismo orden, y declaró la incompatibilidad con el DUE de ese convenio arbitral *ad hoc* sin atender las condiciones de compatibilidad propuestas por la Abogada General⁴⁴.

Primero. Para el TJUE los Estados miembros parte del Tratado de protección de inversiones Bélgica/Luxemburgo-Polonia se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales –y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el art. 19.1.2 TUE les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el DUE– los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación del DUE. De este modo, a juicio del TJUE, el Tratado puede impedir que esos litigios sean dirimidos de un modo que garantice la plena eficacia del DUE⁴⁵. Esto se entiende extendido a un convenio arbitral *ad hoc* celebrado por Polonia como Estado miembro.

Segundo. De manera similar al art. 8.6 del Tratado Países Bajos-Eslovaquia aplicado en el asunto *Achmea*, el art. 9.5 del Tratado Bélgica/Lu-

42. Vid. Sentencia *PL Holdings*, apartado 43.

43. Vid. Sentencia *PL Holdings*, apartado 44, por referencia a la sentencia *Achmea*, apartado 60.

44. En efecto, en sus conclusiones de 22 de abril de 2021 (ECLI:EU:C:2021:321), la Abogada General Kokott propuso que «los convenios arbitrales individuales entre Estados miembros e inversores de otros Estados miembros sobre la aplicación soberana del Derecho de la Unión solo son compatibles con el deber de cooperación leal del artículo 4 TUE, apartado 3, y con la autonomía del Derecho de la Unión consagrada en los artículos 267 TFUE y 344 TFUE si los tribunales de los Estados miembros pueden controlar plenamente el laudo arbitral en cuanto a su compatibilidad con el Derecho de la Unión, en su caso, y cuando sea necesario, tras una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE. Adicionalmente, dichos convenios arbitrales también deben ser compatibles con el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (apartado 85).

45. Vid. Sentencia *PL Holdings*, apartado 45, con cita de la Sentencia *Komstroy*, apartados 59-60.

xemburgo-Polonia también preveía la aplicación por parte del tribunal arbitral competente «del Derecho nacional de la Parte Contratante que sea parte del litigio y en cuyo territorio se encuentre la inversión, incluidas las normas relativas a los conflictos de leyes»⁴⁶, por lo que el TJUE entendió que la cláusula arbitral «puede llevar a un organismo de arbitraje a pronunciarse en litigios que pueden referirse a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión»⁴⁷. Dicho de otro modo, el tribunal arbitral constituido mediante un convenio arbitral *ad hoc* en la forma propuesta por el inversor puede tener que aplicar el DUE al fondo de la controversia porque el DUE forma parte del Derecho de Polonia (el Estado miembro parte en la controversia).

Tercero. Para el TJUE, permitir que un Estado miembro celebre un convenio arbitral *ad hoc* con un contenido idéntico a la cláusula arbitral del Tratado devenida nula por aplicación de la doctrina *Achmea* supondría «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, tal y como fueron interpretados en la sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*»⁴⁸. Del mismo modo, concluyó el TJUE, si se presentara una solicitud de arbitraje sobre la base de una cláusula arbitral nula inserta en un Tratado de protección de inversiones podría suponer «una propuesta de arbitraje respecto del Estado miembro demandado de que se tratase, respecto del cual cabría considerar en ese caso que ha aceptado tal propuesta por el mero hecho de no haber formulado alegaciones específicas contra la existencia de un convenio arbitral *ad hoc*», por lo que «tal situación tendría como consecuencia mantener los efectos del compromiso, contraído por dicho Estado miembro infringiendo el Derecho de la Unión y, en consecuencia, viciado de nulidad, de aceptar la competencia del organismo de arbitraje que conociese del asunto»⁴⁹.

Aun cuando Suecia no es parte en el Acuerdo de Terminación, el TJUE recogió en la sentencia con acierto que, en todo caso, a tenor del art. 7 del Acuerdo de Terminación,

«cuando las Partes Contratantes sean Partes en Tratados Bilaterales de Inversión sobre cuya base se hayan iniciado Procedimientos de Arbitraje Pendientes o Nuevos Procedimientos de Arbitraje, deberán (...) b) cuando sean Partes en un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base de un Tratado Bilateral de Inversión, solicitar

46. Sentencia *PL Holdings*, apartado 3.

47. Sentencia *PL Holdings*, apartado 46.

48. Sentencia *PL Holdings*, apartado 47.

49. Sentencia *PL Holdings*, apartado 50.

al órgano jurisdiccional nacional competente, incluso en un tercer país, si fuera el caso, que revoque el laudo arbitral, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir»⁵⁰.

En este sentido, el TJUE recordó que los Estados miembros están obligados a impugnar tanto ante un organismo de arbitraje como ante el órgano jurisdiccional competente (aquí los Tribunales suecos) la validez de la cláusula arbitral o del convenio arbitral *ad hoc* en virtud de los cuales dicho organismo conozca del litigio⁵¹. Para el TJUE, la situación prevista en el art. 7.b) del Acuerdo de Terminación es aplicable *mutatis mutandis* a una situación en la que el procedimiento arbitral iniciado con fundamento en una cláusula arbitral nula por no ser conforme con el DUE continúa sobre la base de un convenio arbitral *ad hoc* celebrado entre las partes con arreglo al Derecho nacional aplicable y cuyo contenido sea idéntico al de dicha cláusula⁵².

Por todo lo anterior, el TJUE respondió al *Högsta domstolen* que debía «estimar una pretensión de anulación de un laudo arbitral adoptado sobre la base de un convenio arbitral que infrinja los artículos 267 TFUE y 344 TFUE y los principios de confianza mutua, de cooperación leal y de autonomía del Derecho de la Unión»⁵³. Aunque la sentencia *PL Holdings* no siga la estructura de razonamiento de la sentencia *Achmea* no cabe ninguna duda de que la tuvo en cuenta para llegar a la solución de ese caso⁵⁴.

IV. CONCLUSIÓN

Tanto el *dictum* de la sentencia *Komstroy* como la sentencia *PL Holdings* rematan el arbitraje de protección de inversiones intracomunitario en aquellos aspectos que no quedaban expresamente cubiertos por la sentencia *Achmea*. En particular, a pesar de las notables diferencias entre los Tratados de protección de inversiones intracomunitarios y el TCE, el TJUE no ha dudado en extender la doctrina *Achmea* al art. 26.3.c) TCE en el plano intracomunitario y en una sentencia en la que no era necesario su pronunciamiento para resolver el caso concreto, y además de una manera contraria a la totalidad de tribunales arbitrales que se han pronunciado al respecto en la última década.

50. Vid. Sentencia *PL Holdings*, apartado 5.

51. Vid. Sentencia *PL Holdings*, apartado 52.

52. Vid. Sentencia *PL Holdings*, apartado 53.

53. Sentencia *PL Holdings*, apartado 55.

54. Por otro lado, el TJUE rechazó limitar los efectos de su sentencia en el tiempo, a pesar de la petición de la sociedad demandante al considerarse que había actuado de buena fe, porque hacerlo implicaría limitar los de la sentencia *Achmea*, que el TJUE tampoco limitó en el tiempo, en el sentido de permitir eludir al Estado miembro las obligaciones que para ese Estado se derivan de los arts. 4.3 TUE (el deber de cooperación leal) y 267 y 344 TFUE; vid. Sentencia *PL Holdings*, apartados 57-69.

La lectura que trasciende de la línea jurisprudencial del TJUE iniciada con la sentencia *Achmea*, acompañada del Acuerdo de Terminación para los Tratados bilaterales intracomunitarios de protección de inversiones provocado por esa misma sentencia, es que las disputas sobre inversiones intracomunitarias quedan en exclusiva en manos de los Tribunales de los Estados miembros de la UE por exigencia del art. 19 TUE. Además, dadas las reglas de competencia judicial internacional existentes (*forum auctoritatis*), serán los del propio Estado miembro parte de la controversia. En cualquier caso, tocará analizar la recepción de estas sentencias: no solo por los tribunales de los Estados miembros que plantearon las cuestiones prejudiciales, sino también y sobre todo por los tribunales arbitrales constituidos, o por constituir en el futuro, en disputas intracomunitarias tanto al amparo de tratados de protección de inversiones intracomunitarios como en virtud del TCE, que hasta ahora han ignorado sistemáticamente las sentencias *Achmea* y *Komstroy*.