

**Seminario sobre
Derecho aplicable en arbitraje de inversiones**

“La experiencia en arbitrajes de inversión intra-UE”

Manuel Conthe

manuel.conthe@mconthe.com

www.manuelconthe.com

<http://www.expansion.com/blogs/conthe/>

Law and Arbitration Forum
Lima (Perú)
24 de noviembre de 2022

Derecho aplicable en arbitraje de inversiones

- Tres ámbitos distintos sobre el Derecho aplicable en arbitrajes de inversiones:
 - El fondo de la disputa (*merits*)
 - La validez del convenio arbitral
 - Otras cuestiones relevantes (nacionalidad, interés post-laudo....)
- Me ceñiré a la segunda cuestión, de especial relevancia en la Unión Europea en los arbitrajes de inversiones “intra-europeos”, basados
 - ✓ En un antiguo Tratado Bilateral de Inversiones (BIT) entre dos Estados miembro; o
 - ✓ En el Tratado de la Carta de la Energía (1994), cuando el Demandante reside en un país del UE y demanda a otro Estado miembro de la UE.
- Eso nos llevará al análisis de 3 sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE):
 - ✓ *Achmea* (2018)
 - ✓ *Komstroy* (2021)
 - ✓ *PL Holdings* (2021)

El Derecho de la UE y su relación con el Derecho Internacional

- 2004-2007: Acceso a UE de antiguos Países del Este
- Tratado de Lisboa (2007) Atribuyó a UE competencia exclusiva en materia de inversiones extranjeras directas (art. 207.1 TFUE)
- Artículo 267 TFUE

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para **pronunciarse, con carácter prejudicial**: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un **órgano jurisdiccional** de uno de los Estados miembros, dicho órgano **podrá** pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano **estará obligado** a someter la cuestión al Tribunal.

- Artículo 344 TFUE

Los Estados miembros se comprometen a no someter las **controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados** a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.

Caso *Achmea*: el arbitraje original

- Reclamación de compañía holandesa de seguros *Achmea* contra Eslovaquia, por prohibición de distribución de beneficios a su filial eslovaca
- Base: BIT Holanda-Eslovaquia de 1991
- Reglamento arbitral: Reglamento UNCITRAL
- Sede: **Frankfurt**
- Laudos
 - Parcial (2010): Rechaza excepción de Eslovaquia de falta de jurisdicción
 - Final (2012): Condena a Eslovaquia a pagar €22 millones, por violación de FET
- Acción de anulación ante tribunales alemanes
 - Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*), a pesar de considerar válido el laudo, decidió pedir opinión prejudicial al TJUE

Achmea: la sentencia del TJUE

Caso C-284/16, Republic of Slovakia v. Achmea B.V., 6-3-2018

- Arbitraje **comercial** es admisible, porque acción de anulación permite control por los Tribunales (y, en última instancia) por TJUE de aplicación de Derecho de la UE

“Las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales ejercitado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tenga carácter limitado, siempre 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”.

- Pero eso no es aplicable a un **arbitraje de inversiones basado en BIT intra-europeo**:

“Mientras que el [arbitraje comercial] tiene su origen en la **autonomía de la voluntad** de las partes, el [otro] 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 los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho”.

- Un convenio arbitral de BIT intra-europeo **vulnera la autonomía del Derecho de la UE**:

“Puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, por lo que no es compatible con el principio de cooperación leal”.

***Achmea*: la sentencia del TJUE (y II)**

- Conclusión del TJUE:

“Los artículos **267** TFUE y **344** TFUE deben interpretarse en el sentido de que **se oponen a una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre Estados miembros**, como el artículo 8 del TBI, 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 miembro”.
- Decisión del *Bundesgerichtshof* de 13-10-2018: anulación del laudo *Achmea*.
- Reacción de Estados miembro de la UE:
 - ✓ Enero 2019: Declaraciones e los Estados Miembros sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia *Achmea*.
 - ✓ Tratado sobre extinción de BITs entre 23 Estados miembros (5-5-2020)
- Otras anulaciones judiciales de laudos en arbitrajes con sede en la UE:
 - ✓ *Court D' Appel* de Paris (19-4-2022): *Strabag c. Polonia*
 - ✓ *Court D' Appel* de Paris (19-4-2022): *Slot/CEC Praha c. Polonia*

Caso *P.L. Holdings*: el arbitraje original

- Una sociedad luxemburguesa adquirió 2 bancos polacos. En 2013, la Comisión de Supervisión Financiera suspendió los derechos de votos de las acciones y ordenó su venta forzosa.
- Base: BIT Bélgica-Polonia de 1987
- Reglamento: Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC)
- Sede: **Estocolmo**
- Laudo (2017) Condenó a Polonia a indemnizar a inversores
- Acción de anulación contra laudo en tribunales suecos
 - ✓ Tribunal de apelación desestimó recurso, porque entendió que, a pesar de la nulidad de la oferta de arbitraje ex BIT, se había producido un “convenio arbitral *ad hoc* para resolver la controversia”.
 - ✓ Tribunal Supremo solicitó opinión prejudicial del TJUE sobre validez del “convenio *ad hoc*”.

P.L. Holdings: la sentencia del TJUE

Caso C-109/20 Republic of Poland vs. PL Holdings, 26-10- 2021

- Art. 33 Ley de Arbitraje sueca:

“Un laudo arbitral será nulo :

- 1) si incluye el examen de una cuestión que, con arreglo a Derecho sueco, **no pueda ser resuelta** por un árbitro;
- 2) 2) si el laudo arbitral o el modo en que se ha dictado es manifiestamente incompatible con el **orden público** sueco...”

- “Art. 267 y 344 prohíben que un Estado miembro celebre un **convenio arbitral *ad hoc*** con un inversor de otro Estado miembro que permita continuar un procedimiento arbitral iniciado sobre la base de una cláusula arbitral igual de un BIT”.
- “La norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas **antes** de que se haya pronunciado la sentencia”.
 - ✓ El TJUE solo excepcionalmente limita los efectos temporales de la sentencia, cuando concurren 2 circunstancias:
 - Buena fe de los círculos interesados
 - Riesgo de trastornos graves (ej. muchos afectados, que habían seguido la interpretación dada por Estado miembro o Comisión Europea).

Laudos CIADI, post-*Achmea*, en arbitrajes intra-UE

- Ejemplo: *Magyar Farming vs. Hungary* ICSID Case. No. ARB/17/27 (2019)
 - ✓ The question whether the EU Treaties override the dispute resolution clause of the BIT must be assessed under **international law**. This is so because the BIT's offer to arbitrate is contained in an international treaty, and its validity and interpretation is governed by the VCLT.
 - ✓ Pursuant to Article 42(1) of the VCLT, “the validity of a treaty or of the consent of a State to be bound by a treaty may be impeached only through the application of the present Convention” .
 - ✓ The Tribunal **does not consider itself bound by the CJEU's decision** over the conflict between the BIT and the EU Treaties, since under article 41 of the ICSID Convention “an arbitral tribunal shall be the judge of its own competence”. Besides, the CJEU's interpretative authority extends to the interpretation and application of the EU Treaties, but not to the interpretation of the BIT or the VCLT rules on treaty conflicts.
 - ✓ The Claimants accepted the BIT's offer to arbitrate prior to its purported termination and, pursuant to Article 25 of the ICSID Convention, **when the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.**

Laudos CIADI, post-*Achmea*, en arbitrajes intra-UE

- *Magyar Farming vs. Hungary* ICSID Case. No. ARB/17/27 (2019) (cont..)
 - ✓ The BIT is an international treaty that confers rights on private parties. While the Contracting States remain the masters of their treaty, their control is limited by the general principles of **legal certainty** and *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*".
 - ✓ Thus, the 2019 Declarations **cannot retroactively invalidate** or render inapplicable the offer to arbitrate that the Claimants accepted through their request for arbitration.
 - ✓ If the protection of existing investments (through a *sunset clause*) outlives an unambiguous termination of the Treaty, then the protection must continue *a fortiori* in respect of a decision of an adjudicatory body constituted under a different treaty or of declarations that purport to clarify the legal consequences of that decision.
 - ✓ The Tribunal sees no reason to diverge from the consistent line of investment awards according to which **the EU Treaties and investment treaties do not share the same subject matter**. Consequently, the conflict rules embodied in Article 30 of the VCLT do not apply to possible conflicts between the BIT and the EU Treaties.
- Hasta ahora, comités de anulación *ad hoc* CIADI no han anulado ningún laudo sobre arbitrajes de inversiones intra-UE.

Tratado de la Carta de la Energía (TCE)

- Origen
 - ✓ Consejo Europeo de junio de 1990: la recuperación económica de los Países del Este y de las antiguas Repúblicas Socialistas Soviéticas podría acelerarse a través de la cooperación en el sector energético.
 - ✓ Tras la aprobación en 1991 de una “Carta Europea de la Energía”, en diciembre de 1994 se firmó el “Tratado de la Carta de la Energía (TCE)”
 - ✓ Lo firmaron países de todo el mundo (Australia, Japón, Turquía...).
 - ✓ Lo suscribió también la propia UE (como *Regional Economic Integration Organization*), además de sus Estados miembros.
 - ✓ Sede de la Secretaría de la Carta de la Energía: Bruselas
- Utilización de la cláusula arbitral del TEC (art. 26):
 - ✓ Paradójicamente, el 60% de los arbitrajes han sido sobre inversiones en energías renovables y han tenido como Demandados a Estados miembro de la UE (ej. España).

TCE: preceptos esenciales

- Art. 26 Solución de controversias entre un inversor y una parte contratante
 - 4) En el caso de que un inversor opte por someter la controversia arbitraje internacional, deberá escoger entre CIADI, arbitraje UNCITRAL o Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.
 - 6) En virtud del apartado 4) se creará un tribunal que decidirá las **cuestiones en litigio** con arreglo al presente Tratado y **a las normas del Derecho Internacional aplicables**.
- Art. 16 Relación con otros Acuerdos

Cuando dos o más Partes Contratantes sean signatarias de un acuerdo internacional anterior, o firmen un acuerdo internacional posterior, cuyas condiciones afecten, en cualquiera de los dos casos, a las cuestiones reguladas en las Partes III ó V del presente Tratado,

 - 1) Nada de lo dispuesto en las Partes III ó V del presente Tratado se interpretará de manera que deje sin efecto ninguna disposición del otro acuerdo, o del derecho de exigir una solución de la controversia relativa a ello con arreglo a dicho acuerdo, y
 - 2) **Nada de lo dispuesto en el otro acuerdo se interpretará de manera que deje sin efecto ninguna disposición de las Partes III ó V del presente Tratado** o del derecho de exigir una solución de la controversia relativa a ello con arreglo al presente Tratado, en la medida en que tales disposiciones sean más favorables para los inversores o la inversión.

Caso Komstroy: el arbitraje original

- Distribuidor de electricidad ucraniano demandó a comprador público de la República de Moldavia (*Moldtranselectro*), por impago de un suministro.
- Base: TCE
- Sede: **París**
- Laudo (2013)

Condenó a República de Moldavia a pagar \$46,5 millones, por mayoría de coárbitros (ruso y moldavo) y con voto en contra del presidente, que dijo que no había inversión protegible.

- Proceso de anulación (¿es “inversión” una deuda comercial?)
 - ✓ 2016 *Court D’Appel* anuló laudo
 - ✓ 2019 *Court de Cassation* anuló la sentencia y exigió nueva sentencia de otra sala
 - ✓ 2020 Nueva sala de *Court D’Appel* solicitó opinión prejudicial a TJUE sobre si había “inversión”

Komstroy: la sentencia del TJUE
Caso C-741/19 Republic of Moldova vs. Komstroy, 2-9- 2021

Obiter dicta

Aunque la disputa no eran intra-UE (demandante ucraniano que demandaba a Moldavia), el TJUE, en respuesta a alegaciones de Estados miembro, incorporó a su sentencia los siguientes razonamientos:

- “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”.

- “A pesar del carácter multilateral del acuerdo internacional del que forma parte, una disposición como el artículo 26 del TCE tiene por objeto regular, en realidad, las relaciones bilaterales entre dos de las Partes contratantes, de manera análoga a la disposición del Tratado Bilateral de Inversión de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea*”.

- “El artículo 26 del TCE debe interpretarse en el sentido de que 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”

Laudos CIADI post-*Achmea*, *Komstroy* y *PL Holdings* sobre TCE

Rockhopper v. Italia (ICSID Case No. ARB/17/14)

- Disputa, al amparo de TCE, sobre negativa de Italia, en enero de 2016, tras cambios legislativos a autorizar el inicio de producción en concesión ya autorizada y explorada de gas y petróleo en el “mar de Ombrina”, en la costa adriática italiana.
- Laudo (21-8-2022)

“While EU law is (like the domestic laws of sovereign States) a source of international law, that does **not make it a part of international law**, much less a part of international law that has primacy over all other rules of international law”.

Condena a Italia a pagar algo más de €200 millones.

Mathias Kruck v. Spain (ICSID Case No. ARB/15/23) Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of quantum (14-9-2022)

“No hay razón para suponer que el término ‘Derecho internacional’ en el artículo 26 (6) del TCE tenga un significado diferente del término “Derecho internacional” en el artículo 42 (1) de la Convención ICSID”.

Así pues, hasta ahora los tribunales arbitrales CIADI se han considerado **competentes** para resolver disputas intra-UE basadas en el TCE.

Caso *Green Power c. España*: el arbitraje original

- Demanda de compañía danesa c. Reino de España por reforma en 2010-2014 que redujo las primas a las instalaciones fotovoltaicas
- Base: TCE
- Reglamento: Cámara de Comercio de Estocolmo (**SCC**)
- Sede: **Estocolmo**

Green Power c. España: el laudo arbitral

SCC Arbitration V (2016/135) 16-6-2022

- Art. 26 TCE se refiere a la ley aplicable al **fondo** (*merits*) de la controversia, no a la jurisdicción.
- En ausencia de acuerdo sobre ley aplicable a **jurisdicción**, resulta aplicable el **art. 48 de la Ley de Arbitraje sueca**: si no hay acuerdo, se aplicará la ley de la sede del arbitraje. Y eso entraña la aplicación de la legislación de la UE.
- La cuestión de la aplicación del Derecho de la UE en materia de jurisdicción puede resultar distinta en arbitrajes CIADI.
- Sentencia *Achmea*, Declaraciones de 2019 y sentencia *Komstroy* son interpretativas y, en consecuencia, surten **efectos desde que las reglas interpretadas entraron en vigor**, aunque sea una fecha anterior.
- Derecho de la UE tiene **primacía** en relaciones entre Estados miembros sobre Tratados internacionales (*lex superior*), lo que resulta relevante al aplicar art. 16 TCE.
- Conclusión del Tribunal arbitral:
“El consentimiento de España para arbitrar en base al TCE no se aplica a las relaciones intra-Unión Europea”.

TCE: éxodo europeo y posible reforma

- 2015: Italia abandonó el TCE
- 2022: Abandono de TCE por Polonia, España, Holanda, Francia, Alemania y Luxemburgo.
- Razón de abandono: el TCE dificulta aplicación del Acuerdo de París sobre cambio climático
- Propuesta de la Comisión Europea:

Reforma del TCE para permitir retirada de protección, tras 10 años, a inversiones en combustibles fósiles (aprobación de la reform prevista inicialmente para noviembre de 2022, pero votación retrasada hasta reunión de abril 2023, en Mongolia)

Conclusiones

- La elección del Reglamento arbitral y la decisión sobre la sede del arbitraje han resultado hasta ahora decisivas en materia del Derecho aplicable y validez del convenio arbitral:
 - ✓ Arbitrajes CIADI: rechazo de objeción jurisdiccional ex *Achmea*, *Komstroy* y *PL Holdings*, tanto por tribunales arbitrales como por comités de anulación *ad hoc*.
 - ✓ Arbitrajes con sede en Estado miembro de la UE:
 - Hasta ahora, rechazo de objeción jurisdiccional por árbitros, pero posterior anulación de los laudos por los tribunales nacionales europeos.
 - *Green Power* (2022): primer laudo en el que el propio Tribunal arbitral acepta la objeción jurisdiccional del Estado demandado.
- Crítica en laudos CIADI al efecto *ex tunc* de la interpretación judicial de antiguos tratados
- La Unión Europea, un “**objeto político no identificado**” (Jacques Delors, 1985), parecido al viejo “Sacro Imperio” (Duraõ Barroso, 2007): no es una mera “organización internacional”, pero tampoco es un “Estado”, ni siquiera federal. Corolario: interpretaciones divergentes sobre el *status* internacional del Derecho de la Unión Europea
- La “paradoja del TCE”: lo impulsaron los países de la UE para promover sus inversiones en las antiguas repúblicas soviéticas...y lo están abandonado ahora ellos mismos para no ser los demandados por medidas relacionadas con la transición energética!

Conclusiones (y II)

Ese reciente éxodo europeo del Tratado que la propia UE impulso tras la desintegración del Imperio Soviético me trae a la memoria la broma que contaba un colega mío del Banco Mundial:

- En 1958, como vicepresidente de Eisenhower, Richard Nixon, acompañado de una numerosa delegación, representó a Estados Unidos en los actos de proclamación de la independencia de Ghana.
- Durante las celebraciones, Nixon, deseoso de pulsar la opinión local sobre la conseguida independencia, se acercó a un grupo de periodistas de raza negra y les preguntó:
 - "Bueno, ¿qué tal se siente uno libre?".
 - "No lo sabemos. Somos de Alabama“, respondieron.

(Fuente: William Easterly, *“The White Man´s Burden: Why the West’ Effort to Save the Rest Has Done So Much Ill and So Little good”*, 2007)

**Seminario sobre
Derecho aplicable en arbitraje de inversiones**

“Una perspectiva europea: el caso de los arbitrajes intra-UE”

Manuel Conthe

manuel.conthe@mconthe.com

www.manuelconthe.com

<http://www.expansion.com/blogs/conthe/>

Law and Arbitration Forum
Lima (Perú)
24 de noviembre de 2022