

Máster en Abogacía por la Universidad de León
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2018/2019



**EL ASUNTO ACHMEA Y SUS IMPLICACIONES: ¿EL FIN
DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN
INTRA-EUROPEOS Y DE SU SISTEMA DE ARBITRAJE
INVERSOR-ESTADO?**

*The Achmea case and its implications: the end of the intra-UE
bilateral investment treaties and their ISDS system?*

Realizado por la alumna: Dña. Marina Lameira dos Santos

Tutorizado por la Profesora: Dña. Aurelia Álvarez Rodríguez

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
RESUMEN	5
ABSTRACT	5
OBJETO	7
METODOLOGÍA	8
I. INVERSIONES INTERNACIONALES: RIESGOS ECONÓMICOS Y RIESGOS POLÍTICOS	10
II. SISTEMA DE FUENTES DE LAS INVERIONES INTERNACIONALES ...	13
1.- INICIATIVAS DE REGULACIÓN CONVENCIONAL RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES INTERNACIONALES	13
2.- CONVENIOS MULTILATERALES DE INVERSIÓN.....	14
3.- APPRIIs	17
4.- LEGISLACIONES NACIONALES	19
III. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO DE LA INVERSIÓN INTERNACIONAL: DE LA VÍA DIPLOMÁTICA AL ARBITRAJE DE INVERSIONES	20
1.- LA VÍA DIPLOMÁTICA	20
2.- EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES: CONVENIO DE WASHINGTON Y LA CREACIÓN DEL CIADI.....	20
IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y DERECHO APLICABLE	23
1.-REGLAS DE PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....	23
A) Reglas del Mecanismo del CIADI.....	23
B) Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.....	26
2.- DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO DEL ASUNTO	27
A) Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de contratos de inversión	27
a) ¿Derecho o Equidad?	29
b) Elección directa o indirecta de las partes del derecho aplicable	30
c) Derecho aplicable por el tribunal arbitral, a falta de acuerdo	31
B) Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión	33
a) El TI como fuente primaria aplicable al fondo: El papel del TI	34

b) El Derecho nacional del Estado receptor	35
c) El papel del Derecho internacional	36
d) Principio Lex Specialis	37
V. SENTENCIA DEL TJUE DE 6 DE MARZO DE 2018 ASUNTO C- 284/16	
SLOVAK REPUBLIC v. ACHMEA BV	38
1.- INTRODUCCIÓN.....	38
2.- ITINERARIO PROCESAL.....	39
3.- MARCO JURÍDICO	42
4.- FONDO DEL ASUNTO	43
A) Planteamiento General	43
B) Sobre si el tribunal arbitral interpreta o aplica el Derecho de la UE.....	44
C) Sobre si el tribunal arbitral es un órgano jurisdiccional de uno de los EEMM.....	45
a) Origen legal de los tribunales arbitrales.....	45
b) Permanencia de los tribunales arbitrales	46
c) Obligatoriedad de la jurisdicción de los tribunales arbitrales	46
d) Carácter contradictorio del procedimiento ante los tribunales arbitrales:.....	47
D) Sobre si los controles a los que están sometidos los laudos arbitrales por órganos jurisdiccionales de los EEMM son suficientes para preservar las competencias del TJUE y la interpretación uniforme del Derecho de la UE.....	49
E) Sobre la posible incompatibilidad con el art. 18 TFUE	54
5.- EL EFECTO ACHMEA.....	55
A) Contexto anterior a la STJUE de 6 de marzo de 2018, caso Achmea.....	55
B) Efectos respecto a los TBIs <i>intra</i> -UE.....	58
C) Efectos para el arbitraje inversor-Estado extra-UE.....	60
D) Efectos para el arbitraje inversor-Estado del TCE	61
E) Efectos sobre el sistema de solución de diferencias inversor-Estado previsto en los nuevos acuerdos comerciales y de inversiones como el CETA	62
CONCLUSIONES	63
BIBLIOGRAFÍA	69
ANEXO NORMATIVO	74
ANEXO JURISPRUDENCIAL	76

ABREVIATURAS

AMI	Acuerdo Multilateral de Inversiones
Ap.	Apartado
APPRI	Acuerdo de Promoción y Protección recíproca de Inversiones
Art.	Artículo
ASEAN	Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	Contra
CCE	Cámara de Comercio de Estocolmo
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CE	Comisión Europea
CETA	Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre la UE y Canadá
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CIDACI	Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales
CNUCYD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CW	Convenio de Washington
DIPr	Derecho Internacional Privado
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Dr-CAFTA	<i>Dominican Republic Central America Free Trade Agreement</i>
ECLI	Identificador Europeo de jurisprudencia
EEMM	Estados Miembros
EEUU	Estados Unidos
ISDS	<i>Investor state dispute settlement</i> o arbitraje de diferencias estado-inversor

MAII	Modelo de Acuerdo Internacional sobre inversiones
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
Núm.	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
Pág.	Página
Párr.	Párrafo
PEEREA	Protocolo de la Carta de la Energía sobre la Eficiencia Energética y los Aspectos Medioambientales Relacionados
PYME	Pequeña y mediana empresa
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TBI	Tratado Bilateral de Inversiones
TCE	Tratado de la Carta de Energía
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TI	Tratado de Inversiones
TJE	Trato justo y equitativo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TPJI	Tribunal Permanente de Justicia Internacional
TPPI	Tratados de Protección y promoción de Inversiones
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and development</i>
V.	<i>Versus</i>
Vol.	Volumen

RESUMEN

Las inversiones internacionales, en busca de mayores beneficios, incrementan los riesgos para el inversor. Con la finalidad de proteger los intereses de los inversores se han desplegado numerosos acuerdos, principalmente bilaterales, para la promoción y protección recíproca de las inversiones. Para solucionar las controversias generadas en el seno de estos convenios se han ido desarrollando una serie de mecanismos, entre los que ha destacado en los últimos años el Arbitraje Internacional de Inversiones. Siendo el arbitraje institucional el más empleado, con especial atención al del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI).

Finalmente se hace especial hincapié en la STJUE, de 6 de marzo de 2018, sobre el asunto C-284/16, *Slovak Republic contra Achmea BV.*, en la que se declara la incompatibilidad de una cláusula arbitral de un tratado bilateral de inversión *intra-europeo* con el Derecho de la Unión Europea. Este fallo tendrá una enorme repercusión cuyas consecuencias aún apenas han comenzado a apreciarse.

PALABRAS CLAVE

Inversiones internacionales, acuerdos de protección y promoción recíproca de inversiones, mecanismos de solución de controversias, arbitraje internacional de inversiones, arbitraje institucional, CIADI, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso C-284/16, asunto *Slovak Republic contra Achmea BV.*

ABSTRACT

The International Investments in search of higher benefits, also entail higher risks for the investor. In order to protect the interests of the investors, numerous agreements have been deployed, mainly bilateral, for the promotion and reciprocal protection of investments. A series of mechanisms have been developed to resolve the controversies generate within these agreements, among which the International Investment Arbitration has stood out in recent years. Being the Institutional Arbitration the most used, with special attention to that of the International Centre for the Settlement of Dispute (ICSID).

Finally, special emphasis is placed on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of March 6, 2018 on Case C-284/16 Slovak Republic v. Achmea BV., in which the Court declares the incompatibility of an arbitration clause in an intra-European Investment Treaty with the European Union Law. This judgment will have an enormous impact, which consequences have only just begun to be felt.

KEY WORDS

International Investments, reciprocal investment protection and promotion agreements, dispute settlement mechanisms, international investment arbitration, institutional arbitration, ICSID, European Court of Justice, case C-284/16, Slovak Republic v Achmea BV.

OBJETO

El objeto del presente trabajo ha sido el estudio y análisis del pasado, presente y futuro del arbitraje internacional de inversiones, principalmente dentro de la Unión Europea. Para poder llevar a cabo esta investigación sobre el arbitraje de inversiones extranjeras ha sido necesario hacer un recorrido previo. Por ello nos hemos detenido en el examen del concepto, y la evolución que han experimentado las inversiones internacionales en consonancia con la globalización de la economía y liberalización de las fronteras nacionales.

Los mayores riesgos, que han de asumir los inversores al invertir fuera de sus fronteras, se han tratado de paliar con el desarrollo de diversos tratados de protección y promoción de las inversiones internacionales, que como se ha reflejado en el trabajo, aunque existen acuerdos multilaterales a este respecto, principalmente, se han desplegado tratados bilaterales de inversión.

Partiendo de la evolución del mercado cada vez más globalizado, que ha desencadenado el incremento del flujo de inversiones internacionales y con ello de la conflictividad en este campo, hacemos en este trabajo una breve referencia a los antecedentes de los métodos alternativos de resolución de controversias en el ámbito de la inversión internacional. Así como a su perfeccionamiento en armonía con las nuevas necesidades de los inversores, desde la vía diplomática al arbitraje de inversiones.

Asimismo, desde una perspectiva más teórica, se lleva a cabo una breve exposición del procedimiento del arbitraje, siendo el más frecuentemente empleado el institucional, y más concretamente el impartido por el CIADI. Al igual que de las normas que nos servirán de base para la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto en la resolución de la controversia.

Finalmente, se procede a analizar un fallo reciente del Tribunal de Luxemburgo que ahonda en el tema objeto de este trabajo. En concreto, se trata de la STJUE de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16 *Slovak Republic* contra *Achmea BV*. La vital importancia de este dictamen se pone de manifiesto al profundizar en el razonamiento que sigue el TJUE, así como la visión opuesta mantenida por el Abogado General Sr. *Melchior Wathelet*. La resolución declara la clausula arbitral de un TBI contraria al Derecho Europeo. Desde este presupuesto el Alto Tribunal marca un hito que tendrá una enorme repercusión de cara a las consecuencias que traerá consigo, las cuales ya empiezan a sentirse.

METODOLOGÍA

La metodología de investigación empleada a lo largo del desarrollo del presente trabajo ha sido primordialmente analítica y descriptiva.

En primer lugar, la elección del tema de entre los múltiples campos que presenta el DIPr surgió de la STJUE que es comentada y analizada al final de este trabajo, de 6 de marzo de 2018, asunto C- 284/16 *Slovak Republic v. Achmea BV*. Tras analizar la argumentación jurídica aportada por el Órgano jurisdiccional de la Unión Europea respecto a la incompatibilidad del arbitraje de inversiones con el Derecho europeo, se ha realizado un estudio partiendo de lo general a lo específico.

El estudio de las inversiones internacionales, su regulación en los múltiples acuerdos de protección y promoción de las inversiones, y su evolución acorde con la globalización e internacionalización del mercado, nos conduce al estudio de los diversos métodos alternativos de resolución de controversias que se han ido fijando en estos acuerdos de inversión. Entre ellos encontramos el Arbitraje internacional de inversiones. Con respecto a este, repasamos sus antecedentes, fuentes de derecho, procedimiento y derecho aplicable. Finalmente, se llega a la Sentencia del TJUE ya mencionada, la cual sellará el futuro del arbitraje internacional de inversiones, principalmente dentro de la UE.

En segundo lugar, para poder efectuar el análisis de éstas materias, y conforme a las indicaciones de la tutora, se ha llevado a cabo la recopilación de información, esencialmente de monografías, y artículos de revistas respecto a la evolución en los últimos años de las inversiones internacionales y con ello del arbitraje de inversiones, así como de su sistema de fuentes, y problemas que plantean en la actualidad. A los cuales he podido tener acceso gracias a la colaboración de la tutora, así como mediante el apoyo de los profesores de diversas áreas, especialmente de Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal. Igualmente ha sido de gran utilidad el uso la plataforma Dialnet o el recurso electrónico de la biblioteca de la Universidad de León, que me ha permitido localizar y consultar ciertos manuales de forma *on line*.

Del mismo modo, han sido de vital importancia los informes oficiales y datos proporcionados en las páginas web de organismos e instituciones como el CIADI, la UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), y bases de datos accesibles vía *online* que recogen todos los tratados bilaterales de inversión suscritos,

así como los procedimientos arbitrales derivados de los mismos, con sus respectivas resoluciones, como es por ejemplo “Italaw”. En lo relativo a la jurisprudencia, esencialmente la comunitaria, fundamentalmente se ha usado la base de datos de la página web del TJUE, “Curia”, así como a la base de datos de “Italaw” y la del CIADI, para consultar resoluciones arbitrales. Lo cual me ha permitido realizar un examen de la doctrina que ha ido marcando el TJUE, así como la de los tribunales arbitrales.

Una vez llevada a cabo la recopilación de la información necesaria, su lectura comprensión, interpretación y sistematización, se procedió a la selección los puntos a incluir en este trabajo. A pesar de lo extenso de la materia, he intentado ajustar el contenido a la extensión exigida. Para ello se estableció un índice que recoge y permite identificar fácilmente los aspectos que se tratan y que estructuran esta investigación.

De esta forma, el trabajo ha quedado organizado en cinco capítulos: el primero, más general, introduce las inversiones internacionales, sus beneficios y riesgos; en el segundo se recopilan las principales fuentes de derecho de las inversiones internacionales; en el tercero, se presentan brevemente los antecedentes del arbitraje de inversiones; en el cuarto capítulo se sintetiza cómo se desarrollaría un procedimiento arbitral ante el CIADI, siendo éste el más utilizado, así como el derecho aplicable; y finalmente en el capítulo quinto se analiza el razonamiento del TJUE en la sentencia de 6 de marzo en el asunto C- 284/16 *Slovak Republic* contra *Achmea BV.*, así como la reflexión opuesta que mantiene el Abogado General *Melchior Wathelet*.

Finalmente en las conclusiones, aparte de contener las ideas principales que se defienden en el trabajo, se aporta una visión de las importantes consecuencias de la mencionada sentencia respecto al futuro del arbitraje de inversiones que ya empiezan a apreciarse, así como de las partes principalmente perjudicadas y beneficiadas del pronunciamiento mencionado.

I. INVERSIONES INTERNACIONALES: RIESGOS ECONÓMICOS Y RIESGOS POLÍTICOS

Las recientes tendencias mundiales orientadas al crecimiento de la inversión extranjera han sido consideradas uno de los fenómenos más destacados dentro del proceso de globalización, lo que ha conllevado una apertura de los mercados y con ello la internacionalización de las relaciones jurídicas¹.

El concepto de inversión implica la erogación de un activo líquido, en la búsqueda de la obtención de un beneficio futuro. Así, se entiende como inversión internacional o extranjera, aquella realizada en un determinado Estado, procedente de otro Estado extranjero, por una persona natural o jurídica extranjera, o un nacional con residencia y domicilio en otro Estado. Se distinguen a su vez dos modalidades principales de inversión extranjera: la directa y la indirecta. En la primera, el inversor extranjero tiene por objeto ejercer un control a largo plazo en la empresa adquirida o participada. En la segunda, se pretende una utilidad a corto plazo, no existiendo por lo general en el inversor un interés en el control del proyecto, y se realiza principalmente mediante préstamos de organismos internacionales a gobiernos o empresas públicas, y la colocación de valores bursátiles oficiales del país receptor del crédito en las bolsas de valores de su propio país, o del que otorga el crédito.

La globalización económica y social actual, ha traído consigo una liberalización progresiva de las fronteras nacionales, la perfección de una unidad económica mundial, así como un elevado incremento de los flujos de inversión procedentes de fuentes extranjeras. Respecto a éste último punto, la razón de ello, son las ventajas de que se benefician tanto el Estado receptor como el inversor de las mismas. Así, por una parte, los Estados receptores tratan de captar inversiones que les permitan desarrollar productos y servicios, estimular y diversificar su economía, así como mejorar las condiciones de su sociedad en general. Por otra parte, los inversores lo que persiguen son nuevos mercados donde obtener unos mayores rendimientos de sus inversiones².

¹ Evolución internacional y tendencias de las Inversiones Extranjeras directas. Programa de desarrollo y consolidación de la PYME EXPORTADORA, Escuela de Negocios. <https://www.eoi.es/es/file/17928/download?token=Aihp0Np7> (Consultado el 11/11/2018).

² FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2008, p. 9.

La inversión internacional requiere por lo general de un amplio periodo de tiempo para poder construir y ejecutar un proyecto de inversión³. Previamente a la ejecución de la inversión, tanto los Estados receptores como los inversores llevan a cabo un exhaustivo análisis de las ventajas e inconvenientes que podrá generar la inversión.

El inversor extranjero es consciente de que al invertir fuera de sus fronteras, aparte de poder obtener unos mayores beneficios económicos, se halla también sometido a unos mayores riesgos. Éstos pueden ser entre otros, las irregularidades de poder frente a las autoridades locales, unos mayores obstáculos de cara a demandar al Estado receptor de la inversión, o unos costes más elevados de transacción de resolución de conflictos, entre otros. Debe el inversor llevar a cabo una previo y detallada exploración de todos aquellos posibles riesgos que pueden hacer peligrar su inversión.

Dentro de estos posibles riesgos, se pueden diferenciar por una parte los riesgos económicos, derivados de las oscilaciones del mercado que pueden causar pérdidas económicas al inversor, y por otra parte, los riesgos políticos, emanados de la acción o inacción llevada a cabo por las autoridades del Estado receptor. Dentro de éstos últimos, es de destacar el “riesgo regulatorio” que se pone de manifiesto cuando se produce una modificación del régimen jurídico aplicable a la inversión, en detrimento de los intereses del inversor⁴. Produciendo un perjuicio para el inversor que vería disminuido el valor de su inversión. Se podrían dar también otros como la expropiación o nacionalización de los bienes o incluso el terrorismo o sabotaje de las instalaciones⁵.

Los Estados no se encuentran obligados a aceptar cualquier inversión procedente de otro Estado. Sin embargo, aceptada por el Estado receptor, debe de asegurar al inversor un trato acorde con las garantías mínimas de protección de su inversión. Al iniciar una inversión internacional, la relación pretendida con las autoridades públicas del Estado receptor, será una relación estable, a largo plazo, y amistosa.

La actuación del inversor se mueve enfocada a maximizar sus beneficios⁶, mientras que la gubernamental del Estado receptor se desarrolla no solo entorno a

³ DOLZER, R. / SCHREUER, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, p.3-7.

⁴ Situación que se produce en el caso de la inversión de Achmea en la República Eslovaca, y que posteriormente analizaremos.

⁵ RUBINS, N. / KINSELLA, N.S.: *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, Oceana Publications, INC, New York, 2005, p. 28.

⁶ GUTIÉRREZ, O.: *Inversiones Extranjeras. Más garantías, más libertades*, Ediciones Atropos, Bogotá, 2004, p. 10.

parámetros económicos, sino también a circunstancias sociales y políticas. Por ello, los riesgos políticos son siempre un riesgo latente para el inversor, lo que conlleva la necesidad de una serie de coberturas que protejan al inversor.

La cobertura jurídica del inversor se refleja en un acervo de normas jurídicas internacionales y procedimientos alternativos de resolución de controversias como el arbitraje internacional, los cuales, buscan la protección de los intereses económicos del inversor extranjero. El incremento del flujo de inversiones internacionales en los últimos años, ha conllevado paralelamente una mayor conflictividad y con ello el aumento de los asuntos sometidos a los métodos de solución de controversias en materia de inversión internacional entre Estados receptores y los inversores de otro Estado⁷.

Para solventar tales controversias, el Derecho internacional ha empleado una serie de métodos tradicionales, mediante los que el inversor podía dirigirse a los tribunales internos del Estado receptor, el cual aplica su derecho nacional, y como última instancia, se acababa transformando la controversia en una confrontación entre el Estado receptor de la inversión frente el Estado del cual es nacional el inversor. En este último caso, el Estado del que es nacional el inversor, podría solicitar la protección diplomática internacional y apelar a una instancia internacional, para la resolución del litigio, sin que ello asegurara que el Estado receptor se vaya a someter a la misma.

Se han ido desarrollando nuevos métodos alternativos de resolución de estas controversias como el arbitraje internacional de inversiones, en relación a la importante aceptación y adopción por parte de los Estados de los tratados bilaterales sobre protección y promoción de inversiones. Siendo hasta la actualidad, el arbitraje internacional de inversiones, la solución preferentemente adoptada por los inversores en la resolución de litigios con el Estado receptor de su inversión⁸.

Como consecuencia de ello, conviven en materia de inversión internacional tanto las normas internacionales, como las prácticas llevadas a cabo por los operadores transfronterizos, y los ordenamientos nacionales⁹.

⁷ UNCTAD: *Informe sobre las inversiones en el mundo 2018. La inversión y las nuevas políticas industriales. Mensajes clave y panorama general*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2018, pp. 20-21.

⁸ DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: “El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIIS”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm.11, agosto de 2005, pp. 49-52.

⁹ MERCADO PACHECO, P.: “Estado y globalización ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?” en *Globalización y Derecho* (CANCIO MELIÁ, M., ed.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 2005, pp. 132-133.

II. SISTEMA DE FUENTES DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

Además del Convenio Washington de 1965, al que se hará referencia en el capítulo siguiente, por su especial trascendencia en la regulación de los métodos alternativos de arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, en la actualidad, coexisten en materia de inversiones internacionales, una amplia gama de Convenios multilaterales y APPRI¹⁰, así como de ordenamientos jurídicos nacionales. Ello ha llevado a la existencia de un sistema de fuentes verdaderamente amplio, diverso y complejo, en lo que respecta a su naturaleza, bilateral o multilateral, contenido, vigencia y Estados partes implicados.

Estando todos estos instrumentos enfocados a la promoción y desarrollo de la inversión, se encuentran a su vez administrados y/o sometidos a diversas instituciones como pueden ser el CIADI, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

1.- INICIATIVAS DE REGULACIÓN CONVENCIONAL RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES INTERNACIONALES

Dada la necesidad de contar con reglas básicas generales, uniformes y claras respecto al sistema de protección de inversiones, se han desarrollado numerosas iniciativas de regulación convencional a este respecto. Entre las varias iniciativas desplegadas, destacan tres de las promovidas por la Organización de Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE). Éstas son:

- En 1960, el Proyecto de Convención sobre Protección de la Inversión Extranjera¹¹, con el que se pretendía lograr una normativa armonizada en materia de inversiones internacionales.
- En 1967, otro Proyecto de Convención sobre Protección de Inversiones Extranjeras¹², que recogió el deber de los Estados receptores con los inversores de dar un

¹⁰ FACH GÓMEZ, K.: “Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones (APPRI)”, en COLLANTES GONZÁLEZ, J.L. (Dir.), *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, Lima, 2011, pp. 56-58.

¹¹OCDE: Marco de acción para la inversión. (Consultado el 11/11/2018). <http://www.oecd.org/daf/inv/investmentfordevelopment/38316751.pdf>

¹² Proyecto de Convención sobre Protección de Inversiones extranjeras. (Consultado el 11/11/2018). <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf>

trato justo y equitativo, brindarles protección y seguridad y a no emitir medidas discriminatorias. En él, se consagró asimismo el deber de los Estados de someterse y cumplir los acuerdos que hubieran ratificado sobre protección de la inversión internacional. El sistema de resolución de conflictos que plantea es muy similar al recogido en el Convenio de Washington de 1965, al que posteriormente nos referiremos.

- En 1998, nuevamente, se desarrolló otro Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones (*Multilateral Agreement on Investment*), (AMI), con el que se pretendía garantizar un régimen jurídico seguro, transparente y predecible¹³.

Asimismo también el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable elaboró un Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversiones en 2005 (MAII), cuyo objetivo principal era la promoción del crecimiento sostenible de los países, a nivel local, regional y global¹⁴.

A pesar del intenso esfuerzo e interés de los organismos internacionales, ninguno de los proyectos ha conseguido llegar a constituir un Convenio Internacional que recoja reglas uniformes y claras en este sentido, a pesar de su importancia, al no llegarse a un consenso¹⁵ respecto al objetivo que debería perseguir y lograr un Tratado de esa naturaleza.

2.- CONVENIOS MULTILATERALES DE INVERSIÓN

Puesto que a día de hoy no se ha conseguido llegar a una conformidad sobre una Convención internacional de promoción y protección de inversiones, se han ido desarrollando una serie de tratados de carácter multilateral, y con ámbito principalmente regional, que recogen como principal método de resolución de controversias entre Estados e inversores, el arbitraje de inversiones. Entre los más destacables se encuentran los siguientes:

¹³ *Multilateral Agreement on Investment*. Texto disponible en la página oficial de la OCDE: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm> (Consultado el 11/11/2018).

¹⁴ MANN, H. / VON MOLTKE, K. / PETERSON, L.E / COSBEY, A.: *Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible, Guía para negociadores*, Instituto Nacional para el Desarrollo Sostenible, Canadá, abril 2005, pp. 3-14.

¹⁵ PÉREZ ESCALONA, S.: “Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso *Camuzzi International v. República Argentina*”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 8, diciembre 2010, pp. 111-112.

- Tratado de la Carta de Energía (TCE): Este Tratado¹⁶ erige la base de una comunidad de la energía entablada entre las diversas regiones del mundo aportando unas mejoradas condiciones tanto para la inversión como para el comercio dentro del sector energético. Está basado principalmente en los objetivos políticos fijados en la Carta Europea de la Energía de 1991. Se suscribe en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, y es reformado diez años después, constando actualmente con cincuenta y tres partes firmantes.

En él se fijan una serie de mecanismos para la resolución de controversias que pudieran surgir entre el Estado receptor de las inversiones y el inversor: a) Sumisión a los tribunales nacionales de alguno de los Estados parte; b) Arbitraje internacional conforme al CIADI y el CW, si tanto el inversor como el Estado receptor son partes de él; c) Arbitraje internacional frente al CIADI, conforme a las normas del Mecanismo Adicional de Aplicación de Procedimientos por la Secretaría del centro; d) Arbitraje independiente conforme a las normas de la CNUDMI; e) Elección de las parte de un arbitraje gestionado por el Instituto de Arbitraje de la CCE. Asimismo se establece en el tratado que una vez que el inversor se decanta por un tipo de arbitraje, ya sea institucional o dependiente, no puede posteriormente iniciar un proceso distinto. Y reconoce en su art. 26 del TCE, que la ratificación del tratado implica su consentimiento expreso al arbitraje de inversión, excepto: cuando el inversor inicia un proceso judicial frente a un órgano jurisdiccional nacional antes de comenzar el arbitraje, o cuando en presencia de una cláusula paraguas¹⁷ el inversor se decanta por cualquier otro método de resolución de la controversia.

- Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (Tratado de la ASEAN): Esta Asociación constituida el 8 de agosto de 1967, se conformó inicialmente por Malasia, Indonesia, Tailandia, Singapur, Filipinas, Camboya y Birmania, aunque posteriormente se adhirieron otros países, bajo la finalidad del incremento del desarrollo de su

¹⁶ BOE núm. 117, de 17-III-1995.

¹⁷ BANDRES DE LUCAS, J.: “Cláusulas paraguas: protección incierta bajo los acuerdos internacionales de inversión”, *Revista de Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*. Vol. 10, núm. 2, 2016, p. 100. Describe las cláusulas paraguas de la siguiente forma: “Las cláusulas paraguas fueron concebidas para permitir que las disputas sobre incumplimientos contractuales pudieran ser resueltas por un tribunal de arbitraje. No obstante, a medida que la jurisprudencia sobre este asunto ha evolucionado, los inversores no pueden estar seguros de que las demandas sustentadas sobre ese presupuesto prosperarán. La seguridad jurídica es esencial para el Derecho de inversiones, por ello resulta indispensable que se alcance una jurisprudencia constante, a los efectos de que los inversores tengan seguridad de si podrán sujetarse a ellas o no. Alternativamente, si la homogeneidad de interpretación no se alcanza, los Estados tendrán que decidir si dichas cláusulas deberán incluirse en los TBIs o, por el contrario, ser eliminadas.”

economía y con ello el fomento de la paz y la estabilidad. En el texto de constitución, se recogía una cláusula de sometimiento al arbitraje de inversión gestionado por el CIADI, para la resolución de controversias surgidas entre inversores y Estados receptores.

- Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): Es un Convenio de ámbito regional suscrito en diciembre de 1992¹⁸, entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para crear una zona de libre comercio entre los Estados parte. En él se fijan diversos mecanismos de arbitraje para la resolución de las controversias entre Estados receptores e inversores: a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial; b) Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI; c) Las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (reglas de CNUDMI).

Se reconoce al inversor la posibilidad de recurrir a los mecanismos disponibles en los tribunales nacionales del país anfitrión y a los tribunales arbitrales se les otorga la capacidad de ejecutar los laudos definitivos en los tribunales nacionales¹⁹.

- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, EEUU y República Dominicana (CAFTA-Dr): Concluido el 5 de agosto de 2014, este instrumento²⁰ busca la creación de una zona de libre comercio entre los países firmantes logrando una integración regional y expansión comercial. Establece tras un periodo de mediación, el arbitraje de inversión ante el CIADI, y el Mecanismo complementario del CIADI, para la resolución de los conflictos surgidos.

- Mercado Común del Sur (MERCOSUR): Integrado inicialmente por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, y posteriormente Venezuela y Bolivia. MERCOSUR²¹ se creó en 1991 a través del Tratado de Asunción, el cual creó una zona de libre comercio e impulsó una unión aduanera. Recoge dos instrumentos en materia de inversión extranjera: el Protocolo de Promoción y Protección de Inversiones de Colonia

¹⁸ Tratado de Libre comercio de América del Norte. (Consultado el 12/11/2018). https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Espanol/Tratado_de_Libre_Comercio_de_America_del_Norte-TLCAN.pdf

¹⁹ Texto disponible en su página web oficial: <https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-jur%C3%ADdicos/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte> (Consultado el 12/11/2018).

²⁰ Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, EEUU y República Dominicana Texto disponible en español en: http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/cafta-do/trt_cafta_do.pdf (Consultado el 12/11/2018).

²¹ Tratado de la Asunción para la Constitución de un mercado Común. Disponible en: <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/textos-fundacionales/> (Consultado el 12/11/2018).

y Buenos Aires. Concretamente en el art. 9 del protocolo de Colonia²², se establecen como métodos de resolución de controversias entre Estados-inversor: el arbitraje ante el CIADI o el Mecanismo Complementario del CIADI por éste, los tribunales del Estado receptor de la inversión o un arbitraje independiente bajo el CNUDMI.

3.- APPRI

Los APPRI²³ (Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) o TBI (Tratados Bilaterales de Inversión), son tratados bilaterales de naturaleza recíproca que comprenden una serie de medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, las inversiones llevadas a cabo por los inversores de cada Estado parte en el territorio del otro Estado parte²⁴.

Su similar estructura jurídica, unido al hecho de que el número de los TBI se ha incrementado considerablemente, ha derivado en que estos acuerdos constituyen actualmente uno de los pilares fundamentales de la legislación internacional sobre inversiones extranjeras. Habiendo llegado en la actualidad a una importante proliferación²⁵ (más de dos mil a día de hoy) de TBIs para el fomento y la protección de las inversiones extranjeras. Éstos consisten, esencialmente, en acuerdos entablados entre dos Estados que definen un marco legal en relación con las condiciones para la inversión privada extranjera por los nacionales de un Estado en otro Estado, regulando así los flujos de inversión. Están focalizados principalmente en el fomento de la inversión extranjera directa en los países de acogida, buscando asimismo garantizar los estándares para el tratamiento de los inversores extranjeros, comprendiendo la compensación por la expropiación de las inversiones extranjeras, la protección contra el trato injusto y no equitativo de los inversores extranjeros, la protección contra el trato discriminatorio o la falta de protección y seguridad plenas.

²² Art. 9, del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, de 17 de enero de 1994, bajo el título “Solución de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante Receptora de la Inversión.”

²³ Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones en vigor, a fecha de 4 de mayo de 2017. (Consultado el 20/11/2018). <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/PDF/170504-APPRI-EN-VIGOR.pdf>

²⁴ PASCUAL VIVES, F.J.: “El Subsistema Regional Comunitario ante el Régimen Internacional de Protección de las Inversiones Extranjeras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, 2010, pp. 469-470.

²⁵ Nota de la Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, (TD/B/COM. 2/73, de 5 de enero de 2007), sobre “Fijación de Normas sobre las inversiones internacionales: tendencias, cuestiones emergentes y consecuencias”.

Se establece con ellos un marco de regulación bilateral que se basa en la promoción y el reconocimiento recíproco de las inversiones efectuadas por una de las partes firmantes en el territorio de la otra parte. En estos tratados bilaterales, se ofrece al inversor, la posibilidad de presentar reclamaciones frente a determinados organismos y el empleo de unos cauces concretos para llevar a cabo su cumplimiento²⁶. Con ello, se conseguía tener acceso a un medio de resolución de conflictos imparcial, por el que las partes se sustraían el litigio de la jurisdicción de los tribunales del Estado receptor.

Fue la República Alemana quién en 1959, inició esta práctica suscribiendo el primer APPRI con la República Islámica de Pakistán el 25 de noviembre de 1959²⁷. Durante las dos últimas décadas, se ha extendido de forma generalizada entre los Estados el desarrollo de modelos nacionales de APPRI, como guía política convencional en el ámbito de la promoción y protección de las inversiones extranjeras dentro de la negociación con terceros países. Habiendo elaborado cada vez con más frecuencia los Estados su propio modelo APPRI.

Poseen estos acuerdos una estructura similar, existiendo unos estándares obligatorios de tratamiento y protección que ambos Estados deberán cumplir, en lo que respecta a las inversiones que tengan lugar en su territorio por los inversores del otro Estado. Así, las disposiciones y cláusulas que constan en un APPRI como contenido mínimo, habitualmente son las relativas a: el tratamiento justo y equitativo atendiendo al derecho internacional, la plena protección y seguridad y prohibición de medidas injustificadas y discriminatorias, la no discriminación, tratamiento nacional y de nación más favorecida, las medidas de expropiación, nacionalización u otras similares, el tratamiento nacional y nación más favorecida respecto a cualesquiera compensaciones por pérdidas en la inversión debidas a guerra, revolución o conflictos similares, el derecho a la libre transferencia del capital, beneficios y de otros pagos relacionados con la inversión, el cumplimiento de obligaciones contractuales contraídas con el inversor por el Estado receptor de la inversión, los mecanismos para resolver mediante arbitraje internacional, las posibles controversias que pudieran surgir, por un lado entre los dos Estados parte en un APPRI sobre la interpretación o aplicación del Acuerdo, y por otro,

²⁶ CREMADES SANZ-PASTOR, B.M. / CAIRNS, D.J.A.: “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los Tratados”, *Revista Internacional de Arbitraje*, núm. 1, junio, 2004, pp. 65-103.

²⁷ *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*. (Consultado el 20/11/2018). <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>

entre el inversor y el Estado receptor de la inversión respecto al incumplimiento por parte de este último de las obligaciones contenidas en el Acuerdo.

Dedican algunas de sus disposiciones concretamente a la resolución de controversias surgidas de la interpretación y/o aplicación del acuerdo, regulándolas de una forma más precisa y elaborada, con el objetivo de dotar de seguridad jurídica las relaciones económicas y establecer un foro predeterminado.

4.- LEGISLACIONES NACIONALES

Además de los convenios multilaterales y bilaterales, numerosos Estados han desarrollado su propia normativa sobre promoción y protección de inversiones, para mejorar e incrementar la captación de capital extranjero y con ello lograr unas mejores condiciones socioeconómicas en el propio país al fijar un marco jurídico previsible²⁸.

Concretamente en España, la normativa fundamental sobre inversiones internacionales, se halla en las disposiciones del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores²⁹, posteriormente desarrollado por la Orden Ministerial de 28 de mayo de 2001³⁰, del Ministerio de Economía, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización. Existiendo también otras de gran vinculación en este ámbito, como la Ley 18/1992, de 1 de julio por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España³¹, la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo³², o la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales³³ que deroga en su mayor parte a la Ley 40/1979 de 10 de diciembre sobre régimen jurídico de control de cambios³⁴.

²⁸ ESIS VILLARROEL I.: “Comentarios sobre la nueva ley de inversiones extranjeras de Venezuela”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, ISSN 2304-7887, Vol. 3, núm. 5, Asunción Mar. Versión *on-line*.

²⁹ *BOE* núm. 106, 04-V-1999.

³⁰ *BOE* núm. 134, 05-VI-2001.

³¹ *BOE* núm. 159, 03-VII-1992.

³² *BOE* núm. 122, 22-V-2003.

³³ *BOE* núm. 160, 05-VI-2003.

³⁴ *BOE* núm. 298, 13- XII-1979.

III. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO DE LA INVERSIÓN INTERNACIONAL: DE LA VÍA DIPLOMÁTICA AL ARBITRAJE DE INVERSIONES

1.- LA VÍA DIPLOMÁTICA

De los diversos métodos alternativos de resolución de controversias en materia de inversiones internacionales, destacan como los más representativos, la vía diplomática y en los últimos años el arbitraje de inversiones.

El método tradicional empleado hasta bien entrado el siglo XX era la vía diplomática entre los Estados involucrados. La protección internacional de la propiedad de las personas tanto físicas como jurídicas, se ejercía de forma directa por los Estados, siendo dentro del orden jurídico internacional, los únicos sujetos que poseían legitimación para proteger a sus nacionales fuera de sus fronteras³⁵.

Conforme a las normas de Derecho internacional sobre la vía diplomática, hasta que el inversor no hubiera agotado las instancias judiciales del Estado receptor sin haber conseguido reparación, no podría acudir a su Estado. Éste, posteriormente, llevaba a cabo negociaciones con el otro Estado (el receptor), en favor de los intereses del inversor, en exigencia de los estándares mínimos de protección de la inversión que deben ser garantizados.

Los Estados receptores, debían atender las peticiones planteadas, puesto que en caso contrario podían incurrir en responsabilidad internacional, al no reparar al otro Estado. La incapacidad del inversor para acudir directamente ante el Tribunal Internacional de Justicia, suponía para él una gran traba, poniéndose de manifiesto la necesidad de desarrollar un cuerpo normativo en materia de promoción y protección de inversiones.

2.- EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES: CONVENIO DE WASHINGTON Y LA CREACIÓN DEL CIADI

Las fallidas resoluciones de las controversias mediante la vía diplomática junto con el esfuerzo en vano llevado a cabo por los diferentes organismos internacionales, ponían de manifiesto la necesidad de desarrollar nuevos mecanismos alternativos de resolución de conflictos en materia de inversiones internacionales.

³⁵ VIVES CHILLIDA, J.A.: *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversores (CIADI)*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1998, pp. 2-3.

Así, a mitad del siglo XX emergieron los TBI o APPRI, como primeros acuerdos internacionales enfocados meramente al desarrollo de las inversiones extranjeras. En ellos se ha ido fijando como principal método de resolución de controversias en materia de inversiones, el arbitraje de inversiones, lo que les permitía acceder a un método de resolución imparcial, mediante el que las partes sustraían el conflicto de la jurisdicción de los tribunales del Estado receptor de la inversión.

Se planteaba la necesidad de establecer una vía arbitral en materia de inversiones, paralelamente con la protección diplomática, desarrollando un arbitraje especializado, distinto a los propios del DIPr donde solo intervienen los Estados soberanos y a su vez diferente al arbitraje comercial internacional³⁶. Surgiendo así un arbitraje mixto o de inversión, a caballo entre el arbitraje interestatal y el comercial.

En los años sesenta, se produjo un movimiento con el fin de fundar una normativa sobre inversiones internacionales que pudiera proporcionar seguridad jurídica a los inversores, responsabilizando a la Administración nacional en el caso de producción de daño y fijando unos mecanismos para hacer efectiva dicha responsabilidad. Tras una serie de intentos esta misión fue confiada al Banco Mundial, en cuyo seno se adopta el Convenio de Washington que entró en vigor en 1966 y fue suscrito el 18 de marzo de 1965³⁷, en Washington, en respuesta a la necesidad de impulsar la circulación de capitales transfronteriza. En la actualidad está suscrito por 162 Estados. En él se creó el principal mecanismo institucional para la solución de controversias relativas a inversiones, se proporcionaron reglas específicas de procedimiento, y se fijaron como métodos de resolución de controversias entre inversores y Estados receptores, la conciliación y el arbitraje.

En este convenio se admite la igualdad entre el inversor y el Estado receptor, concediéndole al inversor el derecho de personarse y dirimir directamente con el Estado receptor el conflicto, mediante las vías del arbitraje o la conciliación, sin necesidad de acudir a la vía diplomática o a la interposición de acciones ante tribunales internacionales. Así, disfrutará el inversor de una protección autónoma independiente de la voluntad del Estado del que es nacional. En él no se descarta la posibilidad de que el inversor recurra y agote previamente los recursos internos frente los órganos judiciales

³⁶ RUEDA GARCÍA J.A.: *Las medidas cautelares en el Arbitraje de Inversiones*, Tesis Doctoral dirigida por JIMENEZ PIERNAS, C., Universidad de Alcalá de Henares, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, 2009, p. 60.

³⁷ Ratificado por España el 13 de Septiembre de 1994. *BOE* núm. 219, 13-IX-1994.

nacionales, así como se manifiesta en su art. 26. A falta de acuerdo entre las partes consiente que sea resuelto atendiendo a su propio derecho, como recoge el art. 42 del CW, además de impedir que se produzcan en el procedimiento de resolución de la controversia intromisiones por parte del Estado del que es nacional.³⁸ Por ello, la ratificación y/o adhesión al CW, faculta a los Estados para acudir al arbitraje como garantía, a la vez que lo salvaguardan de cualquier acción judicial internacional que pudiera llevar a cabo el inversor en su contra.

En este convenio, se creó asimismo, el CIADI o ICSID, es decir, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, centro de arbitraje, con jurisdicción internacional, que administra los procedimientos de arbitraje y conciliación en materia de inversiones³⁹. El CIADI, ha desarrollado desde su creación una intensa labor, principalmente de arbitraje, y no tanto de conciliación, habiendo registrado a 30 de junio de 2018, 676 casos bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario⁴⁰. Si bien en los últimos años se ha visto intensificada, al haber aumentado el número de controversias como consecuencia directa y proporcional al incremento de los países contratantes y signatarios del CW⁴¹, así como por el incremento de un enorme elenco de APPRIS⁴² y de numerosos acuerdos multilaterales que se someten al arbitraje de inversión impartido por el CIADI.

³⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 45-47.

³⁹ Acerca del CIADI, conforme describe su página web “El CIADI prevé el arreglo de diferencias mediante conciliación, arbitraje o comprobación de hechos. El proceso del CIADI está diseñado para tener en cuenta las características particulares tanto de las diferencias relativas a inversiones internacionales como de las partes involucradas y, de ese modo, mantener un cuidadoso equilibrio entre los intereses de inversionistas y Estados receptores. Cada caso es considerado por una Comisión de Conciliación o un Tribunal de Arbitraje independiente, luego de ponderar las pruebas y los argumentos jurídicos presentados por las partes. A cada caso se le asigna un equipo que brinda asistencia especializada a lo largo del proceso. Al día de la fecha, el CIADI ha administrado más de 600 casos de dicha naturaleza.” El arbitraje del CIADI es el más empleado en el ámbito de las inversiones internacionales, dada su autonomía e independencia respecto a los tribunales nacionales y su régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

⁴⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Grupo Banco Mundial. “Carga de casos del CIADI” — Estadísticas (Edición 2018-2) p.7.

⁴¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI. “Lista de Estados contratantes y signatarios del Convenio a 27 de agosto de 2018”.. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf> (Consultado 11/11/2018).

⁴² Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones en vigor suscritos con España, a 19 de febrero de 2018. Ascenden a un total de 72 APPRIS. (Consultado el 11/11/2018) <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/PDF/180219-APPRIS-EN-VIGOR.pdf>

IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y DERECHO APLICABLE

En este punto cabe distinguir las dos opciones de arbitraje que se suelen ofrecer al inversor: 1) la *ad hoc*, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁴³, y 2) la institucional, distinguiéndose asimismo, dos posibles modalidades arbitrales incluidas en la mayoría de los acuerdos: la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), el CIADI, o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

En el marco del arbitraje de inversión, son de aplicación una serie de normas procedimentales, así como de cara a la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto y de la competencia del tribunal arbitral, de las que se tratará a continuación de forma muy breve.

1.-REGLAS DE PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Las reglas aplicables al procedimiento de arbitraje de inversión serán las fijadas por la voluntad de las partes en los acuerdos de inversión, lo cual se refleja con frecuencia mediante la incorporación de una cláusula arbitral. Así, el inversor manifestará en los convenios multilaterales o en los APPRI, el tipo de arbitraje, ya sea institucional o independiente, al que desea someterse una vez transcurrido el periodo de tiempo oportuno para la conciliación.

A) Reglas del Mecanismo del CIADI

En el supuesto en el que el inversor se decante por el arbitraje institucional, siendo el más frecuente el impartido por el CIADI, deberán las partes someterse a la normativa y al procedimiento, instaurados por la institución elegida. En el caso del CIADI, ha desarrollado un Reglamento de Arbitraje⁴⁴, aplicable en aquellos casos en que las partes en cuestión sean a su vez nacionales de Estados que hayan suscrito y ratificado el CW. Sin embargo, si una de las partes, no fuera contratante del CW., serán

⁴³ En este caso es de aplicación en el procedimiento arbitral el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Siendo el más reciente el aprobado en 2013, de aplicación a partir del 1 de abril de 2014.

⁴⁴ Convenio CIADI. Reglamento y Reglas. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones 1818 *H Street*, N.W. Washington, D.C. 20433, EE.UU. CIADI/15 abril 2006.

de aplicación las reglas del Mecanismo Complementario, al cual se hará referencia seguidamente.

Así, el procedimiento arbitral a seguir ante el CIADI atendiendo a las mencionadas reglas arbitrales, podría resumirse en el siguiente esquema básico, con cierta flexibilidad:

i. Trascurrido el periodo de tiempo para la conciliación, el cual será el fijado en el correspondiente APPRI, la parte demandante deberá presentar por escrito ante la Secretaría General del CIADI, una Solicitud de arbitraje. En ella deberá constar: la identidad de las partes, el objeto de la controversia, así como el consentimiento de las partes para someterse a la vía arbitral. Será examinado por parte de la Secretaría el cumplimiento de los requisitos de la solicitud, y de ser así, ésta será registrada y notificada a la otra parte⁴⁵.

ii. A partir el momento de la notificación a la parte demandada, se dispondrá de noventa días para instituir el tribunal arbitral⁴⁶. Las partes deberán elegir un árbitro, de los que integren la Lista de Árbitros del CIADI, siendo ésta una lista abierta, pudiendo seleccionar las partes a un árbitro que no constara en la misma.

iii. Si el tribunal arbitral no se hubiera constituido dentro del plazo de noventa días, el Presidente, a petición de cualquiera de las partes y previa consulta a ambas, deberá efectuar el nombramiento a partir de la Lista de árbitros del CIADI, en los treinta días siguientes, no pudiendo ser el o los árbitros designados, nacionales de ninguna de los Estados parte.⁴⁷ Se entenderá constituido el tribunal arbitral una vez que las partes son notificadas de la aceptación por parte de todos los miembros del tribunal.

iv. Una vez constituido, el tribunal arbitral deberá en un plazo de sesenta días, decidir el idioma en que se efectuará el arbitraje, el plazo de presentación de escritos, el número de copias a presentar, las costas y la forma en que se levantará acta. Todo ello se decidirá en una primera sesión en la sede del CIADI, o institución con la que se haya suscrito algún convenio⁴⁸.

⁴⁵ Art. 36 del Convenio del CIADI, sobre la solicitud de arbitraje.

⁴⁶ Art. 37, 39 y 40 del Convenio del CIADI, recogen la forma de constitución del tribunal.

⁴⁷ Art. 38 del Convenio del CIADI, sobre el plazo para la constitución del tribunal.

⁴⁸ Regla 13 de las Reglas de Arbitraje, sobre las sesiones del tribunal.

v. El tribunal arbitral, ostenta potestad para resolver sobre su propia competencia, ya sea a instancia de parte o de oficio⁴⁹, debiendo en este segundo caso presentarse la excepción antes de la contestación a la demanda. La decisión del tribunal sobre esta cuestión se dictará en laudo arbitral previo o con el laudo definitivo.

vi. El tribunal arbitral resolverá sobre la admisibilidad de las pruebas y su valor probatorio. Podrá asimismo, solicitar a las partes la exposición de documentación adicional, el testimonio de algún testigo o experto, o visitar cualquier lugar relacionado con la disputa o realizar consultas allí⁵⁰.

vii. Salvo que las partes hayan fijado lo contrario, el tribunal podrá recomendar la adopción de las medidas provisionales que entienda necesarias, así como las partes también pueden solicitarlas en cualquier etapa una vez iniciado el procedimiento⁵¹.

viii. Una vez declarado cerrado el procedimiento, después de que el tribunal ha deliberado y concluido que no tiene más preguntas para las partes, el laudo debe firmarse en los 120 días siguientes, con la posibilidad de una prórroga de 60 días⁵². El laudo debe cumplir con determinados requisitos formales⁵³ y debe expresar los motivos en los que se funda. El laudo se dicta cuando el CIADI procede a la remisión a cada parte de una copia certificada del mismo⁵⁴. Las partes pueden solicitar copias certificadas adicionales del laudo, así como aclaraciones, revisión o la anulación de éste.

ix. El laudo de un tribunal tiene carácter obligatorio para las partes en el procedimiento, debiendo éstas cumplirlo de conformidad con sus términos⁵⁵. Si una parte no cumple con el laudo, la otra puede solicitar el reconocimiento y la ejecución de las obligaciones pecuniarias en los tribunales de cualquier EEMM del CIADI⁵⁶. Así, los

⁴⁹ Art. 41 y ss. del Convenio del CIADI y regla 41.2 de las Reglas de Arbitraje, sobre las facultades y funciones del tribunal arbitral y las excepciones preliminares.

⁵⁰ Art. 34 y ss. de las Reglas de Arbitraje, sobre la prueba y los principios generales.

⁵¹ Art. 47 del Convenio del CIADI, Regla 39 de las Reglas de Arbitraje, sobre la posibilidad del tribunal de recomendar la adopción de medidas que considere necesarias.

⁵² Reglas 38 y 46 de las Reglas de Arbitraje, sobre el cierre del procedimiento y los procedimientos especiales y la preparación del laudo.

⁵³ Art. 48 del Convenio, Regla 47 de las Reglas de Arbitraje, sobre el laudo arbitral.

⁵⁴ Art. 49 del Convenio del CIADI, Regla 48.2 de las Reglas de Arbitraje, sobre la remisión y notificación del laudo arbitral.

⁵⁵ Art. 53.1 del Convenio del CIADI, sobre la obligatoriedad del laudo.

⁵⁶ Art. 54.1 del Convenio del CIADI, sobre el reconocimiento del laudo.

EEMM deben reconocer y ejecutar el laudo, como si fuera una sentencia de un tribunal nacional⁵⁷.

B) Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI

El procedimiento arbitral en el Mecanismo Complementario al CIADI, se regula por su propio Reglamento⁵⁸, el cual fue publicado originalmente en 1978, y ha sido modificado en dos ocasiones, en 2002 y en 2006. Éste es el resultado de la autorización por parte del Consejo Administrativo al Secretario General, para poder asumir la administración de determinados procedimientos entre Estados e inversores que no se encuentran incluidos en el ámbito del CW.

El Mecanismo Complementario del CIADI brinda servicios de arbitraje, conciliación y comprobación de hechos para ciertas controversias que no se hallan dentro del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos servicios son:

i. Arbitraje o conciliación de inversiones entre un Estado y un nacional extranjero, no siendo alguna de las partes, (Estado o inversor nacional de un Estado), miembro del CIADI.

ii. Arbitraje o conciliación de inversiones en controversias que no surjan directamente de una inversión entre un Estado y un nacional extranjero, y donde al menos una de las partes, (Estado o inversor nacional de un Estado) sea miembro del CIADI.

iii. Procedimientos de comprobación de hechos iniciados por cualquier Estado o inversor nacional de cualquier Estado.

Así el Reglamento del Mecanismo Complementario está integrado, además de por el cuerpo principal, por tres Anexos, el primero sobre Comprobación de hechos, el segundo sobre Conciliación y el tercero sobre Arbitraje. Conforme a lo dispuesto en él, se exige acuerdo previo de las partes para la aplicación de este Mecanismo, así como su aprobación por el Secretario General⁵⁹.

Al igual que el anterior, este Reglamento otorga cierta flexibilidad tanto a las partes como al tribunal arbitral. En él se concede al Secretario General un papel más decisivo respecto al deber de garantizar el cumplimiento de los requisitos de

⁵⁷ Art. 55 del Convenio del CIADI.

⁵⁸ CIADI. Reglamento del Mecanismo Complementario. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones 1818 H Street, N.W. Washington D.C. 20433, EE.UU. *CIADI/11*. abril de 2006.

⁵⁹ ANTONIETTI, A.: "The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules", *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, núm. 2, 2006, pp.427-448.

admisibilidad del Mecanismo Complementario, así como un mayor elenco de tareas en la administración del procedimiento.

2.- DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO DEL ASUNTO

El Derecho aplicable a las controversias surgidas entre un inversor extranjero y un Estado receptor, variará conforme al instrumento bajo el cual se suscite la controversia. Así, cuando las controversias entre las partes surjan al amparo de un Tratado de Inversión, le será de aplicación un Derecho distinto al correspondiente a las disputas generadas a tenor de un contrato o del ordenamiento jurídico local.

En estos dos últimos supuestos, es decir, para el caso de controversias surgidas al amparo de un contrato de inversión o de la legislación local, el derecho de aplicación al fondo del asunto para la resolución de la controversia será el determinado por las partes en el propio contrato o en la legislación local. En defecto de esta determinación, el Derecho aplicable al fondo será el correspondiente conforme las normas del Centro de Arbitraje al que las partes hayan decidido someterse.

A) Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de contratos de inversión

La elección del orden jurídico aplicable a la resolución de los conflictos surgidos de su relación jurídica, descansa sobre el principio de autonomía de las partes. Este principio se reafirma en numerosos instrumentos normativos internacionales, como en el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁶⁰, en su art. 3, donde se dispone que “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.”, dentro del ámbito europeo.

⁶⁰ REGLAMENTO (CE) núm. 593/2008 del PARLAMENTO EUROPEO y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *DOUE* L 177/6, 04-VII-2008.

También en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, (CIDACI)⁶¹, en su art. 7 recoge que: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.”

Así, si las partes por ejemplo convinieron someterse al CIADI, les será de aplicación lo establecido en el CW en su art. 42. Dicho precepto establece expresamente: “1.El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. 2. El tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. 3. Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.”

Conforme a este precepto, podremos encontrarnos ante diversas posibilidades. En su apartado tercero, se distingue el arbitraje de inversiones conforme a Derecho o de Equidad, a elección de las partes. En su primer apartado, se hace referencia a la posibilidad de que las partes hayan procedido a seleccionar el Derecho aplicable al fondo del asunto, o por el contrario, cuando no exista un acuerdo entre las partes, el tribunal sea quién debe de determinar el Derecho aplicable, empleando el Derecho local pertinente así como las normas de Derecho internacional correspondientes. Siendo el Derecho internacional complementario al Derecho local, y habiendo surgido los primeros arbitrajes del sistema CIADI para completar las lagunas o inconsistencias del Derecho nacional y del Derecho internacional⁶².

⁶¹ Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales. Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V).

⁶² Véase en este sentido el *caso Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, Ad Hoc Comitee Decision of May 16, 1986, 1 ICSID*, en que se “autoriza a un Tribunal CIADI a aplicar reglas del Derecho Internacional únicamente para llenar una laguna en el derecho aplicable local y asegurar la preferencia de las normas internacionales cuando las normas del derecho local está en colisión con esas normas”.

a) ¿Derecho o Equidad?

Como se establece en el art. 42.3 del CW, el tribunal arbitral podrá, si así lo autorizan las partes, resolver el litigio planteado conforme al principio *ex aequo et bono*, esto es, conforme a la equidad. Esta posibilidad se ha recogido también dentro del arbitraje de inversión en otros preceptos, como en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, cuyo art. 35.2 establece: “El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (*ex aequo et bono*) solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo”; o también en el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, tanto en sus dos versiones anteriores, como en la nueva que entró en vigor en 2017, en su art. 21.3⁶³; así como en el Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

A pesar de que esta posibilidad reconocida en diferentes instrumentos, lo cierto es que en la práctica no es frecuente que los tribunales arbitrales resuelvan conforme a equidad. Como viene señalando la doctrina, el arbitraje de equidad, dada la flexibilidad y libertad que se otorga a los árbitros, es un ejercicio de de gran confianza puesto que los árbitros establecerán los criterios que a su entender son los más apropiados. Sin embargo, los árbitros deberán en todo caso tener en cuenta los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados parte, así como las normas imperativas de aplicación, pues de no ser así, se podrá dar lugar a la nulidad del laudo arbitral y por ende no será reconocido ni ejecutado en otros países.

A este tenor, podrán las partes poner de manifiesto de forma expresa su voluntad de someterse a un arbitraje *ex aequo et bono* en un contrato de inversión. Sin embargo, se plantean dudas sobre su selección a través de una legislación o un APPRI. Ello dependerá de si el instrumento legal optado recoge esta posibilidad o no, puesto que la legislación nacional y la convencional no siempre alberga previsiones sobre la normativa aplicable. En cualquier caso, es requisito fundamental el acuerdo expreso de las partes que autorice al tribunal arbitral a resolver en equidad. Pues en caso contrario el laudo arbitral puede ser anulado.

⁶³ Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje, art. 21.3: “El tribunal arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes.”

b) Elección directa o indirecta de las partes del derecho aplicable

Como enuncia el art. 42 CW, atendiendo al principio de autonomía de las partes, podrán éstas designar el Derecho aplicable al fondo del asunto. Reconocida esta posibilidad, las partes pueden realizar esta designación directamente en el acuerdo o contrato de inversión, estableciendo el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos y el Derecho que será aplicable, o no hacerlo. En este segundo supuesto, en que las partes no hayan dejado constancia del derecho al cual quieran someter su arbitraje, será el tribunal arbitral quien se encargará de analizar detenidamente, los supuestos facticos y las disposiciones de Derecho internacional aplicables

Dentro de este apartado, resulta interesante hacer mención al *caso World Duty Free, v. Kenia (2006)*⁶⁴. En este caso, el demandante es una sociedad mercantil, que suscribe un contrato de construcción, mantenimiento y operaciones con la República de Kenia, que reclama a esta última por una expropiación ilegal llevada a cabo sobre su propiedad vulnerándose lo establecido en el acuerdo. Una vez analizados los hechos fácticos por el tribunal arbitral vislumbra que en el contrato suscrito, se había fijado por las partes como Derecho aplicable el Derecho inglés conjuntamente con el Derecho keniano. Surgida esta contradicción, el tribunal arbitral, habiendo examinado los dos ordenamientos, concluyó en aplicar ambos de forma simultánea dado que plantean soluciones muy similares.

Se aprecian en este punto una serie de limitaciones, que coartan el principio de autonomía de las partes respecto a la elección del derecho aplicable. Así, nos encontramos por un lado con las normas interpretativas, y por otro con las de DIPr, que son de obligatoria aplicación, tanto para las partes como para el tribunal, constituyendo su inobservancia una causa de anulación del laudo arbitral.

La elección del orden jurídico, puede también derivar de forma indirecta o tácita deducida de los términos del contrato. No existiendo una cláusula expresa que indique en el contrato de inversión a este respecto, se reflejan en el mismo ciertos indicios de que las partes acordaron el sometimiento a un concreto orden jurídico.

Un ejemplo de esta situación, se dio en el caso *SPP v. Egipto (1992)*⁶⁵, en el que el demandante reclamaba la expropiación de determinados proyectos turísticos, que habían sido acordados con la República Egipcia. En el contrato suscrito no se había

⁶⁴ Asunto *World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya*, caso CIADI No. ARB / 00/ 7.

⁶⁵ Asunto *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, caso CIADI No. ARB/84/3.

integrado ninguna cláusula sobre el Derecho aplicable, sin embargo se realizaban numerosas referencias al Derecho egipcio. El tribunal arbitral resolvió entendiendo de aplicación el Derecho egipcio, designado por las partes de forma tácita, y supletoriamente para cubrir las lagunas, el Derecho Internacional.

c) Derecho aplicable por el tribunal arbitral, a falta de acuerdo

Remitiéndonos nuevamente al art. 42.1 CW, se establece que a falta de acuerdo entre las partes a este respecto, será de aplicación por el tribunal arbitral la legislación del Estado receptor de la inversión, inclusive sus normas de DIPr, y las de Derecho internacional que entiendan.

i. *Derecho del Estado receptor*

La aplicación del Derecho del Estado receptor de la inversión, responde, conforme a la doctrina, “al reconocimiento explícito de la aceptación de los papeles de árbitros en aplicar este orden jurídico en buena parte de los casos sometidos a su consideración”⁶⁶.

Un claro ejemplo en el que se pone de manifiesto la selección del orden jurídico del Estado receptor es el caso *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, (1984)⁶⁷, en el que el inversor estadounidense, el demandante, ve expropiados sus intereses por parte de Indonesia. En ausencia de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral, estableció que el Derecho aplicable al fondo del asunto era el Derecho del Estado receptor, junto con las normas de Derecho internacional pertinentes.

En lo que se refiere a las normas del Estado receptor, dada la amplitud legislativa mundial, cada Estado dispone de su propio sistema de resolución de conflictos, el cual variará conforme al asunto que se plantee. A grandes rasgos, se puede decir que si el conflicto es relativo a una inversión suscrita en un contrato, es de aplicación el ordenamiento jurídico con mayor vínculo a la relación contractual, si no existe acuerdo entre las partes. A este respecto, en el Reglamento Roma I, concretamente en su art. 4, se presentan varias soluciones en función del tipo de contrato: si el supuesto concreto se incluye en más de uno de esos tipos contractuales o no se encuentra bajo la categoría de ninguno de ellos, el operador jurídico debe aplicar

⁶⁶ FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 276.

⁶⁷ Asunto *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1.

el Derecho de la parte que ejecuta la prestación característica, pero, si a pesar de todas estas conexiones, el contrato está más vinculado a otro orden jurídico, se aplicará éste último.

ii. Normas de Derecho internacional

Recoge asimismo el art. 42.1 CW, en su apartado segundo, que el tribunal arbitral deberá aplicar también el Derecho internacional. En este sentido recoge el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁶⁸ en su art. 38: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59.”

Siendo éste aplicable recoge como Fuentes del Derecho Internacional: a) las Convenciones internacionales, b) la Costumbre internacional,⁶⁹ c) los Principios Generales del derecho,⁷⁰ d) las decisiones judiciales y la doctrina.

iii. Relación entre el Derecho internacional y el Derecho del Estado receptor

A este respecto, y conforme a lo establecido en el art. 42CW, existe una cierta discrepancia doctrinal sobre si en estos casos el Derecho internacional será de aplicación como complementario o como enmendador del Derecho nacional del Estado receptor. Así se puede apreciar cómo en la práctica, los tribunales arbitrales, conforme a cada asunto en particular determinan de forma discrecional la aplicación del Derecho internacional, no existiendo un criterio uniforme.

Así se refleja en el Caso *Autopista concesionada de Venezuela, c.a. (Aucoven) v. Republica Bolivariana de Venezuela*⁷¹, derivado de un contrato de concesión, en el que

⁶⁸ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas Adopción: 26 de junio de 1945.

⁶⁹ JUSTE RUIZ, J. / CASTILLO DAUDÍ, M.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 104-105.

⁷⁰ BENAVIDES CASALS, M.A. / NÚÑEZ LEIVA, J.I.: “Los principios en el derecho internacional: ¿una fuente del derecho o una fuente de interrogantes?” *Revista de Derecho (UCUDAL)*. 2da época. Año 13. Núm. 16 (dic. 2017). ISSN 1510-3714. ISSN on line 2393-6193, pp.32-46.

se recogía su sometimiento al arbitraje de inversión. En el contrato se hacían referencias sucintas al derecho Venezolano, sin embargo, el tribunal arbitral entendió de aplicación al fondo del asunto, el propio contrato de concesión, y el Derecho Internacional sobre el derecho nacional.

Asimismo, aparte de lo recogido en el CW a este respecto, existen otros instrumentos convencionales, que también integran determinada regulación. Así el TCE, en su art. 26.6, como el TCLAN en su art.1131.1⁷², fijan que el tribunal arbitral resolverá conforme al Tratado o Convenio y el Derecho Internacional. Del mismo modo, el CAFTA-Dr, en su art. 10.22, de una forma más detallada, prevé la resolución del conflicto en aplicación de las normas del propio contrato, y a falta de acuerdo será de aplicación el Derecho nacional del demandado, así como sus normas de conflicto y las de Derecho Internacional⁷³.

Reflejando estas disposiciones de igual modo, diferentes inclinaciones acerca del orden jurídico en la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional del Estado receptor.

B) Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión

El derecho aplicable a las controversias a la luz de un TBI, será principalmente el propio tratado de inversión. Sin embargo, en aquellos Tratados que tengan integrada una cláusula paraguas⁷⁴ supondrá que los litigios derivados del TBI atiendan a un reclamo contractual. Ello implica que el derecho aplicable al fondo de las controversias será el descrito en el apartado anterior, es decir, el descrito para las controversias derivadas de contratos en materia de inversión o de la Ley seleccionada por las partes. Así la cláusula paraguas funciona como una garantía adicional para garantizar el cumplimiento de lo estipulado en el contrato.

⁷¹ Laudo Arbitral de 23 de septiembre de 2003, Caso Autopista concesionada de Venezuela, *c.a. (Aucoven) v. Republica Bolivariana de Venezuela* CIADI Caso No. ARB/00/5.

⁷² Art. 26.6 del TCE, disponible en : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf> y art 1131.1 del TCALN disponible en : http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/cap11_2.asp (Consultado el 28/11/2018)

⁷³Art. 10.22 de CAFTA-DR, texto disponible en inglés en : https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file1_4004.pdf (Consultado el 28/11/2018)

⁷⁴ *Vid.* nota 17.

a) El TI como fuente primaria aplicable al fondo: El papel del TI

Constituye el propio Tratado de Inversión, la principal fuente de derecho para la resolución de controversias surgido en el seno de un TBI. Ello no implica que el TBI vaya a ser la única y exclusiva fuente de Derecho que se vaya a tener en cuenta en la resolución del conflicto, si no que serán asimismo de aplicación otras fuentes de Derecho⁷⁵.

Reflejo de ello en la práctica, se aprecia en el Caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc .v. República Argentina*⁷⁶, en el que frente a la falta de acuerdo expreso entre las partes en lo relativo al Derecho aplicable para resolver las controversias el tribunal arbitral aplica el Derecho internacional prevalentemente sobre el Derecho interno, al existir contradicciones entre las partes. Entendiendo el tribunal arbitral no justificado la violación del Tratado por aplicación de su normativa nacional.

También en el Caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*⁷⁷, en el que el Tribunal resolvió manifestando que respecto a los APPRI, se aplica el Derecho elegido por las partes. Así resolvió en aplicación conjunta del derecho de los APPRI y el derecho nacional del Estado receptor, en este caso el argentino, y el Derecho Internacional. Así como en el Caso *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina*⁷⁸: en que dado un incumplimiento del tratado por una de las partes, el tribunal arbitral resolvió conforme al Derecho interno y el Derecho internacional, sin exclusión uno de otro y sin ningún orden de prelación.

El papel del TI como instrumento principal aplicable a la resolución de las controversias surgidas de un TI se encuentra refrendado asimismo entre otros, en la decisión del comité *ad hoc* del caso *Compañía de aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*⁷⁹, que se pronuncia manifestando que los

⁷⁵ NEWCOMBE, A. / PARADELL, L.: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, The Netherlands: Wolters Kluwer, Law &Business, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 86-88

⁷⁶ Caso *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc .v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB /02/ 1.

⁷⁷ *Decision on Jurisdiction*, de 3 de agosto de 2006. Caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/19.

⁷⁸ *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, de 17 de julio de 2003, asunto *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8.

⁷⁹ Laudo arbitral de 20 de agosto de 2007, *Compañía de aguas del A Conquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina* Caso CIADI No. ARB/97/3.

arbitrajes derivados de un TI están regulados por los derechos del inversor y las obligaciones del Estado receptor, los cuales han sido fijados en el TI, siendo éste *lex specialis* y la fuente de derecho principal de aplicación. Así el tribunal arbitral deberá ceñirse a las reglas del CIADI, el TBI, y por el Derecho internacional que resulte de aplicación al caso.

Conforme a ello, siendo de aplicación el Tratado de Inversión y el Derecho internacional a los reclamos ocasionados bajo el TI, queda el Derecho nacional del Estado receptor limitado a ciertas cuestiones preliminares e incidentales.

b) El Derecho nacional del Estado receptor

Aunque es el TI la principal fuente de derecho de aplicación por el tribunal arbitral en la resolución de los conflictos, éste no puede ser aplicado de forma exclusiva, puesto que en él no se regulan todos los aspectos de la relación inversor-Estado⁸⁰. De ahí que se requieran otras fuentes de derecho como el Derecho nacional del Estado receptor, que regula cuestiones tales como los relativos a la admisión, licencias, o el régimen impositivo⁸¹.

Un claro ejemplo de la relevancia del Derecho nacional del Estado receptor, surge al valorar la existencia de la inversión, acorde con Derecho nacional, dónde la inversión es mantenida, el cual establece o limita la consideración y validez de la inversión. Atendiendo a lo cual, el Derecho nacional del Estado receptor, es relevante de cara a la determinación sobre si la inversión es mantenida en el Estado receptor, sobre los derechos relativos a la inversión, las condiciones de la inversión, o las medidas correspondientes al gobierno ante el incumplimiento del TI. Esto se mantiene en el Caso *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7⁸², en cuya resolución el tribunal arbitral destacó que “el incumplimiento de una obligación internacional deberá ser, por definición, juzgada en términos de Derecho Internacional. Para establecer los hechos de dicho incumplimiento, puede resultar necesario tomar en cuenta el derecho local”⁸³.

⁸⁰ NEWCOMBE, A. / PARADELL, L.: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, The Netherlands: Wolters Kluwer, Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 9.

⁸¹ SCHREUER, C.: “International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID /en/ Austrian”, *Review of International and European Law*, 1996, p. 89.

⁸² Caso *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7.

⁸³ Laudo de 25 de Mayo de 2004, caso *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Case CIADI No. ARB/01/7, en, ap. 204

Siendo dentro el Derecho nacional, aplicable, el Derecho vigente en el momento en que se llevó a cabo la inversión, y el derecho o modificaciones posteriores. Pudiendo los cambios introducidos en la legislación nacional resultar perjudiciales para el inversionista, deberá el tribunal arbitral analizar la validez de los mismos, si éstos suponen un incumplimiento del Tratado de Inversión, debiendo contrastar la compatibilidad de las modificaciones introducidas en el derecho nacional con las obligaciones contraídas por el Estado en el Tratado de Inversiones suscrito.

c) El papel del Derecho internacional

Como se manifiesta en el punto anterior, el TI no se aplica de forma autónoma, puesto que no son regímenes autónomos. Así el TI, como “*lex specialis*”, es perfeccionado por el Derecho consuetudinario internacional, al analizar la responsabilidad del Estado receptor en las controversias derivadas del TI, debiendo, en los casos de que en el TI no se regule un aspecto o materia de forma expresa, será interpretado el Tratado de Inversión a la luz del Derecho consuetudinario internacional.

A este tenor, varios tribunales han mostrado su apoyo, como en el caso *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3*⁸⁴, así manifiesta el tribunal arbitral, que debe el TI “*completarse dentro de un contexto jurídico más amplio (...) ya sea de naturaleza jurídica internacional, ya de derecho interno*”, siendo éste una creación del Derecho Internacional, operará dentro de su sistema legal.

Otra manifestación de ello, es la posibilidad que se reconoce al inversor en muchos Tratados de Inversión, de acudir al arbitraje de inversión directamente, sin exigirse el previo agotamiento de los recursos internos de Estado receptor, como se requiere en el Derecho internacional consuetudinario.

Esta tesis, resumida en el aforismo “*lex specialis derogat generali*”, viene a suponer que siendo el Tratado de Inversión la *lex specialis*, asumida por la partes de forma expresa para regular sus relaciones, deberá primar por encima del resto de fuentes del Derecho Internacional.

⁸⁴ Laudo de 27 de junio de 1990, caso *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, ap. 21.

d) Principio *Lex Specialis*

Este principio faculta al tribunal arbitral para aplicar la norma especial, es decir el TI, en lugar de las normas generales aplicables, debiendo interpretarse la norma específica dentro de los límites de la norma general. Este principio ha sido aplicado de forma general por la jurisprudencia internacional. Martti Koskenniemi, en su Informe del Grupo de Estudio de la Comisión Internacional, sobre la fragmentación del Derecho Internacional⁸⁵, concretó cuatro casos en los que este principio es de aplicación: “El principio puede operar: 1) dentro de un único instrumento; 2) entre dos instrumentos diferentes; 3) entre una norma convencional y una norma no convencional; y 4) entre dos normas no convencionales.” Siendo el tercer apartado, en el caso de los Tratados de Inversión, de aplicación en la regulación de la relación entre el TI y la costumbre.

En este sentido se pronunció la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Nicaragua v. los Estados Unidos de América*, fallo de 27 de junio de 1986⁸⁶, entendiendo inapropiado que un Estado instara una reclamación basada en una norma de derecho consuetudinario, si ya existía un tratado en el que se fijaban las pautas para solventar esa reclamación.

Aceptado universalmente que un tratado de inversión (*lex specialis*), es fuente de derecho entre las partes, en primacía al derecho consuetudinario, que en defecto del primero hubiera sido de aplicación para la regulación de la relación entre las partes.⁸⁷ Es poco frecuente que la aplicación del principio *lex specialis*, suponga la exclusión total del Derecho general Consuetudinario, como aconteció en el caso *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1⁸⁸.

⁸⁵ KOSKENNIEMI M.: “Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión Internacional, sobre la fragmentación del Derecho Internacional”, *Comisión de Derecho Internacional. 58º periodo de sesiones*, Ginebra, 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006. Ap. 68. Versión *on line*.

⁸⁶ Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. los Estados Unidos de América) (fondo del asunto), I.C.J. Reports 1986, p. 137 (párr. 274).

⁸⁷ KOSKENNIEMI M.: “Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión Internacional, sobre la fragmentación del Derecho Internacional” .*Comisión de Derecho Internacional. 58º periodo de sesiones*. Ginebra, 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006. Ap.81. Versión *on line*.

⁸⁸ *Caso United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, Caso CIADI No. UNCT/02/1.

V. SENTENCIA DEL TJUE DE 6 DE MARZO DE 2018 ASUNTO C-284/16 SLOVAK REPUBLIC v. ACHMEA BV

1.- INTRODUCCIÓN

En este apartado se va a analizar y comentar la Sentencia dictada por el TJUE el 6 de marzo de 2018, respecto al asunto C-284/16 *Slovak Republic* contra *Achmea*⁸⁹. En ella, el tribunal declaró la incompatibilidad de una cláusula de arbitraje incluida en un acuerdo internacional de inversión celebrado entre los Países Bajos y Eslovaquia⁹⁰, con el Derecho de la UE.

En este fallo, el TJUE, resuelve una petición de decisión prejudicial⁹¹ planteada por un tribunal alemán. Ante este órgano jurisdiccional germano el Estado Eslovaco había interpuesto un recurso de anulación del laudo arbitral de 7 de diciembre de 2012⁹². Este laudo había sido dictado por un tribunal arbitral⁹³, designado conforme a lo estipulado en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocas de las Inversiones celebrado entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca.

Esta sentencia marca un hito para la historia del arbitraje de inversiones, habiendo el TJUE, contrariamente a la posición del Abogado General Melchior Wathelet en sus conclusiones, declarado que tanto el art. 344 TFUE, como el 267 TFUE, son opuestos al arbitraje inversor-Estado recogidos en un TBI- *intra* europeo.

Ciertamente, no existen precedentes sobre este tema, siendo la primera vez que el TJUE se pronuncia sobre la compatibilidad de los arts. 18 TFUE, 267 TFUE y 344 TFUE con los TBI llevados a cabo entre EEMM de la UE. Representa este fallo una cuestión de gran trascendencia y con una enorme importancia dada su repercusión en

⁸⁹ Achmea Holding N.V. es uno de los mayores proveedores de servicios financieros en los Países Bajos. La compañía es el resultado de una fusión entre *Zilveren Kruis* y *Avéro Centraal Beheer Groep* llevada a cabo el 1 de enero de 1995.

⁹⁰ El TBI Países Bajos/República Eslovaca fue celebrado el 29 de abril de 1991 y entró en vigor el 1 de octubre de 1992. La República Eslovaca, como sucesora de la República Federal Checa y Eslovaca, se subrogó en los derechos y obligaciones de esta última el 1 de enero de 1993, y se convirtió en Estado miembro de la Unión el 1 de mayo de 2004.

⁹¹ Petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal de Alemania) el 23 de mayo de 2016.

⁹² Laudo final de 7 de diciembre de 2012, (caso CPA n.º 2008-13), Achmea BV. c/ República Eslovaca.

⁹³ Tribunal arbitral compuesto por el Sr. *Vaughan Lowe QC* como presidente, y los Sres. *Albert Jan van den Berg* y *V.V. Veeder Q*, como árbitros. Formado conforme a lo estipulado en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca y al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), desempeñando la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) las funciones de Secretaría.

relación a los 196 TBI internos de la UE suscritos hoy por hoy, que se encuentran actualmente en vigor⁹⁴. También es de vital trascendencia de cara a los procedimientos arbitrales derivados de los mismos, ya iniciados, y aquellos sobre los que recae algún laudo arbitral pendientes de cumplimiento.

2.- ITINERARIO PROCESAL

El 29 de abril de 1991, tuvo lugar la celebración del Tratado para el Fomento y Protección Recíprocos de las Inversiones entre la República Federal Checa y Eslovaca, y el Reino de los Países Bajos. Este texto normativo entró en vigor el 1 de octubre de 1992. El 1 de enero de 1993, la República Eslovaca, sustituye a la República Federal Checa y Eslovaca, y se subroga en todos sus derechos y obligaciones, entre éstos también incluye todo lo concerniente al TBI suscrito con Países Bajos, y en mayo de 2004 se integra en la UE como Estado miembro.

En 2004 el Estado Eslovaco, llevó a cabo una reforma de su sistema sanitario y una liberalización de su mercado, permitiendo el acceso de inversiones extranjeras a su mercado de seguros de enfermedad privados. En ese momento, Achmea, empresa de seguros neerlandés, habiendo sido admitida como operadora de seguros de enfermedad, establece en Eslovaquia una filial, comenzando a operar allí.

No obstante, dos años después, en 2006, tras un cambio de Gobierno, Eslovaquia aprueba e introduce una Ley de 25 de octubre de 2007, rectificando la liberalización del mercado de los seguros de enfermedad, dejándola parcialmente sin efecto. Prohibía además, la distribución de los beneficios generados en las actividades del sector de los seguros de enfermedad privados. Prohibición que tiempo después, el *Ústavný súd Slovenskej republiky* (Tribunal Constitucional de la República Eslovaca) declaró contraria a la Constitución Eslovaca en su sentencia de 26 de enero de 2011. Como consecuencia de ello, la República Eslovaca, emitió una nueva Ley que entró en vigor el 1 de agosto de 2011, aprobando nuevamente la distribución de tales beneficios derivados de las actividades de seguros de enfermedad privados.

Con todo lo anterior, la empresa Achmea, al entender que las medidas legislativas adoptadas por Eslovaquia en 2007 le habían causado un perjuicio económico directo, inicia un procedimiento arbitral en 2008, contra Eslovaquia,

⁹⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet presentadas el 19 de septiembre de 2017, asunto C-284/16 *Slowakische Republik contra Achmea BV*, ap. 3. (ECLI:EU:C:2017:699).

conforme a lo establecido en el TBI Países Bajos/República Eslovaca en su art. 8. Alegando la empresa ante el tribunal arbitral que la prohibición llevada a cabo por el Gobierno eslovaco en 2007, infringía el art. 3, apartados 1 y 2, el art. 4 y el art. 5 del TBI Países Bajos/República Eslovaca, y en atención a ello, solicitó una indemnización de daños y perjuicios por importe de 65 millones de euros.

Ante el inicio de este procedimiento arbitral contra la República Eslovaca, ésta interpuso una excepción de incompetencia fundamentada en que, puesto que el TFUE ya regulaba la materia contenida en el TBI Países Bajos/República Eslovaca, debía de ser este Tratado inaplicable o darse por concluido. Toma para ello como base los arts. 30 y 59 de la Convención de Viena de 1969⁹⁵. Como consecuencia de lo anterior, manifiesta que se estaba produciendo una incompatibilidad de la cláusula arbitral contenida en el art. 8.2 del TBI, teniendo competencia exclusiva el TJUE, para resolver de las pretensiones de Achmea. Esta excepción fue desestimada por el tribunal arbitral designado, mediante laudo arbitral interlocutorio de 26 de octubre de 2010⁹⁶, en el que se declaraba la competencia del mismo. Se presentaron a continuación dos recursos de anulación contra este laudo por parte de la República Eslovaca, frente a los tribunales de primera instancia y apelación alemanes, que no prosperaron.

Posteriormente el tribunal arbitral resolvió mediante laudo final de 7 de diciembre de 2012⁹⁷. En dicho laudo se condena a la República Eslovaca a indemnizar a Achmea por un importe principal⁹⁸ de 22,1 millones de euros, en concepto de daños y perjuicios, causados por las medidas adoptadas por ésta, respecto a la prohibición de distribuir beneficios⁹⁹ y prohibición de transferencias¹⁰⁰, medidas que quebrantaban lo

⁹⁵ Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. *BOE* núm. 142, 13-VI-1980, pp. 13099 a 13110.

⁹⁶ Laudo de 26 de octubre de 2010, (caso CPA n.º 2008-13), entre Achmea BV (antes Eureko BV) y la República Eslovaca.

⁹⁷ Laudo final de 7 de diciembre de 2012, (caso CPA n.º 2008-13), entre Achmea BV (antes Eureko BV) y la República Eslovaca.

⁹⁸ Más intereses, gastos de arbitraje y honorarios de abogado de Achmea.

⁹⁹ Conforme la Ley eslovaca núm. 530/2007, de 25 de octubre de 2007, los beneficios obtenidos de los seguros de enfermedad debían emplearse para atender las necesidades del sistema sanitario interno del país. Esta Ley fue declarada contraria a la Constitución Eslovaca por el *Ústavný súd Slovenskej republiky* (Tribunal Constitucional de la República Eslovaca). El tribunal arbitral entendió que opuestamente a lo que defendía Achmea, la prohibición de distribuir beneficios no constituía una expropiación de su inversión.

¹⁰⁰ Prohibición recogida en la Ley eslovaca 192/2009, de 30 de abril de 2009, que puso fin a la posibilidad de que una sociedad de seguro de enfermedad vendiera su cartera de seguros a otra compañía aseguradora. También estipulaba en caso de insolvencia de una sociedad de este tipo, su cartera de

pactado por las partes en el TBI, en sus arts. 3 (respecto al trato justo y equitativo) y art. 4 (en lo referido a la libre transferencia de los pagos).

Frente a tal resolución condenatoria del tribunal arbitral, la República Eslovaca, habiendo sido fijado como lugar de arbitraje Alemania, interpuso un recurso de anulación ante el *Oberlandesgericht Frankfurt am Mein* (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania). Éste desestimó el recurso mediante una resolución que posteriormente fue recurrida en casación por la República Eslovaca ante el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal de Alemania). El recurso de anulación del laudo final, fue interpuesto bajo la fundamentación de ser contrario al orden público, ya que conforme al art. 267 TFUE, un tribunal arbitral no tiene la posibilidad de dirigir al TJUE una petición de decisión prejudicial, con lo que no se han respetado las disposiciones de Derecho de la UE de rango superior, en lo que respecta a la libre circulación de capitales. Además, al fijar un importe del perjuicio, se entendía vulnerado su derecho de defensa. Asimismo, alega la nulidad de la cláusula arbitral recogida en el art.8 del TBI, puesto que razona es contraria a los arts. 267 TFUE y 344 TFUE, y al principio de no discriminación recogido en el art. 18 TFUE.

Aunque el tribunal remitente, es decir, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal Alemán) no comparte las dudas puestas de manifiesto por la República Eslovaca en lo referente a la compatibilidad del art. 8 del TBI Países Bajos/República Checa con los arts. 18 TFUE, 267 TFUE y 344 TFUE, ya que el TJUE aún no se había pronunciado a este respecto, resolvió en suspender el procedimiento y plantear al TJUE una petición de decisión prejudicial, respecto a la compatibilidad de la cláusula arbitral impugnada por Eslovaquia con el TFUE¹⁰¹.

La República Checa, Estonia, Grecia, España, Italia, Chipre, Letonia, Hungría, Rumanía, Polonia y la CE presentaron observaciones respaldando la posición defendida

seguros debía cederse a una de las dos compañías aseguradoras pertenecientes al Estado, sin ningún tipo de contrapartida.

¹⁰¹ Petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Alemania) el 23 de mayo de 2016 — República de Eslovaquia / Achmea BV (Asunto C-284/16). Se plantean tres cuestiones: “1) ¿Se opone el artículo 344 TFUE a la aplicación de una norma incluida en un tratado bilateral de protección de la inversión entre Estados miembros de la Unión (un denominado “TBI interno de la Unión”) con arreglo a la cual un inversor de un Estado parte, en caso de controversia sobre inversiones en el otro Estado parte, puede iniciar un procedimiento contra este último ante un tribunal arbitral, cuando el tratado bilateral de protección de la inversión se celebró antes de la adhesión de uno de los Estados parte a la Unión pero el procedimiento arbitral se pretende iniciar después de dicha adhesión?. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:2)¿Se opone el artículo 267 TFUE a la aplicación de tal norma?. En caso de respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda: 3) ¿Se opone el artículo 18 TFUE, párrafo primero, a la aplicación de tal norma en las circunstancias descritas en la primera cuestión?”

por la República Eslovaca. Opuestamente Alemania, Francia, Los Países Bajos, Austria y Finlandia apoyan la posición contraria afirmando que la cláusula en cuestión, así como las demás de similar índole contenidas en los 196 TBI *intra-europeos* actualmente en vigor, son totalmente válidas y conforme a Derecho.

3.- MARCO JURÍDICO

Como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, para la resolución de controversias surgidas de un Tratado de Inversiones, es de aplicación en primer lugar el propio tratado. Así, será de aplicación el TBI Países Bajos/Checoslovaquia, de 29 de abril de 1991.

Más concretamente son de relevancia en la cuestión planteada, sus arts. 2, sobre la promoción y admisión de las inversiones; el art. 3, que establece la garantía de un trato justo y equitativo, una protección y seguridad plenas, y del trato más favorable; el art. 4, sobre la garantía de los pagos relativos a la inversión; el art. 5, que establece la prohibición de tomar medidas que priven a los inversores de sus inversiones; el art. 8 sobre la resolución de controversias que deberán dirimirse de forma amistosa, o ante un tribunal arbitral; y el art.13, en lo relativo la vigencia del Tratado.

En la cuestión prejudicial se plantea precisamente la incompatibilidad del art. 8 del TBI, con determinados preceptos del TFUE¹⁰², más concretamente con los artículos 18 TFUE, que recoge la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, art. 267 TFUE, sobre la competencia del TJUE y art. 344 TFUE, que enuncia el compromiso de los Estados firmantes a no someter la interpretación o aplicación de los tratados a un procedimiento de solución distinto.

Asimismo, habiendo sido designado como lugar de arbitraje Fráncfort del Meno (Alemania), el derecho aplicable al procedimiento arbitral fue el derecho alemán. Se acordó por el tribunal arbitral y por las partes que la función de secretaría fuera desempeñada por la Corte Permanente de Arbitraje. Siendo de aplicación respecto a la competencia del tribunal arbitral, los artículos 1040 y 1059, de la *Zivilprozessordnung* (Código de Enjuiciamiento Civil alemán), que tratan sobre la competencia del tribunal arbitral para resolver sobre su propia competencia y sobre la solicitud de anulación del laudo arbitral, respectivamente.

¹⁰² *DOUE*, C/83, 30-III-2010.

4.- FONDO DEL ASUNTO

A) Planteamiento General

Se presenta por parte del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal Alemán), tres cuestiones ante el TJUE, sobre la posible incompatibilidad de la cláusula arbitral del art. 8 del TBI con los arts. 344, 267 y 18 TFUE, respecto a las cuales presentan el Abogado General y el TJUE, posturas llamativamente contrapuestas. Mientras que el Abogado General lleva a cabo un análisis exhaustivo de las tres cuestiones, el TJUE se ciñe al examen meramente procedimental de las mismas, resolviendo sobre la primera y segunda conjuntamente y no acerca de la tercera por entenderlo innecesario.

Recuerda en primer lugar el TJUE, de forma introductoria, que como recoge en su reiterada jurisprudencia, un acuerdo internacional no puede quebrantar el orden de competencias precisado en los Tratados, ni tampoco la autonomía del sistema jurídico de la UE, cuyo garante es el propio TJUE, como así se ampara en el art. 344 TFUE¹⁰³.

Asimismo, en su jurisprudencia reafirmada, la autonomía del Derecho de la UE, se fundamenta en las peculiaridades de la Unión, concretamente en la estructura constitucional de ésta, así como en la naturaleza de su Derecho. Las características esenciales del Derecho de la UE son su procedencia de una fuente autónoma, instituida por los Tratados, así como su primacía respecto al Derecho interno de los EEMM y su efecto directo.

Bajo la premisa de que todos los EEMM de la UE comparten unos determinados valores comunes, se justifica la confianza mutua entre los EEMM, y en el respeto a la UE que es la encargada de aplicarlos. Con ello, y en atención al principio de Cooperación, recogido en el art. 4 del TUE, corresponde a cada EEMM, de forma particular, asegurarse de que en su territorio se cumple y se respeta el Derecho europeo, así como el desarrollo de todas las medidas necesarias para garantizarlo¹⁰⁴. Así, corresponde tanto a los órganos jurisdiccionales nacionales de los EEMM como al

¹⁰³ Dictamen 2/13 de Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014, ap. 201 (TJCE 2014, 368), (ECLI:EU:C:2014:2454).

¹⁰⁴ Dictamen 2/13 de Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014, ap. 168 y 173 (TJCE 2014, 368), (ECLI:EU:C:2014:2454).

TJUE afianzar la plena aplicación y cumplimiento del Derecho de la UE¹⁰⁵. Premisa que también comparte el Abogado General en sus conclusiones.

Proclama el TJUE como piedra angular del sistema jurisdiccional europeo, el procedimiento de remisión prejudicial emitido en el art. 267 TFUE, cuyo propósito es lograr una uniforme interpretación del Derecho europeo, lo cual garantizará a su vez la coherencia, plena eficacia y autonomía del sistema jurisdiccional. Y manifiesta que para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, es fundamental que los tribunales que lo interpreten y apliquen se hallen integrados en el sistema jurisdiccional de la Unión¹⁰⁶, puesto que sus resoluciones se encuentran sujetas a mecanismos como la remisión prejudicial que la aseguran.

El razonamiento del TJUE en esta sentencia toma como base tres argumentos principales, que a continuación se analizarán.

B) Sobre si el tribunal arbitral interpreta o aplica el Derecho de la UE

A este tenor, se lleva a cabo en primer lugar por el TJUE, un análisis sobre si las controversias que competen al tribunal arbitral, conforme al art. 8 del TBI, versan sobre interpretación o aplicación del Derecho de la UE en el sentido del art. 344 TFUE. Respecto a lo cual, el TJUE razona que el Derecho de la UE está integrado en el Derecho nacional vigente de cada EEMM y a su vez deriva de los Tratados suscritos entre los EEMM. Estimando que esto supone que el tribunal arbitral que se prevé en el art. 8 del TBI, efectivamente podrá encontrarse apremiado a interpretar o aplicar el Derecho de la UE, especialmente en lo relacionado con las libertades fundamentales.

En el mismo sentido, tanto la República Eslovaca, como la CE, y varios EEMM, mantienen que el art. 344 TFUE sí es aplicable en este caso, y que ciertamente nos encontrarnos ante un supuesto de interpretación y aplicación del Derecho de la UE.

Contrariamente, se pronuncian también sobre ello, el órgano jurisdiccional remitente, y el Abogado General. El primero entiende que únicamente se produciría una infracción del art. 344 TFUE en el caso de que el laudo arbitral tuviera como objeto la interpretación y la aplicación de las disposiciones del Derecho de la UE¹⁰⁷, supuesto que

¹⁰⁵ Dictamen 2/13 de Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014, ap. 175 (TJCE 2014, 368), (ECLI:EU:C:2014:2454).

¹⁰⁶ Dictamen 1/09, Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes, de 8 de marzo de 2011, ap. 82 (ECLI:EU:C:2011:123).

¹⁰⁷ STJUE de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03), ap. 140, 149 y 151 a 153 (ECLI:EU:C:2006:345).

en este caso considera no se da. El segundo, razona y concluye que el ámbito de aplicación del TBI en cuestión, es más extenso que el ámbito del TFUE y TUE, siendo las garantías de protección recogidas en el TBI diferentes a las otorgadas conforme al Derecho de la UE. No siendo sin embargo éstas, incompatibles entre ellas. Por ello, deduce que una controversia surgida entre la República Eslovaca y un inversor neerlandés enmarcada dentro del TBI Países Bajos/República Checa no es un litigio que verse sobre la aplicación o interpretación del Derecho de la UE.

C) Sobre si el tribunal arbitral es un órgano jurisdiccional de uno de los EEMM

En segundo lugar, se entra a valorar si un tribunal arbitral como el que se recoge en el art. 8 del TBI, puede ser considerado como un órgano jurisdiccional de uno de los EEMM¹⁰⁸ en el sentido del art. 267 TFUE. Precepto en que se amparan las garantías que sostienen el orden de competencias fijado en el TUE y el TFUE, así como la autonomía del sistema jurídico de la UE.

Conforme desarrolla la jurisprudencia, en el sentido del art. 267 TFUE, para poder calificar un órgano jurisdiccional como tal, han de cumplirse una serie de características. El Abogado General en sus conclusiones las analiza:

a) Origen legal de los tribunales arbitrales

En el caso de arbitraje entre particulares y Estados procedente de una cláusula compromisoria recogida en un contrato, la jurisprudencia del TJUE, ya había declarado no tratarse de órganos jurisdiccionales. Esto es así, puesto que las partes no tenían obligación de hecho ni de derecho de someterse a arbitraje, dado que habían acordado someterse a él mediante contrato, y además, las autoridades públicas no se encontraban involucradas en la vía arbitral por lo que no podrían intervenir de oficio.

En este sentido, el Abogado General en sus conclusiones toma como base la STJUE de 12 de junio de 2014, asunto *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*¹⁰⁹, y el Auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada*¹¹⁰. En la primera, el TJUE entendió que se cumplía el criterio legal al recoger una ley portuguesa

¹⁰⁸ CIENFUEGOS MATEO, M.: “Noción de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial”, *European Inklings (EUi)*, núm. 4, 2014, pp. 32-35.

¹⁰⁹ STJUE de 12 de junio de 2014, asunto C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, (ECLI:EU:C:2014:1754).

¹¹⁰ Auto TJUE de 13 de febrero de 2014, asunto C-555/13, *Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare Ltd.* y otros, (ECLI:EU:C:2014:92).

el sistema de arbitraje como el adecuado para resolver judicialmente litigios en el ámbito tributario. En el segundo asunto mencionado, el TJUE, también estimó que se daba cumplimiento del origen legal, al resultar asimismo de una ley portuguesa y no de la voluntad de las partes.

Por ello, entiende el Abogado General, que se cumple la primera condición del origen legal de un tribunal arbitral instituido conforme al art. 8 del TBI Países Bajos/Checoslovaquia, puesto que no radica únicamente en un Tratado internacional, sino que también lo hace en la leyes checoslovaca y neerlandesa que han ratificado el TBI, habiéndose por ello integrado en los ordenamientos jurídicos de esos EEMM.

b) *Permanencia de los tribunales arbitrales*

Se hace una distinción entre el arbitraje internacional institucional, y el *ad hoc*, encontrándose en el primero una institución a cargo del procedimiento y su administración, y en el segundo son las propias partes quienes se encargan de la administración del procedimiento.

Tomando el Abogado General como punto de apoyo nuevamente la STJUE de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*¹¹¹, y el Auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada*¹¹², determina que el criterio de permanencia, ha de analizarse respecto a la institución arbitral administradora y no respecto al tribunal arbitral, cuya composición y actividad finaliza una vez resuelta la controversia. Pudiendo esto ser de aplicación al tribunal arbitral constituido con arreglo al art. 8 del TBI, puesto que en ese art. 8, se fija la potestad otorgada a la CCE para nombrar a los árbitros, la cual es una Institución permanente. Además es de aplicación al procedimiento el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Habiéndose desarrollado el procedimiento arbitral bajo la protección de la CPA, entiende el Abogado General cumplido también este criterio de permanencia.

c) *Obligatoriedad de la jurisdicción de los tribunales arbitrales*

La jurisprudencia del TJUE, pone de manifiesto que en el marco convencional no existe tal obligación ni de hecho ni de derecho de las partes a someterse a arbitraje, no concerniendo además a las autoridades públicas de los EEMM la selección del medio de arbitraje, ni la intervención de oficio durante el

¹¹¹ STJUE de 12 de junio de 2014, asunto C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (ECLI:EU:C:2014:1754).

¹¹² Auto TJUE de 13 de febrero de 2014, asunto C-555/13, *Merck Canada Inc. contra Accord Healthcare Ltd* y otros, (ECLI:EU:C:2014:92).

procedimiento. No habiéndose pronunciado el Tribunal Europeo en este sentido en sentencias como la de 17 de octubre de 1989, sobre el caso *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening*, en nombre de *Danfoss*¹¹³, o el Auto de 13 de febrero de 2014, en referencia al caso *Merck Canada*¹¹⁴, en que los tribunales arbitrales sí fueron considerados como órganos jurisdiccionales con carácter obligatorio, ya que así lo recoge el ordenamiento jurídico portugués y danés respectivamente. En la STJUE de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*¹¹⁵, a pesar de que el contribuyente se decantara facultativamente por el arbitraje, pudiendo haber recurrido directamente a los tribunales jurisdiccionales ordinarios, estima el tribunal que ello no altera su carácter obligatorio ni lo excluye de su consideración como tribunal jurisdiccional de un EEMM.

Entiende por ello, el Abogado General, que pueden extenderse tales conclusiones al caso que nos ocupa, puesto que así se recoge en el ap. 7 del art. 8 del TBI. En él se describen las decisiones del tribunal arbitral como “definitivas y obligatorias para las partes”, no dejando duda acerca de la vinculación del laudo arbitral para las partes. Habiendo acordado y consentido la República Eslovaca su sometimiento a la vía de arbitraje, deduce el Abogado General que con arreglo al art. 8.2 del TBI, se desprende un claro carácter obligatorio para las partes, tanto para el inversor como para el Estado miembro.

d) *Carácter contradictorio del procedimiento ante los tribunales arbitrales*

El principio de contradicción se encuentra garantizado, en el apartado 5 del art. 8 del TBI, que establece que “el tribunal arbitral determinará su propio procedimiento aplicando el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”. En este Reglamento, tanto en su versión de 1976, como en las dos últimas de 2010 y 2013, se recogen las garantías de un proceso que siga el principio de igualdad entre las partes, dando a cada una de ellas la posibilidad de hacer valer sus derechos, así como el intercambio de escritos, la organización y participación de las partes en la audiencia.

¹¹³ STJCE de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/88, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening*, en nombre de *Danfoss*, (ECLI:EU:C:1989:383).

¹¹⁴ Auto TJUE de 13 de febrero de 2014, asunto C-555/13, *Merck Canada Inc. contra Accord Healthcare Ltd* y otros (ECLI:EU:C:2014:92).

¹¹⁵ STJUE de 12 de junio de 2014, asunto C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, (ECLI:EU:C:2014:1754).

Recoge de igual modo el art. 8 en su ap. 6, que el tribunal arbitral deberá resolver en todo caso conforme a Derecho.

En lo que a la independencia e imparcialidad se refiere, no se han puesto éstas en cuestión puesto que ya quedan garantizadas por las exigencias recogidas en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Concluye el Abogado General afirmativamente sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJUE, entendiendo que efectivamente el tribunal arbitral instituido a tenor del art. 8 del TBI Países Bajos/ Checoslovaquia es un órgano jurisdiccional en el sentido del art. 267 TFUE.

En relación a lo cual, el Abogado General señala que por un lado si el TJUE, en el mismo sentido, el TJUE estimara que los tribunales arbitrales constituidos a tenor del art. 8 del TBI referido, son órganos jurisdiccionales de los EEMM conforme al art. 267 TFUE, participan en ese caso en el diálogo jurisprudencial referido en el ap. 176 del dictamen 2/13¹¹⁶ y por tanto, se encuentran bajo la obligación de aplicar el Derecho de la Unión. En ese supuesto, el arbitraje recogido en el art. 8 del TBI, no menoscabaría ni el art. 344 TFUE, ni el orden de competencias fijado en el TUE y TFUE, ni por consiguiente tampoco quebrantaría la autonomía del sistema jurídico de la UE. En este hipotético, los tribunales arbitrales se encuentran obligados, bajo pena de nulidad por infracción del orden público, a someterse a los principios fijados por el TJUE en los apartados 65 a 70 del dictamen 1/09¹¹⁷, y en los ap. 157 a 176 del dictamen 2/13¹¹⁸, principalmente en lo que respecta a la primacía del Derecho de la UE¹¹⁹ sobre el Derecho de sus EEMM y respecto a cualquier acuerdo internacional entre EEMM. La mera inaplicación o aplicación incorrecta por los tribunales arbitrales del Derecho de la UE, conllevaría un incumplimiento por los EEMM, y la consiguiente responsabilidad por parte de éstos, como se recoge en los arts. 258 y 259 TFUE.

¹¹⁶ Dictamen 2/13 de Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014(TJCE 2014, 368), (ECLI:EU:C:2014:2454).

¹¹⁷ Dictamen 1/09, Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes, de 8 de marzo de 2011(TJCE 2011,46), (ECLI:EU:C:2011:123).

¹¹⁸ Dictamen 2/13 de Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014 (TJCE 2014, 368), (ECLI:EU:C:2014:2454).

¹¹⁹ La primacía del Derecho de la Unión ya ha sido reconocida por los tribunales arbitrales, y concretamente por el tribunal arbitral que nos atañe en del laudo de 26 de octubre de 2010 sobre competencia, arbitrabilidad y suspensión Achmea BV (antes Eureko BV) c/ República Eslovaca (CNUDMI) (caso CPA n.º 2008-13), apartado 289 y en la decisión de 30 de noviembre de 2012 sobre competencia, derecho aplicable y responsabilidad, (caso CIADI n.º ARB/07/19), Electrabel SA c/ Hungría, ap. 4.189 a 4.191.

Sin embargo, el TJUE llega a una solución totalmente opuesta. Concluye en el sentido de que el tribunal arbitral en cuestión no integra un elemento del sistema judicial instituido en los Países Bajos y en Eslovaquia, en lo cual se funda justamente su carácter excepcional. Ello conlleva a que este tribunal arbitral no puede ser calificado como órgano jurisdiccional de uno de los EEMM conforme al art. 267 TFUE.

No considerando aplicable su razonamiento en la STJUE a la que se remite el Abogado General, de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*¹²⁰, en la que sí estimó que el tribunal arbitral tenía naturaleza de órgano jurisdiccional de uno de los EEMM, ya que así se encuentra recogido en la propia legislación portuguesa.

D) Sobre si los controles a los que están sometidos los laudos arbitrales por órganos jurisdiccionales de los EEMM son suficientes para preservar las competencias del TJUE y la interpretación uniforme del Derecho de la UE

Ante esto, habiendo llegado el TJUE a una consideración contrapuesta, entendiendo que el tribunal arbitral creado a la luz del art. 8 TBI, no conforma un órgano jurisdiccional de los EEMM conforme a lo establecido en el art. 267, entiende el Abogado General como necesario analizar si el art. 344 TFUE imposibilita la aplicación del art. 8 TBI, y si es éste compatible o incompatible con la autonomía del sistema jurídico de la UE, así como con el orden de competencias fijado en el TUE y el TFUE. Para ello plantea el análisis de una serie de puntos:

i) Si se contempla en el artículo 344 TFUE una controversia entre un inversor y un EEMM, como la mencionada en el artículo 8 del TBI Países Bajos/República Checa. El Abogado General, razona y concibe que según jurisprudencia reiterada del TJUE “un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la UE, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Este principio se encuentra recogido en particular en el artículo 344 TFUE, según el cual los EEMM 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”¹²¹.

¹²⁰ STJUE de 12 de junio de 2014, asunto C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, (ECLI:EU:C:2014:1754), ap. 25 y 26.

¹²¹ Dictamen 2/13 de Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014 (TJCE 2014, 368), (ECLI:EU:C:2014:2454), ap. 201.

Conforme entiende el TJUE, por su jurisprudencia anterior, el art. 344 TFUE impone la obligación a los EEMM de recurrir al sistema jurisdiccional de la UE, así como de respetar la competencia exclusiva del TJUE.

A este respecto, el tribunal arbitral entendió, que las controversias acontecidas entre Estados contratantes e inversores amparados por el TBI, no se hallaban enmarcadas en el art. 344 TFUE. Frente a ello, la República Eslovaca, varios EEMM y la CE, muestran su desacuerdo, entendiendo que debe interpretarse el art. 344 TFUE de forma extensiva convirtiéndolo en aplicable al caso.

Ya habiendo puesto anteriormente de manifiesto el TJUE, que efectivamente el art. 344 TFUE sí comprende las controversias entre EEMM, al igual que las controversias entre la UE y los EEMM, no están comprendidas sin embargo, las generadas entre particulares¹²². Tesis mantenida por el Abogado General. La Comisión por el contrario, argumenta que las controversias entre inversores y EEMM, son en resumen entre EEMM, puesto que el inversor ejerce un derecho que ha sido concedido a su Estado mediante el TBI¹²³.

Expone asimismo el Abogado General, que el Derecho internacional, dando cumplimiento a una serie de exigencias, permite que los particulares disfruten de determinados derechos reconocidos en Tratados internacionales, en apoyo a lo cual se han pronunciado numerosas instancias arbitrales y estatales¹²⁴.

A pesar de ello, su razonamiento finaliza negando que una controversia entre un EEMM y un inversor, se halle comprendida en el art. 344 TFUE.

ii) Efecto del TBI de menoscabar el orden de competencias establecido por los Tratados UE y FUE y, en consecuencia, la autonomía del sistema jurídico de la Unión. En este punto el Abogado General alude a los Principios Fundamentales formulados por el TJUE en reiteradas ocasiones¹²⁵. Conforme a ellos, se encuentra asentado el ordenamiento jurídico y el sistema judicial europeo, compartiendo entre los

¹²² STJCE de 30 de mayo de 2006, asunto C-459/03, Comisión/Irlanda (ECLI:EU:C:2006:345), ap. 128.

¹²³ Laudo de 21 de noviembre de 2007, caso *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos* (caso CIADI n.º ARB(AF)/04/05), ap. 178.

¹²⁴ Entre otros: laudo de 15 de enero de 2008, Caso *Corn Products International, Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos*, ap. 174-176.

¹²⁵ Reflejados en el Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes, de 8 de marzo de 2011, dictamen 1/09, apartados 65 a 70 y en el Acuerdo de Adhesión de la Unión al CEDH, dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, apartados 157 a 176.

EEMM una serie de valores comunes, que se traducen en una confianza mutua y un respeto al Derecho de la UE que los pone en práctica.

Así, atendiendo al Principio de Cooperación leal, los EEMM han de garantizar en sus respectivos territorios tanto la correcta aplicación, como el respeto del Derecho de la Unión, debiendo para ello llevar a cabo las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones surgidas de los Tratados o actos institucionales europeos. Con el fin de preservar de forma efectiva las características y la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, se ha fijado un sistema de remisión judicial, recogido en el art. 267 TFUE, que permite el diálogo entre el TJUE y los órganos jurisdiccionales estatales, garantizando una uniformidad en la interpretación del Derecho de la UE. Ello avala la coherencia, plena eficacia, autonomía, y el carácter propio del Derecho instaurado en los Tratados¹²⁶. Debiendo los órganos jurisdiccionales estatales respetar las normas y principios que conforman las bases del ordenamiento jurídico de la UE.

Los laudos de los tribunales arbitrales están sometidos al control de los órganos jurisdiccionales estatales, correspondiendo a éstos últimos, valorar la necesidad de plantear alguna cuestión ante el TJUE. Esto supone que a través de ellos se garantiza la homogénea aplicación del Derecho de la UE, así como la observancia de las normas de orden público europeo. Además, conforme a lo estipulado en la Convención de Nueva York¹²⁷, a la que se encuentran adheridos todos los EEMM de la UE, los órganos estatales también tienen la facultad de rehusar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales por los motivos que en ella se estipula. Entre esos motivos posibles se encuentran el que sean contrarios al orden público o el que su procedimiento no se haya ceñido al acuerdo de las partes. Lo cual supone un filtro más a la incompatibilidad del laudo arbitral con el Derecho de la Unión.

Concluye el Abogado General a este respecto, manteniendo que no se está vulnerando el orden de competencias, ni la autonomía del sistema jurídico, al acudir a un tribunal arbitral conforme se habilita en el art. 8 del TBI y es por tanto compatible con el art. 344 TFUE, conclusión opuesta a la que llega el TJUE a este tenor.

¹²⁶ Dictamen 2/13de Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014 (ECLI:EU:C:2014:2454), ap.176.

¹²⁷ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York 1958) art. V.

Entiende que los tribunales arbitrales instituidos conforme al art. 8 del TBI Países Bajos/República Checa son órganos jurisdiccionales en el sentido del art. 267 TFUE, y que son asimismo órganos jurisdiccionales “de uno de los EEMM”. Se remite en este sentido a valoración emitida por el TJCE en su sentencia de 4 de noviembre de 1997, caso *Parfums Christian Dior*¹²⁸, en la cual considera el tribunal que “no existe ningún motivo válido que justifique que tal órgano jurisdiccional común a varios EEMM no pueda plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, tal como lo hacen los órganos jurisdiccionales de cada uno de dichos EEMM”, encontrándola aplicable al caso.

Con todo ello, la valoración final del Abogado General respecto a la segunda cuestión prejudicial, es que el art. 267 TFUE no ha de interpretarse en el sentido de que se oponga al art. 8 del TBI.

Sin embargo, respecto a lo anterior y a pesar de que el TJUE ha reconocido, que los tribunales comunes a varios EEMM pueden plantearle cuestiones prejudiciales¹²⁹, en este caso el TJUE considera que el tribunal arbitral no es un órgano jurisdiccional común a varios EEMM y por ende no se encuentra facultado para instar una decisión prejudicial ante el TJUE.

Llegado a esta conclusión, el TJUE, estima necesario verificar si el laudo dictado por un tribunal arbitral, en atención al art. 19 TUE, se encuentra sometido al control de un órgano jurisdiccional de un EEMM que pudiera acceder al sistema de remisión prejudicial ante el TJUE. En este sentido, manifiesta el TJUE, que las decisiones del tribunal arbitral son definitivas, conforme se establece en el art. 7 del TBI, y además, será el tribunal arbitral quién establezca el procedimiento a seguir en aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y quién elija su sede, y con ello el Derecho nacional que será de aplicación al procedimiento que regulariza el control judicial de la validez del laudo.

Siendo Fráncfort del Meno sede arbitral, el Derecho aplicable al procedimiento es el Derecho alemán. Por ello la República Eslovaca solicitó un control judicial del laudo emitido por el tribunal arbitral de 7 de diciembre de 2002 ante el Tribunal germano correspondiente. Sin embargo, el Derecho alemán prevé un control limitado

¹²⁸ STJCE de 4 de Noviembre de 1997, asunto C-337/95, *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV*. (ECLI:EU:C:1997:517).

¹²⁹ STJCE de 4 de noviembre de 1997, asunto C-337/95 *Parfums Christian Dior*, (ECLI:EU:C:1997:517) ap. 21, y STJUE de 14 de junio de 2011, asunto C-196/09, *Miles* y otros, (ECLI:EU:C:2011:388), ap. 40.

respecto a la validez del convenio de arbitraje y al orden público al reconocer o ejecutar el laudo arbitral.

Remarca el TJUE la necesaria distinción entre el arbitraje comercial, cuyo origen reside en la voluntad de las partes, y el arbitraje de inversiones, proveniente de un Tratado en el que dos EEMM se comprometen a detraer las controversias o litigios derivados de la interpretación o aplicación de ese Derecho, de la competencia de sus tribunales nacionales, y con ello del recurso judicial que recoge el art. 19 TUE¹³⁰. Precisando a este respecto, que los presupuestos aplicables al arbitraje comercial no son extrapolables al arbitraje de inversiones, en contraposición a lo que así supone el Abogado General en sus conclusiones.

Como resultado, el TJUE considera que el sistema de resolución de controversias inversor-Estado del TBI, no garantiza que dichas controversias sean disipadas asegurando la plena eficacia del Derecho de la Unión.

Además, en lo referente a la aplicación e interpretación del Derecho de la Unión, su reafirmada jurisprudencia viene a decir que la creación de un órgano jurisdiccional por un acuerdo internacional para la interpretación de sus disposiciones, a pesar de que sus resoluciones vinculen a las instituciones europeas, no es, a priori, discordante con el Derecho de la UE, siempre que se respete la autonomía de la Unión y de su ordenamiento¹³¹.

Con todo ello, el TJUE aprecia una vulneración por parte del art. 8 del TBI, de la autonomía del Derecho de la Unión, ya que al someter estas controversias a un organismo que no forma parte del sistema jurisdiccional de la UE, bajo la autorización, no de la Unión, si no de dos EEMM, se pone en peligro el Principio de confianza mutua entre los EEMM, así como el carácter propio del Derecho de la Unión, instituido por los Tratados que se encuentra garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial, no siendo por tanto compatible con el Principio de Cooperación legal.

Finaliza el tribunal dictaminando que los arts. 267 y 344 TFUE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen al art. 8 del TBI.

¹³⁰ STJUE de 27 de febrero de 2018, asunto C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugeses* (ECLI:EU:C:2018:117).

¹³¹ Dictamen 2/13 de Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014 (TJCE 2014, 368), ap.132 y 183; Dictamen 1/09, Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes, de 8 de marzo de 2011, ap.74 y 76 (TJCE 2011,46), (ECLI:EU:C:2011:123).

E) Sobre la posible incompatibilidad con el art. 18 TFUE

Respecto a la incompatibilidad de la cláusula arbitral con el art. 18 del TFUE, tercera cuestión prejudicial planteada, el TJUE no se pronuncia por entender que no cabe entrar a valorarla. La analiza sin embargo el Abogado General, en el sentido de que no se pone en cuestión que el art. 18 TFUE se aplicara de forma autónoma en aquellas circunstancias regidas por el Derecho de la UE, para las cuales el Tratado no recoge normas concretas que prohíban la discriminación.

En lo relativo a la prohibición de la discriminación por nacionalidad, recogida en el art. 18 TFUE, hace referencia el Abogado del Estado, al hecho de que la República Eslovaca, ha suscrito TBIs actualmente en vigor, con la mayoría de los EEMM, contemplando casi todos¹³² ellos como método de resolución de controversias el arbitraje internacional, no apreciando por tanto ninguna diferencia de trato a este tenor.

Habiéndose pronunciado ya el TJUE sobre este punto en el caso *D. v Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen* dando lugar a la STJCE de 5 de julio de 2005¹³³, así como en las STJUE de 30 de junio de 2016, caso *Riskin y Timmermans*¹³⁴; STCE de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*¹³⁵; o en la STCE de 20 de mayo de 2008, *Orange European Smallcap Fund*¹³⁶, en el sentido de que no puede considerarse discriminación, el hecho de que un Estado miembro conceda a un nacional de otro Estado miembro con el cual tiene suscrito en un convenio, un trato determinado, que no se concederá a otro nacional de un tercer Estado miembro con el cual no tiene suscrito ningún convenio en ese sentido. Conclusión que considera aplicable al caso.

Deduca el Abogado General, que precisamente el carácter bilateral de los TBI, supone que tanto las obligaciones como los derechos que en ellos se reconozcan,

¹³² No es el caso de los inversores estonios, irlandeses, chipriotas y lituanos, excepto en el ámbito de las inversiones en el sector energético, en el que se les ofrece una posibilidad similar conforme al Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado en Lisboa en diciembre de 1994, junto al Protocolo de la Carta de la Energía sobre la Eficiencia Energética y los Aspectos Medioambientales Relacionados (PEEREA).

¹³³ STJCE de 5 de julio de 2005, asunto C-376/03, *D. v Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen* (ECLI:EU:C:2005:424).

¹³⁴ STJUE de 30 de junio de 2016, asunto C-176/15, asunto *Guy Riskin y Geneviève Timmermans contra État belge*. (ECLI:EU:C:2016:488).

¹³⁵ STJCE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*. (ECLI:EU:C:2006:773).

¹³⁶ STJUE de 30 de junio de 2016, asunto C-176/15, *Riskin y Timmermans* (ECLI:EU:C:2016:488); STJCE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (ECLI:EU:C:2006:773); STJCE de 20 de mayo de 2008, asunto C-194/06, *Orange European Smallcap Fund* (ECLI:EU:C:2008:289).

únicamente son de aplicación a aquellos inversores de uno de los EEMM que inviertan en el otro Estado miembro. No reconociendo el art. 8 del TBI Países Bajos/República Checa una ventaja disgregable del resto del TBI, sino un mecanismo ISDS sin el cual el TBI no podría conseguir su cometido de fomentar las inversiones extranjeras.

Como reconoce la reiterada jurisprudencia arbitral, el arbitraje internacional como medio de ISDS no puede ser simplemente auxiliar, ya que el derecho que tienen los inversores a acudir al arbitraje internacional es uno de los elementos esenciales de los TBIs, puesto que ello garantiza y salvaguarda las inversiones¹³⁷.

Concluye el Abogado General manifestando disconformidad con el hecho de que el mecanismo de resolución de conflictos ISDS recogido en el art. 8 del TBI, suponga una discriminación por razón de nacionalidad contraria al art. 18 del TFUE.

En resumidas cuentas, tras todo lo anterior y a pesar de la postura opuesta defendida por el Abogado General, el TJUE sentencia que la cláusula arbitral incluida en el art. 8 del TBI Países Bajos/República Checa no es compatible con el Derecho de la UE.

5.- EL EFECTO ACHMEA

A) Contexto anterior a la STJUE de 6 de marzo de 2018, caso Achmea

Por un lado desde la entrada en vigor el 1 de diciembre 2009 del Tratado de Lisboa, en cuyo art. 207.1 TFUE se atribuye a la UE la competencia exclusiva sobre “inversiones extranjeras directas”¹³⁸, es la propia UE quien fomenta la celebración de nuevos tratados de inversión con terceros países, habiéndose convertido la política comercial en uno de los pilares de la acción exterior de la UE.¹³⁹ Ésta competencia ha ido tomando fuerza, la cual queda patente entre otras con la celebración de los últimos

¹³⁷ Así lo declara el TJUE en el Acuerdo de Libre Comercio con Singapur, de 16 de mayo de 2017 (ECLI:EU:C:2017:376), en el ap. 292 del dictamen 2/15 “Pues bien, un régimen de esta índole, 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 éstos.”

¹³⁸ Competencia que ha sido analizada entre otros por: HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 52, 2015, pp. 871-907, y que ha sido concretado por el TJUE en su dictamen 2/15 (Acuerdo de Libre Comercio con Singapur) de 16 de mayo de 2017, (ECLI:EU:C:2017:376); y DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “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*, vol. 57, 2017, pp. 403-429.

¹³⁹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M.: “El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo.”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, ISSN: 2445-3587, núm. 57, 2017, Bilbao, pp. 39-40.

tratados de comercio e inversiones suscritos por la UE con terceros países, (como es el CETA, el Acuerdo celebrado con Singapur, o el TTIP, que finalmente fracasó) o con la introducción del reglamentos enfocados a regular la transición del modelo de TBIs *intra*-UE. Entre ellos se encuentran el Reglamento (UE) núm. 1219/2012, de 12 de diciembre de 2012¹⁴⁰, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los TBIs entre EEMM y terceros países¹⁴¹, o el Reglamento (UE) núm. 912/2014¹⁴², que fija un marco para gestionar la responsabilidad financiera entre los EEMM y la UE.

Asimismo, la CE llevaba tiempo cuestionando abiertamente la compatibilidad de los arbitrajes inversor-Estado derivados de un TBI *intra*-UE¹⁴³. Tanto es así, que en numerosos procedimientos arbitrales incoados a raíz de un TBI *intra*-UE, la Comisión se posicionaba a favor de la postura de los Estados demandados, buscando impugnar la jurisdicción de los tribunales arbitrales¹⁴⁴. Ha incluso llegado a determinar que el pago realizado tras la condena de un tribunal arbitral, supone una ayuda de Estado prohibida por el Derecho para la defensa de la competencia de la UE¹⁴⁵. En el mismo sentido, también ha venido instando a los EEMM a dar por terminados sus TBIs *intra*-UE, habiendo en junio de 2015, iniciado los trámites encaminados a la interposición de un recurso de incumplimiento contra determinados Estados miembros, por continuar aplicando esos TBIs¹⁴⁶. Adicionalmente, la Comisión junto con la CNUDMI, llevan

¹⁴⁰ Reglamento (UE) núm. 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, *DOUE L* 351/40, de 20 de diciembre de 2012.

¹⁴¹ PASTOR PALOMAR, A.: “La aplicación práctica del Reglamento (UE) nº 1219/2012 sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013, pp. 1-121.

¹⁴² Reglamento (UE) núm. 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, *DOUE L* 257/121, 28 agosto de 2014.

¹⁴³ FERNÁNDEZ PONS, X.: “La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje de inversor-estado previsto en tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros. Comentario a la Sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto e implicaciones”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46, 2018, pp. 323-325.

¹⁴⁴ LASA LÓPEZ, A.: “Autonomía del Derecho Constitucional de la Unión y mecanismo de resolución de controversias entre Inversores y Estados ¿maridaje o disonancia?, reflexiones sobre el Asunto C-284/16, Slowakische Republik y Achmea BV”, *Unión Europea Aranzadi*, ISSN 1579-0452, núm. 11, 2018, pp.112-114.

¹⁴⁵ Decisión (UE) núm. 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, *DOUE L* 232/42, de 4 de septiembre de 2015, p. 43.

¹⁴⁶ Comunicado de prensa de la Comisión Europea de 18 de junio de 2015: “La Comisión pide a los Estados miembros que pongan fin a sus tratados bilaterales de inversión *intra*-UE”, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_es.htm (consultado el 21/01/2019). La Comisión

tiempo promoviendo activamente la iniciativa de implementar un Tribunal Multilateral de Inversiones, como un organismo multilateral permanente para resolver conflictos derivados de inversiones internacionales.¹⁴⁷ Este instrumento ya se ha integrado en tratados como el CETA¹⁴⁸. En este sentido la CE publicó el 13 de septiembre una recomendación autorizando la apertura de las negociaciones para una Convención que instaure ese Tribunal Multilateral de Inversiones, el cual será una realidad en 2020.¹⁴⁹. Ante el aparente posicionamiento de las Instituciones Europeas en contra del Arbitraje internacional de inversiones, el fallo del TJUE, parece solo el comienzo de la materialización de una idea que desde hace tiempo se lleva fraguando en la UE.

Conforme a datos publicados por el UNCTAD, en 2018¹⁵⁰, en el cómputo global de los Estados demandados en reclamaciones ISDS conocidas desde 1987, Argentina sigue siendo el país más demandado con 60 arbitrajes, seguido de Venezuela, España, República Checa y Egipto. Respecto a los Estados origen de las demandas¹⁵¹, son los inversores de países desarrollados los que presentaron la mayoría de los 65 casos de 2017. Países Bajos y EEUU iniciaron 8 casos cada uno y Reino Unido 6, siendo inversores de estos orígenes los más comunes. De los países en desarrollo, el origen turco de los inversores fue el más activo con 4 casos presentados.

En el marco de la UE los conflictos dentro de la Unión representaron un quinto de todos los arbitrajes inversor-Estado iniciados en 2017 y en el cómputo global

Europea inició procedimientos de infracción contra Austria, Países Bajos, Rumanía, Eslovaquia y Suecia, por considerar, que sus s TBI *intra*-UE “han sido invocados en procedimientos de arbitraje y han dado lugar a problemas de compatibilidad con el Derecho de la UE”. Advertía “a todos los otros 21 Estados miembros que mantienen tratados bilaterales de inversión *intra*-UE”, ya que solamente Irlanda e Italia, habían puesto fin a sus respectivos TBI *intra*-UE.

¹⁴⁷ Directrices de negociación para un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones. Documento del Consejo núm. 12981/17, de 20 de marzo de 2018. (Consultado el 23/01/2019) disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/es/pdf>.

¹⁴⁸ HESS, B.: “The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice”, *Max Planck Institute Luxemburg for Procedural Law - Research Paper Series*, núm. 3, 2018, pp. 17-18.

¹⁴⁹ Recomendación de decisión del Consejo, por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones. Bruselas, 13.9.2017. COM (2017) 493 final. (Consultado el 22/01/2019). Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-493-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>

¹⁵⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. UNTAD. Informe sobre las inversiones en el Mundo. 2018. La inversión y las nuevas políticas industriales. Mensajes clave y panorama general.

¹⁵¹ UNCTAD: *International Investment Agreements*, Special update on investor-state dispute settlement facts and figures, United Nations, November 2017.

representan el 20% del total de mundial. En la actualidad, España es el Estado de la UE más demandado ante el CIADI. En el año 2017 se habían interpuesto frente a nuestro país más de una treintena de demandas que ascienden a valor de más de 7000 millones de euros. Entre los países miembros de la UE a España le siguen, en número de demandas ante el CIADI, Croacia, Italia, Hungría, Bulgaria, Grecia y Rumanía, Letonia, Chipre, Estonia y República Checa y Alemania, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia y Lituania. Los cuales han hallado en la STJUE una sólida argumentación para escaquearse de la ejecución de los laudos arbitrales condenatorios en arbitrajes *intra-europeos*, así como de los procedimientos arbitrales *intra-europeos* en curso.

La decisión de 6 de marzo de 2018 del TJUE en el caso Achmea abre un nuevo horizonte donde la terminación de los APPRI *intra-UE* todavía hoy en vigor ya tiene fecha límite¹⁵². No obstante, en atención a la argumentación seguida por el TJUE, las consecuencias de Achmea podrán afectar mucho más allá de los APPRI *intra-UE*¹⁵³. Ya habiendo repercutido respecto al arbitraje del TCE, en relación a los Estados Europeos y posiblemente también en el de los APPRI *extra-UE*¹⁵⁴. De la misma forma los nuevos ISDS de los recientes y futuros acuerdos comerciales y de inversión de la UE, puedan llegar a sentir, con mayor o menor intensidad, el efecto Achmea.¹⁵⁵

B) Efectos respecto a los TBIs *intra-UE*

Aunque el alcance del impacto simbólico, político y económico,¹⁵⁶ que se derivará de esta STJUE todavía no se puede valorar, es evidente que supondrá el fin de los 196 TBIs *intra-UE* suscritos y todavía en vigor. Ahora bien, a pesar de que la decisión del TJUE no es vinculante para los tribunales arbitrales fundados en virtud de un TBI, las primeras consecuencias ya se han empezado a sufrir.

¹⁵² IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI *intra-UE* en la Unión Europea (y algo más), *LA LEY Unión Europea*, nº 60, junio 2018, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1-3.

¹⁵³ CIMIOTTA, E.: “The First Ever Interpretative Preliminary Ruling Concerning the Validity of an International Agreement Between EU Member States: The Achmea Case”, *European Papers*, vol. 3-1, 2018, pp. 339-341.

¹⁵⁴ ANKERSMIT, L. / HUGHES, L.: “Implications of Achmea - How the Achmea Judgment Impacts Investment Agreements with non-EU Countries”, *Center for International Environmental Law (CIEL) - Client Earth*, abril de 2018, pp. 3-6.

¹⁵⁵ GAILLARD, E.: “L'affaire Achmea ou les conflits de logiques”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 3, 2018, pp. 627-630.

¹⁵⁶ CAZALA, J.: “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*, núm. 3, 2018, pp.612-614.

La CE ya habiendo en sus dictámenes motivados de 23 de septiembre de 2016, enviado a Austria, Países Bajos, Eslovaquia, Rumanía y Suecia una petición formal para que pusieran fin a sus TBIs *intra*-UE. Se ha pronunciado nuevamente la Comisión en este sentido, mediante su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, para la Protección de la inversión *intra*-UE, del 19 de julio de 2018¹⁵⁷. En esta comunicación recuerda que los tribunales nacionales tienen la obligación de anular cualquier laudo arbitral dictado sobre esta base y deben rehusar aplicarlo. Del mismo modo, apunta que conforme al principio de seguridad jurídica, los EEMM de la UE se encuentran obligados a poner fin a los TBI *intra*-UE.

En el mismo sentido, la CE ha intensificado su diálogo con los Estados miembros de la UE instándoles a tomar medidas para poner fin a los TBI *intra*-UE y está llevando a cabo además, un control de todos los avances en este sentido. Más aun, la CE interponer acciones legales contra los EEMM de la UE por no haber cumplido adecuadamente las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la UE, pudiendo iniciar nuevos procedimientos de incumplimiento contra los EEMM por no terminar sus TBIs *intra*-europeos, o interponer demandas ante tribunales de la UE contra los EEMM por violar el Derecho europeo. Pudiendo todo esto desembocar en sanciones financieras para los EEMM.

A pesar de que el TJUE no puede invalidar los TBIs *intra*-UE por el mero hecho de considerar sus cláusulas arbitrales contrarias al Derecho europeo, es exigencia del Derecho europeo la inaplicación por parte de los tribunales nacionales de la legislación nacional o internacional que sea incompatible. Ello implica la imposibilidad de aplicar y ejecutar los laudos arbitrales emitidos en el seno de un procedimiento arbitral de inversiones derivado de un TBI *intra*-europeo, con todo lo que ello conlleva¹⁵⁸. Pudiendo ser asimismo estos laudos arbitrales recusados ante los tribunales europeos.

Ante este incierto panorama, el pasado 15 de enero de 2019, los EEMM de la UE,¹⁵⁹ emitieron una declaración respecto a las consecuencias legales de la sentencia

¹⁵⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Protección de la inversión *intra*-UE”, Bruselas, 19.7.2019, COM (2018) 547 final, 19 de julio de 2018.

¹⁵⁸ GAMBIER, B.: “El Asunto Achmea y el futuro del arbitraje intracomunitario: una mirada desde la perspectiva de los arbitrajes del CIADI”. Publicado en su página web el 29 de julio de 2018: <https://beltrangambierelicam.blogspot.com/2018/07/el-asunto-achmea-y-el-futuro-del.html> (Consultado el 09 de enero de 2019).

¹⁵⁹ La cual no ha sido firmada (todavía) por Bulgaria, Estonia, Finlandia, Hungría, Luxemburgo, Suecia.

del TJUE en el caso Achmea en protección de la inversión europea.¹⁶⁰ En ella reconocen la primacía del Derecho europeo sobre los TBI *intra*-UE, y como consecuencia de ello al ser las cláusulas de arbitraje contenidas en los TBIS *intra*-UE, contrarias al Derecho de la Unión las consideran por tanto inaplicables. Puesto que tanto los TBIs como los demás Tratados, incluyendo la TCE, integran el ordenamiento jurídico europeo, deben ser compatibles con éste. Reconocen su obligación a proporcionar medios suficientes para asegurar la eficaz protección de los derechos de los inversores conforme al Derecho de la EU, asegurando cada EEMM que sus tribunales nacionales cumplen con los requisitos de protección judicial eficaz.

Enuncian que emprenderán una serie de acciones sin tardanza excesiva. Advierten a los inversores de que no se debería iniciar ningún procedimiento arbitral en el seno de un TBI *intra*-UE, así como de que los ya iniciados serán retirados y en los que exista un laudo arbitral no ejecutado, no serán ejecutables. Finalmente ponen de manifiesto su promesa de terminar todos los TBIs *intra*-UE, mediante la celebración de un tratado multilateral, no más tarde el 6 de diciembre de 2019.

C) Efectos para el arbitraje inversor-Estado extra-UE

Otra cuestión controvertida, es la influencia de esta Sentencia del TJUE, respecto a los TBIs extra-europeos, no quedando sus cláusulas arbitrales exentas de ser impugnadas, pudiendo llegar a exigirse la terminación de los mismos. No obstante, atendiendo al art. 351 TFUE, los EEMM podrán cumplir con las obligaciones suscritas con terceros Estados antes de convertirse en miembros de la UE. Precizando que el precepto se refiere a terceros Estados y no a particulares. Manteniéndose por parte del Derecho europeo la exigencia respecto a sus EEMM de adoptar todas las medidas necesarias para eliminar toda incompatibilidad con el Derecho europeo. A este tenor la CE en su Comunicación de 19 de julio de 2018, aclara, que ésta se encuentra enfocada exclusivamente a la inversión *intra*-UE, no afectando a las inversiones efectuadas por inversores europeos en países terceros.

¹⁶⁰ Declaration of the representatives of the governments of the Member States, of 15 January 2019, on the legal consequences of the judgment of the court of justice in Achmea and on investment protection in the European Union. (Consultado el 25/01/2019). Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

D) Efectos para el arbitraje inversor-Estado del TCE

Sobre este aspecto se han producido por parte de determinados tribunales, ciertos pronunciamientos respecto al alcance de esta resolución del TJUE. Como el llevado a cabo por el Tribunal del caso CIADI *Masdar c. España*¹⁶¹, que resolvía sobre el incumplimiento de España de la cláusula de trato Justo y equitativo del TCE, y que concluyó que la decisión del TJUE, solo era de aplicación respecto a los TBIs *intra-europeos*, y no a los multilaterales de inversión como el TCE. O el del Tribunal de Apelación sueco *Svea* que suspendió la aplicación de un laudo arbitral del mes de febrero en el seno del caso *Novenergía v. España*¹⁶², por una violación del TCE.¹⁶³

La Comisión se ha pronunciado a este tenor respecto al mecanismo de arbitraje de inversiones fijado en el TCE. Declara que si esta cláusula arbitral se considerara aplicable entre EEMM de la UE, sería incompatible con el Derecho de la Unión y por tanto inaplicable, no afectando el hecho de que la UE también sea parte de la TCE¹⁶⁴. En este sentido, en la declaración de 15 de enero de 2019, de los EEMM, se comprometen a: “emprender acciones para garantizar que el TCE no pueda utilizarse como base para el arbitraje entre los inversores y los Estados miembros de la UE”.

¹⁶¹ Laudo final de 16 de mayo de 2018, asunto *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. El Reino de España*, Caso del CIADI No. ARB/14/1. En el que un tribunal arbitral del CIADI dictaminó que España violó el estándar de trato justo y equitativo (TJE) en virtud del Artículo 10(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), en un caso iniciado por *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. (Masdar)*, empresa constituida en los Países Bajos.

¹⁶² Laudo del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 15 de febrero de 2018, asunto *Novenergía v. El Reino de España*, caso núm. 205/063. La justicia sueca suspendió de forma indefinida la ejecución del laudo del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo que obligaba a España a pagar 53,3 millones de euros a la sociedad *Novenergía* por el recorte de las primas a las energías renovables. La decisión ha sido adoptada por la Corte de Apelación de *Svea*, uno los tribunales de apelación del sistema legal sueco.

¹⁶³ VICENTE BLANCO, D.F.J.: “El caso ACHMEA. Competencia jurisdiccional y competencia arbitral en la UE: las consecuencias para las reclamaciones contra España por la regulación de las renovables”, Comunicación presentada en el *IV Seminario AEPDIRI sobre Temas de actualidad de Derecho Internacional Privado, Derecho internacional privado europeo: diálogos con la práctica*, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid, celebrado el 24 de enero de 2019, en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

¹⁶⁴ IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.: “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los ‘recortes’ en el ámbito de las energías renovables”, *Diario La Ley*, núm. 9013, Sección Tribuna, 4 de julio de 2017, pp. 3-4.

E) Efectos sobre el sistema de solución de diferencias inversor-Estado previsto en los nuevos acuerdos comerciales y de inversiones como el CETA

Finalmente, en los nuevos tratados de comercio e inversiones suscritos por la UE con terceros países, ya se ha implementado el sistema de tribunales de inversión, (ICS, Investment Court System), como es el caso del CETA, y de los acuerdos UE-Singapur, UE-Vietnam y UE-México. A pesar de que éstos han sido acordados por la propia Unión, pueden llegar a verse afectados¹⁶⁵. Se está a este respecto a la espera¹⁶⁶ de la respuesta del TJUE a solicitud por parte de Bélgica de una opinión¹⁶⁷ sobre la compatibilidad del nuevo sistema de tribunales de inversión recogido en el CETA¹⁶⁸.

¹⁶⁵ BJORKLUND, A. / BROSSEAU, J.: “L’accord commercial entre le Canada et l’Union européenne prévoit-il une résolution des différends par arbitrage ou règlement judiciaire?”, *La Revue des Juristes de Sciences Po, Revue québécoise de droit international*, Vol.14, 2018, pp. 36-38.

¹⁶⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M.: “El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 57, 2017, pp. 55-58.

¹⁶⁷ Solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica en virtud del art. 218 TFUE, apartado 11 (Dictamen 1/17) .Cuestión planteada al Tribunal de Justicia “: ¿Es compatible con los Tratados, incluidos los derechos fundamentales, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Bruselas el 30 de octubre de 2016, en lo que atañe a la sección F (“Solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados”) de su capítulo ocho (“Inversiones”)?” DOUE C 369/2 de 30 de octubre de 2017.

Consulta sobre el CETA, “Belguin request for an opinion from the European Court of Justice”, sometido al TJUE el 6 de septiembre de 2017, (Consultado el 22/01/2019) https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/ceta_summary.pdf

¹⁶⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, presentadas el 29 de enero de 2019, (Dictamen 1/17), Solicitud del dictamen presentada por el Reino de Bélgica: “Dictamen emitido con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11 -Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra - Solución de diferencias entre inversores y Estados (SDIE) - Creación de un Tribunal y de un Tribunal de Apelación - Compatibilidad con el Derecho primario de la Unión - Obligación de respeto de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión y del sistema jurisdiccional de esta - Aplicabilidad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al ejercicio por parte de la Unión de su competencia para celebrar un acuerdo internacional - Artículos 20 y 21 de la Carta - Principio de igualdad de trato - Artículo 47 de la Carta - Derecho a un juez independiente e imparcial”. (ECLI:EU:C:2019:72). Conclusiones en las que el Abogado General, propone al TJUE que se pronuncie en el Dictamen en el sentido de que: “La sección F del capítulo ocho del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, que instaura un mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados, es compatible con el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.”

CONCLUSIONES

Primera.- El proceso de globalización y la apertura de los mercados, han traído consigo una internacionalización de las relaciones jurídicas y con ello el aumento de la inversión extranjera. Como el propio concepto de inversión indica, el objetivo de la misma reside en la obtención de un mayor beneficio futuro. Así, es lucrativa tanto para los Estados de acogida como para los propios inversores. Por un lado, los Estados receptores de la inversión captan el capital, permitiéndoles desarrollar productos y servicios, al igual que la diversificación de su economía y la mejora de su sociedad en general. Por otro lado, el inversor extranjero se beneficiará de unos mayores rendimientos de su inversión. Sin embargo, éste al invertir fuera de sus fronteras, eventualmente asume unos mayores riesgos, económicos y/o políticos. En este marco, se han ido desarrollando numerosos acuerdos para la protección y promoción de las inversiones. En concordancia con ello, se han proyectado una serie métodos alternativos de resolución de controversias surgidas en el seno de estos acuerdos de inversión, entre los que destaca el arbitraje internacional de inversiones.

Segunda.- Existe un amplio, variado y complejo acervo normativo en materia de inversiones internacionales enfocado a la promoción y protección de la inversión. Se han desarrollado numerosas iniciativas para crear una Convención de carácter universal que recogiera unas reglas básicas, generales y uniformes. Ahora bien, dicha pretensión ha fracasado al no haberse logrado un consenso. En el ámbito regional, sin embargo, se han suscrito una serie de Tratados multilaterales entre los que destacan por su importancia, el Tratado de la Carta de Energía, el Tratado de la ASEAN, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el Tratado de Libre Comercio entre Centro América, EEUU y República Dominicana, o el Tratado de la Asunción para la Constitución de un mercado común, entre otros. Además, también se han desplegado en este sentido, cuantiosos Tratados Bilaterales de Inversión, de naturaleza recíproca, entablados entre dos Estados, basados en la promoción y el reconocimiento recíproco de las inversiones. Del mismo modo, numerosos Estados han elaborado su propia normativa en materia de promoción y protección de inversiones, para incrementar la captación de capital extranjero y obtener unas mejores condiciones socio económicas.

Tercera.- Paralelamente al incremento de las inversiones extranjeras se ha producido un aumento de los conflictos derivados de las mismas. Para la resolución de estos conflictos, a parte de la vía judicial, se han ido introduciendo una serie de métodos alternativos. Siendo el tradicionalmente empleado la vía diplomática, que exigía el agotamiento previo de las instancias judiciales en el Estado receptor de la inversión y no permitía al inversor acudir directamente al Tribunal Internacional de Justicia. Dadas sus limitaciones, se plantea la necesidad de instaurar una vía arbitral especializada. Surge así el arbitraje internacional de inversiones, a caballo entre el interestatal y el comercial y la conciliación, que admiten la igualdad entre el inversor y el Estado receptor.

En el Convenio Washington se crea el CIADI, principal mecanismo institucional para la resolución de controversias relativas a inversiones y se fijan como métodos de resolución de controversias entre inversores y Estados receptores, la conciliación y el arbitraje internacional de inversiones.

Cuarta.- Se distinguen dos tipos de arbitraje de inversiones: 1) el *ad hoc*, de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y 2) el institucional, que puede ser a su vez administrado por la Cámara de Comercio Internacional de París, por el CIADI, o por la CCE. Las reglas de procedimiento serán las fijadas por la voluntad de las partes, sometiéndose en caso de ausencia de su elección a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Siendo el más habitual el arbitraje institucional impartido por el CIADI, al que es de aplicación el Reglamento de Arbitraje del CIADI, o las Reglas del Mecanismo Complementario, si una de las partes no estuviera obligada por el CW.

Respecto al Derecho aplicable al fondo del asunto, en las controversias surgidas al amparo de un contrato de inversión o de la legislación nacional, será de aplicación el Derecho determinado por las partes, en el propio contrato o en la legislación estatal. En defecto de esta determinación, el Derecho aplicable al fondo será el correspondiente conforme las normas del Centro de Arbitraje al que las partes hayan decidido someterse, y a falta de acuerdo entre las partes a este respecto, será de aplicación por el tribunal arbitral la legislación del Estado receptor de la inversión. Sin embargo, el Derecho aplicable a las controversias a la luz de un TBI, será principalmente el propio tratado de inversión, complementado por el derecho del Estado receptor e interpretado a la luz del Derecho internacional, a excepción de aquellos que tengan una cláusula paraguas, que atenderán al reclamo contractual.

Quinta.- El fallo emitido por el TJUE, en su Sentencia de 6 de marzo de 2018, respecto al caso C-284/16 *Slovak Republic contra Achmea*, ha puesto de manifiesto por parte del Tribunal de Justicia europeo tanto su fuerte apego a la preservación de las facultades otorgadas a los tribunales nacionales de los EEMM, como su visión real acerca de los tribunales arbitrales de inversión. No considerándolos parte del sistema judicial europeo, ni tan siquiera complemento del mismo, si no que parece considerarlos más bien como rivales y amenaza directa al sistema judicial de la UE. Puesto que como ha declarado el TJUE, el sometimiento a los tribunales arbitrales en materia de inversión supone una sustracción de las controversias de la competencia de sus propios tribunales y con ello del sistema de remisión prejudicial.

Aunque más que incidir en el conflicto directo que se plantea entre el Derecho internacional y el Derecho europeo en materia de inversiones, el TJUE muestra más bien, una clara preocupación sobre el hecho de que una controversia que pueda implicar la aplicación y/o interpretación del Derecho europeo sea sustraída de los tribunales que conforman el sistema jurisdiccional europeo. En consonancia con ello, proclama una doctrina que precisamente trata de prevenir que cualquier controversia que pueda ser resuelta por tribunales del sistema judicial europeo recaiga en poder de otros tribunales que no lo integran, como son en este caso los tribunales arbitrales de inversión.

Ahora bien, por un lado, como reconoce el propio TJUE, el arbitraje internacional de inversiones es una vía paralela a la jurisdicción europea. Lo cual a mi modo de ver parece evidente, pues es un elemento fundamental del arbitraje como instrumento extrajudicial. No suponiendo por ello que sea contraria al Derecho europeo, puesto que los pronunciamientos de los tribunales arbitrales han de ser en todo caso conformes a Derecho, de lo contrario podrán ser declarados nulos. Por otro lado, manteniendo la línea del Abogado General, y contrariamente a lo expresado por el TJUE, entiendo que los tribunales arbitrales examinan y juzgan el incumplimiento de los tratados de protección y promoción de inversiones, a la luz del Derecho de la UE, lo cual no implica necesariamente su interpretación y aplicación. En lo que respecta al acceso de los laudos arbitrales al sistema de remisión prejudicial, considero que aunque éste no es directo, sí se recoge de forma indirecta la posibilidad de que los laudos sean recurridos ante los tribunales nacionales del Estado miembro donde radique la sede del tribunal arbitral. Pudiendo estos tribunales nacionales plantear las cuestiones prejudiciales que estimen pertinentes ante el TJUE.

Sexta.- A modo de colofón, me interesa resaltar, las principales repercusiones de este fallo, que ya se están comenzando a detectar, y que continuarán en cadena, dejando consigo numerosos interrogantes respecto al futuro de los ISDS.

Resulta bastante claro que este fallo del TJUE es un fuerte golpe contra el arbitraje de inversiones derivado de los acuerdos de inversión *intra*-UE, pudiendo sellar el principio de su fin. Una de las primeras consecuencias que se atisba es la precipitación de los TBIs *intra*-UE, que aunque todavía en vigor, tras el comunicado de los EEMM de 15 de enero de 2019, ya tienen fecha de caducidad, pues antes del 6 de diciembre de 2019, llegarán a su fin. Hecho, que desde tiempo atrás, la CE parece perseguir. Lo que se manifiesta en sus reclamos a los EEMM y que tras el pronunciamiento del TJUE ha intensificado su estrategia seguida en los procedimientos por incumplimiento contra los EEMM que se nieguen a relegar de los mismos.

Otra de las grandes consecuencias de esta STJUE, es la inejecutabilidad de los laudos arbitrales surgidos en el seno de un acuerdo de inversiones *intra*-UE, lo cual conllevará a la formación de dos bandos claros. Por una parte, los Estados más demandados, que se verán beneficiados y por otra, los inversores demandantes que se hallarán en todo caso perjudicados.

Los principales beneficiados de este fallo son claramente los Estados con mayor número de demandas en su contra por incumplimiento de Tratados de inversión. Siendo éstos: España, Croacia, Italia, Hungría, Bulgaria, Grecia, Rumanía, Letonia, Chipre, Estonia, República Checa, Alemania, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia y Lituania. Curiosamente coinciden prácticamente con los Estados que junto con la CE presentaron observaciones respaldando la posición defendida por la República Eslovaca, en el asunto C-264/16, Achmea, manteniendo la ilegalidad de la cláusula de arbitraje.

Opuestamente entre los perjudicados se encuentran: Alemania, Francia, Países Bajos, Austria y Finlandia, que apoyaron la posición contraria afirmando que la cláusula arbitral era totalmente válida y conforme a Derecho. No siendo tampoco de extrañar su postura, puesto que Países Bajos es el primordial Estado europeo de origen de los inversores demandantes.

Tras este conflicto legal, es evidente que existe también un trasfondo económico y político, así como indiscutibles son los beneficios económicos que reportará este fallo para países como España, Croacia, Italia, Hungría o Bulgaria. Ello es obvio puesto que el pronunciamiento del TJUE trae como consecuencia la inejecutabilidad de los laudos que les condenan a pagar millonarias cantidades de dinero.

Entre ellos se encuentra España que, como ya he mencionado, ocupa el tercer lugar a nivel mundial entre los países más demandados por incumplimientos de acuerdos de inversión. Esto se deriva principalmente, a raíz de la política en materia de energías renovables como consecuencia del recorte a la retribución de las mismas de los años 2010 y, sobre todo, de los años 2013 y 2014, que infringía el TCE. El “liderazgo” español en este sentido, deriva prácticamente de las reclamaciones de los inversores que apostaron por las energías renovables y que vieron destruidas sus expectativas de rentabilidad a partir de 2013, cuando el Gobierno español impuso recortes a la retribución esperada para quienes invirtieran en esta fuente de energía. Como consecuencia de dichas demandas, nuestro se enfrenta a entorno una treintena de casos en los que se juega más de 7.600 millones de euros. Ascendiendo el balance actual de las seis demandas resueltas, a dos fallos a favor y cuatro en contra de la Administración.

El último revés en este ámbito, que ha soportado España, ha sido el del pasado 19 de junio, con el fallo del CIADI condenándole a pagar 112 millones de euros al Fondo Antin, el cual había invertido en plataformas termo solares. Pronunciamiento en el mismo sentido que el del caso *Masdar*, del Fondo de Abu Dabi y el caso con la multinacional *NovEnergía*. Ante este panorama, en el que España, se estaba viendo gravemente perjudicada económicamente, la STJUE en el caso *Achmea* parece haberle dado un poco de oxígeno permitiéndole ahorrarse casi 8.000 millones de euros a favor del inversor comunitario y aproximarse, supuestamente, a la sostenibilidad económica y financiera del Sistema eléctrico que invocaba, para justificar tales cambios normativos.

En el extremo opuesto, se encuentran los principales perjudicados. No se puede considerar un pronunciamiento positivo, pues lamentablemente no se favorecen los intereses de los inversores europeos, ni la seguridad de las inversiones. Asimismo, puede repercutir de forma negativa en la eficacia de los Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, y definitivamente en los mecanismos ISDS.

Séptima.- Como última conclusión y razonamiento particular, me gustaría añadir una valoración de cara al panorama general en el que nos encontramos.

La finalidad inicial de los APPRI, era era proteger la inversión, y por ende al inversor. Así el origen de los primeros APPRI se asentaba en una relación de supremacía económica del país inversor. La inversión procedía de países desarrollados y se dirigía a los que no lo estaban, y que carecían de estabilidad en su sistema legal y político. Por ello, entiendo que la justificación de la existencia del arbitraje de

inversiones, más que en un plano legal, se encontraba en la correlación de fuerzas políticas y económicas. Por lo que podemos concluir que la base de estos acuerdos residía en la desconfianza respecto a las condiciones jurídicas de los Estados receptores, que no ostentaban un grado suficiente de desarrollo. Situación que también se dio dentro de la UE, pues en el momento de la suscripción de la mayoría de los TBIs *intra-UE*, éstos fueron celebrados en mayor medida entre EEMM de la UE, con Estados que en aquel entonces no formaban parte de la Unión, principalmente países del Centro y Este de Europa, en vías de desarrollo. Sin embargo, con la adhesión de estos últimos a la UE, estos TBIs no fueron derogados si no que subsistieron.

Esta realidad, en la actualidad se ha visto truncada, puesto que la evolución jurídico-económica ha conllevado a que los países desarrollados y tradicionales exportadores de capital se vean sometidos a numerosas demandas por incumplimiento de los acuerdos de inversión. Extendiendo lo anterior, a una relación entre países en un contexto de estabilidad política y económica equivalente, parece conllevar a la pérdida del sentido inicial sobre el que se asentaban los acuerdos de inversión y su sometimiento al arbitraje.

Es por ello por lo que la realidad económica y política presente ha conducido al impulso de nuevos mecanismos alternativos de resolución de controversias inversor-Estado. Así atendiendo a las nuevas necesidades del panorama actual ha emergido recientemente el Sistema de Tribunales de Inversión, (ICS, Investment Court System) que busca garantizar la coherencia y la previsibilidad del sistema, y que ya ha sido implementado en los últimos acuerdos de libre comercio concluidos por la UE. En estos momentos la CE se halla en negociación la creación e implementación de un Tribunal Multilateral de Inversiones, que posiblemente en no mucho tiempo verá la luz.

Siendo el fallo del TJUE solo el comienzo de la materialización de la idea del fin de los TBIs *intra-UE* y de sus anticuados sistemas de ISDS, que desde años atrás venía forjándose dentro de la UE y que se presentaba como previsiblemente inevitable.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Monografías, capítulos de libros y artículos de revistas

- ANKERSMIT, L. / HUGHES, L.: “Implications of Achmea - How the Achmea Judgment Impacts Investment Agreements with non-EU Countries”, *Center for International Environmental Law (CIEL) - Client Earth*, abril de 2018, pp. 1-8.
- ANTONIETTI, A.: “The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, núm. 2, 2006, pp. 427-448.
- BANDRES DE LUCAS, J.: “Cláusulas paraguas: protección incierta bajo los acuerdos internacionales de inversión”, *Revista de Globalización, competitividad y Gobernabilidad*, Vol. 10, núm. 2, 2016, pp. 100-113.
- BENAVIDES CASALS, M.A. / NÚÑEZ LEIVA, J.I.: “Los principios en el derecho internacional: ¿una fuente del derecho o una fuente de interrogantes?”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*. ISSN on line 2393-6193, 2da época. Año 13. núm.16, diciembre 2017, pp. 32-46.
- BJORKLUND, A. / BROSSEAU, J.: “L'accord commercial entre le Canada et l'Union européenne prévoit-il une résolution des différends par arbitrage ou règlement judiciaire?”, *La Revue des Juristes de Sciences Po, Revue québécoise de droit international*, Vol.14, 2018, pp. 16-48.
- CAZALA, J.: “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*, núm. 3, 2018, pp. 597-616.
- CIENFUEGOS MATEO, M.: “Noción de órgano jurisdiccional a los efectos de plantear una cuestión prejudicial”, *European Inklings (EUi)*, núm. 4, 2014, pp. 28-43.
- CIMIOTTA, E.: “The First Ever Interpretative Preliminary Ruling Concerning the Validity of an International Agreement Between EU Member States: The Achmea Case”, *European Papers*, Vol. 3-1, 2018, pp. 337-344.
- CREMADES, SANZ-PASTOR B.M. / CAIRNS, D. J. A.: “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los Tratados”, *Revista Internacional de Arbitraje*, núm.1, jun-dic, 2004, pp. 65-103.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J.: “El arbitrajes internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm.11, agosto de 2005, pp. 49-65.
- :“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*, Vol. 57, 2017, pp. 403-429.
- DOLZER, R. / SCHREUER, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford- New York, 2012.
- ESIS VILLARROEL, I.: “Comentarios sobre la nueva ley de inversiones extranjeras de Venezuela”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. ISSN 2304-7887, Vol. 3, núm. 5, Asunción Mar. Versión on-line.

- FACH GÓMEZ, K.: “Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones (APPRI)”, en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (Dir.), *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, Lima, 2011.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- : *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de las inversiones extranjeras*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2008.
- FERNANDEZ PONS, X.: “La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje de inversor-estado previsto en tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros. Comentario a la Sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto e implicaciones”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46, 2018, pp. 316-364.
- GAILLARD, E.: “L'affaire Achmea ou les conflits de logiques”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 3, 2018, pp. 616-630.
- GUTIÉRREZ, O.: *Inversiones Extranjeras. Más garantías, más libertades*, Ediciones Atropos, Bogotá, 2004.
- HESS, B.: “The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice”, *Max Planck Institute Luxemburg for Procedural Law - Research Paper Series*, núm. 3, 2018, pp. 3-20.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: “El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 52, 2015, pp. 871-907.
- IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.: “A propósito del primer laudo condenatorio para España en el marco de las disputas relativas a los ‘recortes’ en el ámbito de las energías renovables”, *Diario La Ley*, núm. 9013, Sección Tribuna, 4 julio 2017, pp. 1-17.
- : “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* núm. 60, 30 junio 2018, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1-23.
- JUSTE RUIZ, J. / CASTILLO DAUDÍ, M.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- KOSKENNIEMI M.: “Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión Internacional, sobre la fragmentación del Derecho Internacional”, *Comisión de Derecho Internacional. 58º periodo de sesiones. Ginebra*, 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006. Versión *on line*.
- LASA LÓPEZ, A.: “Autonomía del Derecho Constitucional de la Unión y mecanismo de resolución de controversias entre Inversores y Estados ¿maridaje o disonancia?, reflexiones sobre el Asunto C-284/16, Slowakische Republik y Achmea BV”, *Unión Europea Aranzadi*, ISSN 1579-0452, núm.11, 2018, pp. 109-122.

- LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M.: “El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 57, 2017, pp. 29-68.
- MANN, H. / VON MOLTKE, K. / PETERSON, L.E / COSBEY, A.: *Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible, Guía para negociadores*, Instituto Nacional para el Desarrollo Sostenible, Canadá, 2005.
- MERCADO PACHECO, P.: “Estado y globalización ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?” en *Globalización y Derecho* (CANCIO MELIÁ, M., ed.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 2005, pp. 132-147.
- NEWCOMBE, A. / PARADELL, L.: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, The Netherlands: Wolters Kluwer, Law &Business, Alphen aan den Rijn, 2009.
- PASCUAL VIVES, F.J.: “El Subsistema Regional Comunitario ante el Régimen Internacional de Protección de las Inversiones Extranjeras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, 2010, pp. 467-495.
- PASTOR PALOMAR, A.: “La aplicación práctica del Reglamento (UE) núm. 1219/2012 sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013, pp. 1-121.
- PÉREZ ESCALONA, S.: “Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso *Camuzzi International v. República Argentina*”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 8, diciembre 2010, pp. 111-122.
- RUBINS, N. / KINSELLA, N.S.: *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, Oceana Publications, INC, New York, 2005.
- RUEDA GARCÍA, J.A.: *Las medidas cautelares en el Arbitraje de Inversiones*, Tesis Doctoral dirigida por JIMÉNEZ PIERNAS, C., Universidad de Alcalá de Henares, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, 2009.
- SCHREUER, C.: “International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID /en/ Austrian”, *Review of International and European Law*, 1996, pp. 89-120.
- SEGURA ESPAÑA, M.N.: “Arbitraje de inversión: ¿un incentivo para la inversión extranjera directa?, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, *Revista de Derecho Privado*, núm.51, enero-junio de 2014. ISSN 1909-7794, pp. 1-29.
- UNCTAD.: *International Investment Agreements, Special update on investor-state dispute settlement: facts and figures*, United Nations, November 2017.
- : *Informe sobre las inversiones en el mundo 2018. La inversión y las nuevas políticas industriales. Mensajes clave y panorama general*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2018.
- VICENTE BLANCO, D. F. J.: “El caso ACHMEA. Competencia jurisdiccional y competencia arbitral en la UE: las consecuencias para las reclamaciones contra España por la regulación de las renovables”, Comunicación presentada en el *IV Seminario AEPDIRI sobre Temas de actualidad de Derecho Internacional*

Privado, Derecho internacional privado europeo: diálogos con la práctica, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid, celebrado el 24 de enero de 2019, en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

VIVES CHILLIDA, J.A.: *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversores (CIADI)*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1998.

2.- Páginas web consultadas

Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones en vigor suscritos con España, a 19 de febrero de 2018. Ascenden a un total de 72 APPRIS. (Consultado el 11/11/2018) <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/PDF/180219-APPRIS-EN-VIGOR.pdf>

CAFTA-DR,:

https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file1_4004.pdf (Consultado el 28/11/2018)

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI. “Lista de Estados contratantes y signatarios del Convenio a 27 de agosto de 2018”.. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf> (Consultado 11/11/2018)

Comunicado de prensa de la Comisión Europea de 18 de junio de 2015: “La Comisión pide a los Estados miembros que pongan fin a sus tratados bilaterales de inversión *intra-UE*”, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_es.htm (consultado el 21/01/2019).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. UNTAD. Informe sobre las inversiones en el Mundo. 2018. La inversión y las nuevas políticas industriales. Mensajes clave y panorama general.

Consulta sobre el CETA, “Belguin request for an opinion from the European Court of Justice”, sometido al TJUE el 6 de septiembre de 2017, (Consultado el 22/01/2019)

https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/ceta_summary.pdf

Council decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes. Brussels, 13.9.2017. COM (2017) 493 final. (Consultado el 22/01/2019). Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-493-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>

Declaration of the representatives of the governments of the Member States, of 15 January 2019, on the legal consequences of the judgment of the court of justice in Achmea and on investment protection in the European Union. (Consultado el 25/01/2019).

Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

Diferencias entre inversión directa e indirecta, Instituto Superior de Empresas y Finanzas. (Consultado el 11/11/2018). <https://isefi.es/diferencias-entre-inversion-directa-e-inversion-indirecta/>

- Directrices de negociación para un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones. Documento del Consejo núm. 12981/17, de 20 de marzo de 2018. (Consultado el 23/01/2019) disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/es/pdf>
- Evolución internacional y tendencias de las Inversiones Extranjeras directas. Programa de desarrollo y consolidación de la PYME EXPORTADORA. Escuela de Negocios. (Consultado el 11/11/2018) <https://www.eoi.es/es/file/17928/download?token=Aihp0Np7>
- GAMBIER, B.: “El Asunto Achmea y el futuro del arbitraje intracomunitario: una mirada desde la perspectiva de los arbitrajes del CIADI”. Publicado en su página web el 29 de julio de 2018: <https://beltrangambieryelicam.blogspot.com/2018/07/el-asunto-achmea-y-el-futuro-del.htm> (Consultado el 09 de enero de 2019).
- Multilateral Agreement on Investment. Texto disponible en la página oficial de la OCDE: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.html> (Consultado el 11/11/2018)
- NAFTA. Texto disponible en su página web oficial: <https://www.nafta-sec-alena.org/Inicio/Textos-jur%C3%ADdicos/Tratado-de-Libre-Comercio-de-Am%C3%A9rica-del-Norte> (Consultado el 12/11/2018)
- OCDE: Marco de acción para la inversión. (Consultado el 11/11/2018) <http://www.oecd.org/daf/inv/investmentfordevelopment/38316751.pdf>
- Proyecto de Convención sobre Protección de Inversiones extranjeras. (Consultado el 11/11/2018) <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf>
- TCE, disponible en: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf> y art 1131.1 del TCALN disponible en: http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/cap11_2.asp (Consultado el 28/11/2018)
- Tratado de la Asunción para la Constitución de un mercado Común. Texto disponible en: <https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/textos-fundacionales/> (Consultado el 12/11/2018)
- Tratado de Libre comercio de América del Norte (Consultado el 12/11/2018) [https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Espanol/Tratado de Libre Comercio de America del Norte-TLCAN.pdf](https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Espanol/Tratado%20de%20Libre%20Comercio%20de%20America%20del%20Norte-TLCAN.pdf)
- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, EEUU y República Dominicana_Texto disponible en español en: http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/cafta-do/trt_cafta_do.pdf (Consultado el 12/11/2018)
- Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments. (Consultado el 20/11/2018) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>

ANEXO NORMATIVO

Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios.	BOE núm. 298	13-XII-1979
Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena 23 mayo 1969.	BOE núm. 142	13-VI-1980
Ley 18/1992, de 1 de julio por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España.	BOE núm. 159	03-VII-1992
Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965	BOE núm. 219	13-IX-1994
Tratado de la Carta de Energía (TCE)	BOE núm. 117	17-III -1995
Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.	BOE núm. 106	04-V-1999
Orden de 28 de mayo de 2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación	BOE núm. 134	05-VI-2001
Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo	BOE núm.122	22-V-2003
Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior	BOE núm. 160	05-VI-2003

Decisión (UE) núm. 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	DOUE L 232/42	4-IX-2015
Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales	DOUE L 177/6	04-VII-2008
Reglamento (UE) núm. 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte	DOUE L 257/121	28-III-2014
Reglamento (UE) núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo	DOUE L 351/40	12-XII-2012
Solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica en virtud del art. 218 TFUE, apartado 11 (Dictamen 1/17)	DOUE C 369/2	30-X-2017
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	DOUE C/83	30 -III-2010

Normativa complementaria, resoluciones oficiales, documentos e informes

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas Adopción: 26 de junio de 1945.
Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York 1958).
Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, de 17 de enero de 1994.
Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V).
Convenio CIADI. Reglamento y Reglas. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433, EE.UU. CIADI/15 abril 2006.
CIADI. Reglamento del Mecanismo Complementario. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433, EE.UU. <i>CIADI/11</i> . Abril 2006.
Nota de la Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, (TD/B/COM. 2/73, de 5 de enero de 2007).
Consulta: CETA, Belgian request for an opinion from the European Court of Justice, sometido al TJUE el 6 de septiembre de 2017.
Recomendación de decisión del Consejo, por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones. Bruselas, 13.9.2017. COM (2017) 493 final.
Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje, París, diciembre 2017.
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Grupo Banco Mundial. “Carga de casos del CIADI” — Estadísticas (Edición 2018-2).
Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Protección de la inversión <i>intra</i> -UE. Bruselas, 19.7.2019, COM (2018) 547 final.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

1.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A) Sentencias

TRIBUNAL	ASUNTO	PARTES	ECLI
STCE 17 octubre 1989	C-109/88	<i>Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening en nombre de Danfoss</i>	EU:C:1989:383
STCE 4 noviembre 1997	C-337/95	<i>Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV.</i>	EU:C:1997:517
STJCE 5 julio 2005	C-376/03	<i>D. v Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Onderne mingen buitenland te Heerlen</i>	EU:C:2005:424
STCE 30 mayo 2006	C-459/03	<i>Comisión/Irlanda</i>	EU:C:2006:345
STJCE 12 diciembre 2006	C-374/04	<i>Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue.</i>	EU:C:2006:773
STJCE 20 mayo 2008	C-194/06	<i>Orange European Smallcap Fund</i>	EU:C:2008:289
STJUE 14 junio 2011	C-196/09	<i>Miles y otros</i>	EU:C:2011:388
Auto TJUE 13 febrero 2014	C-555/13	<i>Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare Ltd. y otros</i>	EU:C:2014:92
STJUE 12 junio 2014	C-377/13	<i>Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta</i>	EU:C:2014:1754
STJUE 30 junio 2016	C-176/15	<i>Guy Riskin y Geneviève Timmermans v. État belge.</i>	EU:C:2016:488
STJUE 27 febrero 2018	C-64/16	<i>Associação Sindical dos Juizes Portugeses</i>	EU:C:2018:117

B.- Dictámenes y conclusiones generales

	ECLI
Dictamen 1/09, Acuerdo sobre la creación de un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes, de 8 de marzo de 2011(TJCE 2011,46).	EU:C:2011:123
Dictamen 2/13 de Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014(TJCE 2014, 368).	EU:C:2014:2454
Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet presentadas el 19 de septiembre de 2017, asunto C-284/16 <i>Slowakische Republik contra Achmea BV</i> .	EU:C:2017:699
Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, presentadas el 29 de enero de 2019, Solicitud del dictamen presentada por el Reino de Bélgica, (Dictamen 1/17).	EU:C:2019:72

2.-Resoluciones de tribunales arbitrales

RESOLUCIÓN	CASO	PARTES
Decision of May 16, 1986 Ad Hoc Comitee	CIADI No. ARB/81/1	<i>Asia Corp. v. Republic of Indonesia,</i>
Laudo arbitral 27 junio 1990	CIADI No. ARB/87/3	<i>Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka</i>
Decision Tribunal on Objections Jurisdiction, 17 julio 2003	CIADI No. ARB/01/8	<i>CMS Gas Transmission Company v.. República de Argentina</i>
Laudo arbitral 23 septiembre de 2003	CIADI No. ARB/00/5	<i>Autopista concesionada de Venezuela, c.a (Aucoven) v. Republica Bolivariana de Venezuela</i>
Laudo arbitral 25 Mayo 2004	CIADI No. ARB/01/7	<i>MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile</i>
Decision on Jurisdiction, 3 agosto 2006	CIADI No. ARB/03/19	<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic</i>

Laudo arbitral agosto 2007	20	CIADI No. ARB/97/3	<i>Compañía de aguas del A Conquiya S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina</i>
Laudo arbitral noviembre 2007	21	CIADI No. ARB(AF)/04/05	<i>Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. Estados Unidos Mexicanos</i>
Laudo arbitral 15 enero 2008		CIADI No. ARB(AF)/04/01	<i>Corn Products International, Inc. v./ Estados Unidos Mexicanos</i>
Laudo arbitral octubre 2010	26	CPA No. 2008-13	<i>Achmea BV (antes Eureka BV) v. República Eslovaca.</i>
Laudo final diciembre de 2012	7	CPA No. 2008-13	<i>Achmea BV. v. República Eslovaca.</i>
Laudo de la CCE febrero 2018	5	CCE No. 205/063	<i>Novenergía v. El Reino de España.</i>
Laudo final 2018	16 mayo	CIADI No. ARB/14/1	<i>Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. El Reino de España</i>

3.-Otros casos del CIADI mencionados

ASUNTO	PARTES
CIADI No. ARB/81/1	<i>Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia</i>
CIADI No. ARB/84/3	<i>Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt</i>
CIADI No. ARB/00/7	<i>Asunto World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya</i>
CIADI No. ARB/02/1	<i>LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc .v. República Argentina</i>
CIADI No. UNCT/02/1	<i>United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada</i>