

Arbitraje de inversiones vs. Arbitraje comercial internacional: la brecha tras el caso *Achmea* y los recientes trabajos en el marco de la CNUDMI

Investment arbitration vs. International commercial arbitration: the gap after the *Achmea* case and the recent work in the CNUDMI framework

El arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial internacional son dos modalidades de un mismo mecanismo de resolución de conflictos. Pese a ello, existe entre ambas una notable disparidad en su tratamiento, según se pone de relieve en la reciente jurisprudencia del TJUE y en los trabajos que se están desarrollando en el marco de la CNUDMI. En concreto, son dos las cuestiones sobre las que mayor contraste hay: la validez de las cláusulas de sometimiento a arbitraje, y la manera en que se está abordando la reforma del sistema arbitral en el seno de la CNUDMI. En este contexto, el objetivo del presente estudio es analizar ambas circunstancias y profundizar en los motivos que justifican tal disparidad.

Arbitraje de inversiones, Arbitraje comercial internacional, Asunto *Achmea*, Cláusulas de sometimiento a arbitraje, Arbitraje acelerado.

Investment arbitration and international commercial arbitration are two modalities of the same dispute resolution mechanism. Despite this, there is a notable disparity between the two in their treatment, as highlighted in the recent jurisprudence of the CJEU and in the work being carried out within the framework of UNCITRAL. Specifically, there are two issues on which there is greater contrast: the validity of the clauses for submission to arbitration, and the way in which the reform of the arbitration system is being addressed within UNCITRAL. In this context, the objective of this study is to analyze both circumstances and delve into the reasons that justify such disparity.

Investment arbitration, International commercial arbitration, Case *Achmea*, Clauses for submission to arbitration, Expedited arbitration.



María del Carmen Chéliz Inglés

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado

Universidad de Zaragoza

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la mundialización ha dado lugar a un incremento en la movilidad de los ciudadanos y las mercancías, que ha contribuido a la confección del mercado interior de la Unión Europea, y ha propiciado el auge del comercio internacional y del comercio electrónico. En este contexto, cada vez son más frecuentes las relaciones con elementos internacionales, no solo en el ámbito estrictamente privado, sino también aquellas en las que intervienen actores públicos, especialmente en el marco de las inversiones extranjeras. El entramado, cada vez más complejo, de relaciones jurídicas nos muestra cómo los conflictos son cada vez más difíciles de solucionar a través de la justicia tradicional.

En concreto, esta modalidad de conflicto en la que se ven involucrados dos o más ordenamientos jurídicos de distintos Estados (además de producirse un aumento en los costes y una dilación temporal del proceso más acusados que en el caso de un procedimiento interno) ofrece una complejidad también muy superior. No sólo se plantean conflictos de leyes y de órganos jurisdiccionales, sino que surge a la vez la problemática del reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales en un Estado distinto al de la autoridad jurisdiccional que las dictó.

Todas estas dificultades, han favorecido el resurgimiento de las vías de arreglo pacífico de los conflictos, entre las que destaca el arbitraje internacional. No en vano, el arbitraje se ha convertido en el mecanismo de resolución de disputas a nivel mundial por antonomasia, tanto en relación con los conflictos entre los inversores extranjeros y los Estados, como en el ámbito del comercio internacional.

Por lo que respecta al arbitraje de inversiones, es una figura que está muy extendida en la práctica, y la sumisión a este mecanismo de resolución de conflictos forma parte del contenido habitual de los Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, APRI). Por su parte, en el ámbito comercial, existe una tendencia global a recurrir al arbitraje como mecanismo para solucionar los conflictos que pueden surgir en este marco (1) hasta el punto de que a nivel internacional el arbitraje es considerado por las propias empresas como el mecanismo más apropiado para resolver las controversias comerciales internacionales que se generen en este contexto (2).

No obstante, pese al denominador común que comparten estas dos modalidades de arbitraje, su evolución está siendo muy dispar, llegando a presentar diferencias notables, algunas de ellas en cuestiones trascendentales para la institución del arbitraje.

La primera divergencia que se va a tratar en el presente trabajo hace referencia a la validez de las cláusulas de sumisión al arbitraje, cuyo desencadenante se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 6 marzo 2018, sobre el caso *Achmea*. Pese a que, tal y como el propio Tribunal indica, esta jurisprudencia no es extrapolable al arbitraje comercial internacional, la escueta argumentación desarrollada por el TJUE en este punto, hace necesaria una revisión de la misma, tendente a clarificar la situación. Tras esto, se analizarán los trabajos que se están desarrollando en la actualidad en el marco de la CNUDMI que, como se tendrá ocasión de apreciar, también distinguen entre el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial internacional.

II. CLÁUSULAS DE SUMISIÓN AL ARBITRAJE: SITUACIÓN TRAS EL ASUNTO ACHMEA

La sentencia del TJUE de 6 marzo 2018 sobre el caso *Achmea*, ha supuesto todo un hito para el arbitraje de inversiones, y ha desencadenado importantes consecuencias que afectan al mantenimiento del sistema arbitral que tradicionalmente ha imperado para la resolución de controversias en el ámbito de las inversiones. La relevancia de este pronunciamiento es tal debido a que el TJUE resuelve, de manera pionera, que la cláusula de sometimiento a arbitraje contenida en un Tratado Bilateral de Inversión (en adelante TBI), en este caso entre Eslovaquia y Países Bajos, es incompatible con el Derecho de la Unión Europea, por ser contraria a los arts. 344 TFUE y 267 TFUE.

El litigio principal del que trae causa el asunto *Achmea*, se basa en una disputa entre la República Eslovaca y la empresa *Achmea*, que pertenece a un grupo asegurador neerlandés. En el año 2004, la República Eslovaca reformó su sistema sanitario, permitiendo el acceso a su mercado a proveedores privados de seguros de enfermedad, lo que propició que *Achmea* estableciera una filial en dicho país y comenzara a ofrecer sus servicios en Eslovaquia. Sin embargo, en el año 2006, el gobierno eslovaco decidió revertir esta política adoptada apenas dos años atrás, e impidió que las aseguradoras de salud privadas distribuyeran los beneficios derivados de estas actividades. Ante esta situación, *Achmea* consideró que las medidas adoptadas por el gobierno de la República Eslovaca le habían causado un perjuicio, por lo que en el año 2008 comenzó un procedimiento de arbitraje contra Eslovaquia, con base en el art. 8 del TBI entre Eslovaquia y Países Bajos.

A pesar de la República Eslovaca alegó que el tribunal arbitral carecía de competencia, ya que el art. 8 del TBI era incompatible con el Derecho de la Unión, el propio tribunal desestimó la excepción de incompetencia y, finalmente, en diciembre de 2012 dictó laudo en el que condenaba a Eslovaquia a pagar a *Achmea* una indemnización de 22,1 millones de euros. Contra este laudo la República Eslovaca interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno. Dicho órgano jurisdiccional desestimó el recurso mediante una resolución, que fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania. Es este Tribunal quien, ante las dudas manifestadas por la República Eslovaca, decide suspender el procedimiento, y plantear al TJUE las cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad de la cláusula arbitral prevista en el art. 8 del TBI, con los artículos 18, 267 y 344 TFUE.

1. Incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de las cláusulas insertas en un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) *intra* UE

Como se ha adelantado, el TJUE concluyó en la citada sentencia, que el arbitraje inversor-Estado previsto en un acuerdo bilateral de protección de inversiones *intra*-UE, es contrario al Derecho de la UE, concretamente, a los arts. 344 TFUE y 267 TFUE (3). Este pronunciamiento, totalmente antagonista a la posición mantenida por el Abogado General, refrenda la postura que ya había manifestado con anterioridad la Comisión (4), abiertamente contraria al arbitraje de inversiones en estos supuestos.

La argumentación que desarrolla el TJUE se basa en 3 aspectos fundamentales, en los que se profundizará a continuación: que la controversia versa sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE; que el tribunal arbitral del procedimiento no puede ser considerado un órgano

jurisdiccional de uno de los Estados miembros, en el sentido del art. 267 TFUE y, en consecuencia, no está facultado para solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia; y que el control limitado de los laudos que pueden realizar los órganos jurisdiccionales no es suficiente para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión Europea.

A) Alcance del concepto «interpretación y aplicación del Derecho de la UE»

La primera cuestión que debe dilucidar el TJUE, y que resuelve de manera afirmativa, es si la controversia sobre la que ha de resolver el tribunal arbitral, puede tener relación con la interpretación o aplicación del Derecho de la UE.

Se trata de un asunto nuclear, a los efectos de determinar si se está contraviniendo el art. 344 TFUE, que indica que *«los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos»*. De esta manera, si se entendiera que la controversia no versa sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE, los Estados podrían someter su resolución a un proceso de arbitraje como el previsto en el art. 8 TBI, sin contravenir el art. 344 TFUE. En cambio, si la controversia es calificada como *«relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados»*, sí que se podría estar vulnerando tal precepto del TFUE.

Para valorar tal circunstancia, cobran especial importancia las previsiones contenidas en los TBI acerca de la ley aplicable a los litigios, que pueden variar considerablemente entre unos tratados y otros (5). En este caso en concreto, el art. 8.6º del TBI, indica que *«el tribunal arbitral resolverá con arreglo a Derecho, teniendo en cuenta, en particular, pero no exclusivamente: el Derecho en vigor de la parte contratante afectada; las disposiciones del presente Tratado y cualquier otro tratado pertinente entre las Partes contratantes...»*.

Por este motivo, en tanto que el Derecho de la Unión forma parte del Derecho vigente en todos los Estados miembros y, a su vez, deriva de un tratado internacional celebrado entre ellos, el TJUE estima que el tribunal arbitral puede verse obligado a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión (6). En consecuencia, considera que la controversia sometida a arbitraje puede tener relación con la interpretación o aplicación del Derecho de la UE.

Esta postura ha sido criticada por un sector de la doctrina al entender que, aunque es posible que el tribunal arbitral tenga que aplicar el Derecho de la UE, ello no implica que las controversias entre los inversores y los Estados, con arreglo al art. 8.6 TBI, sean relativas a la interpretación y aplicación de los Tratados de la UE, en el sentido del art. 344 TFUE (7). Así, en el caso concreto, el Derecho de la Unión no ha tenido ninguna incidencia sobre el fondo de la controversia entre *Achmea* y la República Eslovaca.

En cualquier caso, el TJUE ha optado por esta interpretación amplia, de tal manera que para considerar que se trata de una controversia relativa a la interpretación y aplicación de los Tratados a los efectos del art. 344 TFUE, basta con el hecho de que un tribunal arbitral deba tener en cuenta el Derecho de la UE para resolver un conflicto sobre una posible infracción de un TBI.

B) El procedimiento de remisión prejudicial ante el TJUE y los tribunales arbitrales

La segunda cuestión examinada por el TJUE hace referencia a si se puede considerar a un tribunal arbitral como el previsto en el art. 8 TBI, un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, en el sentido del art. 267 TFUE.

Dicho precepto se ocupa del procedimiento de remisión prejudicial, y permite que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros planteen al TJUE cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la UE o a la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Se trata de un asunto fundamental, al ser el procedimiento prejudicial una pieza clave del sistema jurídico de la Unión Europea, calificada por el propio TJUE como «piedra angular» (8), que tiene como objetivo garantizar la interpretación y la aplicación uniforme del Derecho de la UE en todos los Estados miembros.

En este contexto, de nuevo de manera opuesta a lo manifestado por el Abogado General, el TJUE concluye que el tribunal arbitral de que se trata en el asunto principal «*en ningún caso podrá ser calificado de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del art. 267 TFUE*» (9). El motivo principal que sirve de base para adoptar tal consideración, es el carácter excepcional de la jurisdicción del tribunal arbitral, en relación con la jurisdicción de los órganos judiciales de Países Bajos y Eslovaquia, que no constituye un elemento del sistema judicial establecido en esos dos Estados miembros.

A este respecto, el TJUE pone de manifiesto las diferencias existentes entre el tribunal arbitral en cuestión, y otros Tribunales que sí que han sido considerados órganos jurisdiccionales de algún Estado miembro, como por ejemplo el Tribunal de Justicia del Benelux (10), o el tribunal para la resolución de litigios en el ámbito tributario, previsto en la propia Constitución portuguesa (11). Estas discrepancias hacen que no sea oportuno equiparar estos tribunales con el tribunal arbitral del caso concreto, reforzando la idea de que no se trata de un órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro.

La aseveración anterior, tiene como consecuencia inmediata la imposibilidad del tribunal arbitral de solicitar una decisión prejudicial al TJUE. En efecto, como se ha indicado, al amparo del art. 267 TFUE, únicamente están facultados para realizar esta petición al TJUE los «órganos jurisdiccionales» de los Estados miembros. Por consiguiente, si el tribunal arbitral no es considerado un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, no goza de esta capacidad.

C) Control de los laudos por parte de los órganos jurisdiccionales

Descartada la facultad de los tribunales arbitrales para plantear directamente cuestiones prejudiciales al TJUE, únicamente cabría valorar si la interpretación y aplicación unitaria del Derecho de la UE queda garantizada a través del control del laudo realizado por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro. Se trata de determinar si, de esta forma indirecta, las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión pueden ser sometidas al TJUE, si fuera necesario, a través de solicitudes de decisiones prejudiciales remitidas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se ocupan del control del laudo arbitral.

Con carácter previo, resulta conveniente realizar algunas apreciaciones sobre el control de los laudos por parte de los tribunales estatales. Tal control se puede suscitar en dos momentos diferenciados y que no hay que confundir, puesto que su alcance también es muy distinto (12) : en el marco de una acción de anulación del laudo, o en el marco de una oposición a una solicitud de reconocimiento y ejecución del mismo.

Respecto al control a través de la acción de anulación del laudo, en el ámbito del arbitraje de inversiones, en primer lugar, es preciso separar entre los laudos dictados en el marco de un proceso sustanciado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y el resto de arbitrajes en los que no se designa al CIADI como institución que asume la secretaría del arbitraje.

El Convenio CIADI (13) excluye cualquier tipo de control del laudo por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes (14) . Así, los laudos que se rigen por dicho instrumento son obligatorios para las partes y no pueden ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso (15) . Únicamente se prevé un mecanismo muy específico, que es la solicitud de anulación del laudo, para cuya resolución se constituye una Comisión *ad hoc*, compuesta por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros (16) . En definitiva, el tribunal competente para resolver la acción de anulación del laudo no es un órgano jurisdiccional estatal, sino un tribunal arbitral (17) . Mediante esta disposición sí que parece claro que se está eludiendo el control del laudo por parte de los órganos jurisdiccionales estatales y, en consecuencia, se podría considerar que se está dificultando el control de su compatibilidad con el Derecho de la UE (18) .

En relación con el resto de los laudos, que no proceden del CIADI, la posibilidad de anulación de éstos dependerá de la sede del arbitraje, que es la que va a determinar la ley aplicable al procedimiento y, en consecuencia, el control judicial requerido para la validez del laudo. Además, la sede también establece la competencia de los órganos jurisdiccionales de ese Estado para conocer de la acción de anulación. Por lo tanto, la sede arbitral va a desempeñar un papel fundamental en tanto que criterio de competencia judicial internacional, y punto de conexión para determinar la ley aplicable al procedimiento. En cualquier caso, conviene destacar que, a diferencia de lo que ocurre con los laudos del CIADI, en este supuesto el control del laudo sí que lo realizan órganos jurisdiccionales del Estado en cuestión, aunque siempre en la medida de lo permitido por la ley aplicable (19) .

En cuanto al reconocimiento y ejecución de los laudos, el Convenio CIADI prevé un reconocimiento automático de los laudos dictados conforme al mismo, e impone la obligación a los Estados de ejecutar en su territorio las obligaciones pecuniarias que contengan como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado, sin necesidad de *execuátur* (20) .

Respecto al reconocimiento y ejecución de los demás laudos, resulta de aplicación el régimen establecido por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales (Convención de Nueva York de 1958). Dicho instrumento prevé una lista cerrada de motivos por los que se puede denegar el reconocimiento del laudo, recogidos en el artículo V de la Convención, entre los que destacan dos apreciables de oficio por parte del tribunal: si se comprueba que según la ley

del Estado en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución del laudo, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o si el reconocimiento y la ejecución del laudo son contrarios al orden público de ese país.

En consecuencia, salvo los laudos del CIADI que se benefician del sistema especial que hemos indicado, el resto de los laudos van a poder ser controlados por los órganos jurisdiccionales de un Estado, bien a través de una acción de anulación, bien a través de la solicitud de reconocimiento o ejecución del laudo, o incluso por ambas vías.

Hechas estas matizaciones, en el asunto *Achmea* en particular, se trata de un arbitraje regido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y el tribunal arbitral al que acudió la empresa, eligió como sede del arbitraje Fráncfort del Meno, por lo que es el Derecho alemán el que resulta aplicable al procedimiento que regula el control judicial de la validez del laudo. La elección de esta sede es la que permitió a la República Eslovaca interponer una acción de anulación, ante los Tribunales alemanes competentes. Por lo tanto, en este caso, el control lo está ejerciendo un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y, en consecuencia, podría entenderse, *a priori*, que el control de su compatibilidad con el Derecho de la UE está garantizado, ya que los tribunales alemanes en caso de duda podrían plantear una cuestión ante el TJUE (como de hecho sucede y, gracias a ello, el Tribunal se pronuncia sobre este supuesto).

No obstante, el TJUE destaca que los tribunales alemanes solo pueden llevar a cabo un control limitado, dentro de las posibilidades permitidas por el Derecho nacional. En concreto, este control se restringe a la validez del convenio de arbitraje, habida cuenta de la ley aplicable, o al respeto del orden público al reconocer o ejecutar el laudo arbitral. Con base en esta argumentación considera que, al tratarse de un control judicial limitado, no es posible garantizar la plena eficacia del Derecho de la UE. De esta manera, como se analizará más adelante, establece una clara distinción, no exenta de controversias, entre lo que ocurre en relación con el arbitraje comercial, donde el control jurisdiccional limitado sí que basta para entender salvaguardada la eficacia del Derecho de la UE.

Por todo lo anterior, el TJUE concluye que

«... los arts. 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre Estados miembros, como el art. 8 del TBI, conforme al cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro, ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro».

Este fallo sin precedentes dio lugar a que veintitrés Estados miembros de la UE firmaran un acuerdo el 5 mayo 2020 (21), para la terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea. En concreto, en él se mantiene que las cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados en los Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados miembros de la Unión Europea son contrarias a los Tratados de la UE y, debido a esta incompatibilidad, no pueden aplicarse. Como consecuencia, ese tipo de cláusulas no pueden servir de base jurídica para los

procedimientos de arbitraje (22) .

Por lo tanto, el asunto *Achmea*, en el ámbito de los TBI *intra* UE, ha supuesto el principio del fin de los arbitrajes entre los inversores y los Estados (23) . Pese a ello, todavía se mantienen numerosos interrogantes que impiden apreciar hasta qué punto el pronunciamiento del TJUE va a afectar a la práctica arbitral. Sin ánimo de profundizar en ellos, cabe destacar los siguientes (24) : ¿sólo es incompatible con el Derecho de la UE la cláusula de arbitraje, o lo es la totalidad del TBI? (25) ¿Qué pasa con los TBI extra UE? (26) ¿Afecta la sentencia *Achmea* al Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)? (27) ¿Los conocidos como «acuerdos de última generación» se ajustan al Derecho de la Unión? (28) .

Más allá de estas incógnitas sobre las repercusiones finales que va a tener *Achmea* en la práctica arbitral , lo que interesa a efectos del presente estudio, es el debate suscitado en torno a la argumentación del TJUE, al defender que, si bien el control limitado del laudo es suficiente en relación con el arbitraje comercial internacional, no lo es, como ya se ha indicado, respecto a un arbitraje de inversiones como el previsto en el art. 8 TBI.

2. Comparativa con el arbitraje comercial internacional: sombras de la argumentación del TJUE

En el ámbito del arbitraje comercial se impone el principio de mínima intervención judicial, justificado en la autonomía de la voluntad de las partes que, al recurrir al arbitraje para la resolución de una controversia, están excluyendo a su vez la competencia de los órganos jurisdiccionales (29) .

Dentro de este mínimo control necesario, una de sus manifestaciones principales es la limitación en cuanto al ejercicio de la impugnación del laudo, en el sentido de que el plazo para la interposición del recurso es breve, únicamente se puede anular el laudo por determinados motivos previamente acotados, y no es posible, *a priori*, una revisión de fondo (30) . De lo contrario, dotar a los órganos jurisdiccionales de un mayor poder y, en concreto, permitirles que realizaran un control de fondo del laudo, «*desnaturalizaría la propia esencia de la institución arbitral*» (31) .

La argumentación desarrollada por el TJUE deja abiertos algunos interrogantes, por ejemplo, relacionados con aquellos supuestos en los que el arbitraje comercial internacional deriva de una cláusula inserta en un contrato de adhesión

En este contexto, el TJUE ha admitido, en jurisprudencia reiterada (32) , que es suficiente con que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros realicen un control limitado de los laudos, siempre y cuando las disposiciones fundamentales del Derecho de la UE puedan ser examinadas y, en su caso, ser objeto de una solicitud de decisión prejudicial. De hecho, el Tribunal de Justicia justifica este control restringido en las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral, a las que se acaba de hacer alusión.

Sin embargo, mediante una argumentación bastante escueta (33), el propio TJUE indica que todo lo anterior no es extrapolable a un procedimiento de arbitraje como el del asunto *Achmea*. El principal motivo en que basa tal decisión, son las diferencias entre ambos tipos de arbitraje, haciendo hincapié especialmente en el distinto origen de un procedimiento de arbitraje comercial, y el de un procedimiento de arbitraje como el previsto en el art. 8 del TBI entre Países Bajos y Eslovaquia. Así, mientras que el primero emana de la autonomía de la voluntad de las partes, el segundo deriva de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales, en favor de un tribunal arbitral.

Habida cuenta de la relevancia de la cuestión, tal vez habría sido necesaria una fundamentación mayor, que resolviera de manera contundente la problemática, ya que esta unilateralidad de los arbitrajes de inversiones, *per se*, no parece ser suficiente para justificar este tratamiento diferenciado (34). En efecto, la argumentación desarrollada por el TJUE deja abiertos algunos interrogantes, por ejemplo, relacionados con aquellos supuestos en los que el arbitraje comercial internacional deriva de una cláusula inserta en un contrato de adhesión (y, en consecuencia, no se puede apreciar claramente que la voluntad de todas las partes en conflicto era someter la controversia a arbitraje), o los relacionados con inversores extranjeros y un Estado miembro, pero donde la sumisión al arbitraje deriva de un contrato entre las partes (35).

En este sentido, una diferencia crucial entre ambas modalidades de arbitraje, que el TJUE no menciona, pero quizás serviría para acreditar en mayor medida esta disparidad en el trato, sería que en el arbitraje de inversiones se van a ver involucrados intereses generales que, en el arbitraje comercial, en principio, no confluyen. En concreto, los TBI permiten que los inversores extranjeros (en su mayoría grandes empresas multinacionales) puedan reclamar a los Estados de acogida de la inversión los daños que les ha podido ocasionar un cambio legislativo o una modificación de la política seguida por dicho Estado en determinadas materias, tales como la salud (como ocurría en el asunto *Achmea*) o el medio ambiente. Así, se están poniendo en el mismo nivel los intereses comerciales de los inversores y el interés general que trata de preservar el Estado a través de la adopción de las normas necesarias para ello (36), lo que llevaría a plantearse incluso la arbitrabilidad de la materia. Por este motivo, podría ser requerido un mayor control jurisdiccional, por parte de los órganos de los Estados miembros, para garantizar que ese interés general ha sido salvaguardado. Algo que no sería necesario en el caso de los arbitrajes comerciales donde, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, bastaría con realizar ese control limitado, especialmente de cara a comprobar que se han respetado las garantías procesales oportunas.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que el art. 344 TFUE únicamente obliga a los Estados miembros 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. De ahí se infiere que la imposibilidad de someter a arbitraje la resolución de un conflicto únicamente se aplica a los Estados, y no a los particulares (37). De esta manera, también quedaría justificado el distinto tratamiento a estos efectos entre el arbitraje de inversiones y el comercial internacional, ya que en este último no son los Estados quienes se someten al arbitraje, a través de un TBI, sino los particulares, a través de un instrumento contractual. En consecuencia, ante laudos provenientes del arbitraje comercial, este

precepto no se estaría vulnerando, y la eficacia del Derecho de la UE no se vería comprometida.

En definitiva, más allá de las posibles deficiencias en la argumentación proporcionada por el TJUE, parece claro que la jurisprudencia *Achmea* no puede extenderse a los supuestos de arbitraje comercial internacional, y las cláusulas de sumisión a arbitraje en estos casos no contravienen el Derecho de la UE. Ello abre una brecha importante entre este tipo de arbitraje y el arbitraje de inversiones que, a la luz de las labores que está llevando a cabo la CNUDMI en esta materia, parece que va a continuar ampliándose.

III. REFORMA DEL SISTEMA DE ARBITRAJE EN EL MARCO DE LA CNUDMI

Como se ha adelantado anteriormente, los trabajos que se están desarrollando en la actualidad en el seno de la CNUDMI llevan también al arbitraje de inversiones y al arbitraje comercial por sendas distintas. Dentro de la CNUDMI son dos los Grupos de trabajo que se están ocupando de la reforma de la regulación actual en materia de arbitraje. El Grupo de trabajo III está avanzando en la reestructuración del arbitraje de inversiones; mientras que el Grupo de trabajo II lo hace en relación con el arbitraje acelerado.

1. Grupo de trabajo III: arbitraje de inversiones

El Grupo de trabajo III aborda la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, sobre la base del mandato que le confirió la Comisión en su 50º período de sesiones, en el año 2017. Desde entonces, el Grupo ha tenido diversas sesiones de trabajo, la última de ellas celebrada el pasado mes octubre 2020. A lo largo de esas sesiones, se han podido identificar las principales inquietudes existentes en torno al sistema de solución de controversias entre los inversores y los Estados (38) y, atendiendo a ellas, se están considerando las siguientes opciones de reforma (39) :

- El establecimiento de un mecanismo de apelación en el Arbitraje de Inversiones. El objetivo perseguido al crear un mecanismo de apelación es, principalmente, *«aumentar la corrección, la concordancia, la previsibilidad y la coherencia de las decisiones que se dictaran en el marco del sistema»* (40) . Ello guarda una estrecha relación con lo mencionado anteriormente acerca de la anulación de laudos arbitrales. Así, dentro de los estándares para acceder a la apelación se está trabajando en determinar cómo interactuaría un mecanismo de apelaciones con la posibilidad de anulación de laudos, para evitar duplicar las revisiones y garantizar así su eficiencia. Para ello, el Grupo de trabajo está teniendo en cuenta tanto los motivos de anulación en virtud del Convenio del CIADI, como los motivos para denegar el reconocimiento y ejecución previstos en la Convención de Nueva York. Finalmente, otra cuestión que se está debatiendo, es si el alcance de la apelación se debe limitar a decisiones sobre el fondo del asunto, o si debe extenderse a otras decisiones de carácter incidental.
- El establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones de carácter permanente. El origen de esta reforma se encuentra en un documento que presentó la UE al Grupo de trabajo III en enero de 2019, titulado *«Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones»* (41) . En este documento la UE

proponía la creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones. Con este documento-propuesta la Unión Europea considera que *«la creación de un mecanismo permanente de dos niveles es la única opción disponible que responde de manera efectiva a todas las inquietudes expresadas en el Grupo de Trabajo. Además, es la única opción que tiene en cuenta que estas inquietudes están interrelacionadas»*. La idea planteada es que esta corte permanente sirva como árbitro global para solucionar todas las diferencias en materia de inversión, como lo son los litigios entre los inversores y los Estados. El establecimiento de este organismo permanente significaría el abandono del sistema *ad hoc* de resolución de litigios, que figura actualmente en los TBI, y sobre el que ya se ha indicado la problemática suscitada en torno al mismo, especialmente a raíz de la sentencia *Achmea*. En esta misma línea, tanto el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) firmado con Canadá, como el Acuerdo Comercial con Vietnam, hacen referencia a la creación de un tribunal multilateral de inversiones de carácter permanente.

- La selección y nombramiento de árbitros y decisores. Finalmente, otra de las cuestiones en las que está trabajando el Grupo de trabajo es en el diseño de los criterios de selección y nombramiento de los miembros del tribunal permanente de inversiones.

Todas estas medidas que se espera que se vayan definiendo en los próximos meses (42), parece que van a dar lugar a un drástico cambio en el modelo tradicional de solución de las controversias entre los inversores y los Estados. En concreto, la creación del tribunal multilateral de inversiones de carácter permanente, de materializarse, supondría un distanciamiento del sistema del arbitraje, y un acercamiento al proceso judicial (43). En cualquier caso, estas reformas potenciales únicamente incumbirían al sistema de resolución de conflictos entre inversores y Estados.

2. Grupo de trabajo II: arbitraje acelerado

Por su parte, con la finalidad de aumentar la eficiencia y calidad del proceso arbitral, el Grupo de trabajo II, en su 68 periodo de sesiones, presentó una propuesta de trabajo para abordar, entre otras cuestiones, el arbitraje acelerado (44), y la conducta de los árbitros, con énfasis en las cuestiones de la imparcialidad e independencia (45). En concreto, el Grupo de Trabajo explicó que, en los últimos años, muchas instituciones de arbitraje habían centrado su atención en los procedimientos arbitrales acelerados (46), como respuesta a la preocupación de los usuarios por el aumento de los costos, la excesiva formalidad y la mayor duración de los arbitrajes, que asimilaba este proceso cada vez más a los procedimientos judiciales. Por este motivo, se destacó la utilidad de contar con un régimen internacional común sobre un procedimiento acelerado, que diera respuesta a esta necesidad cada vez mayor de dirimir controversias sencillas mediante arbitraje (47).

En cuanto al alcance de su labor, el Grupo de trabajo convino que debería centrarse inicialmente en el arbitraje comercial internacional y, en una etapa posterior, evaluaría la pertinencia de su labor para el arbitraje en materia de inversiones y otros tipos de arbitraje (48). Por consiguiente, con carácter preliminar, se está descartando la posibilidad de extender las disposiciones sobre arbitraje acelerado al arbitraje de inversiones. En este sentido, desde el comienzo de las labores del Grupo II, han sido numerosas las opiniones emitidas, favorables a la exclusión del arbitraje de inversiones del

ámbito de aplicación de estas reglas sobre el arbitraje acelerado.

No obstante, se está valorando permitir que los Estados incluyan una referencia a las disposiciones sobre arbitraje acelerado en sus tratados de inversión y los demandantes puedan incoar una demanda conforme a ellas. Además, en el proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado presentado en enero de 2020, sí que se incluyen unas disposiciones referentes al arbitraje de inversiones, en relación con la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado de la CNUDMI en el contexto del arbitraje acelerado (49).

En cualquier caso, parece que el distanciamiento entre ambas modalidades de arbitraje es una realidad y, a la luz de las circunstancias, un episodio necesario para preservar el éxito que ha venido cosechando tradicionalmente la institución arbitral en la resolución de los conflictos comerciales. Como indica de manera muy representativa C. Esplugues Mota (50), una *«fusión» del arbitraje comercial internacional y del de inversiones podría acabar resultando "letal" para el primero, contaminando de múltiples formas al arbitraje comercial; una contaminación que, por otra parte, ya está comenzando a ocurrir»*.

IV. ¿CRISIS DE LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE Y OPORTUNIDAD PARA LA MEDIACIÓN?

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente estudio, el arbitraje de inversiones está sufriendo una profunda crisis. En cuanto al arbitraje comercial internacional, también está atravesando un momento delicado ya que, como se ha indicado, el aumento en los costes y la complejidad del proceso ha contribuido a que las partes lo perciban cada vez más próximo al proceso judicial, restándole parte de su atractivo.

En este contexto, la propia CNUDMI ha postulado la mediación como un mecanismo apropiado para la resolución no solo de las controversias en el ámbito comercial, sino también de los conflictos entre los inversores y los Estados. Así, dentro del proceso de reforma del sistema de arbitraje de inversiones que se está gestando en el Grupo de Trabajo III, al que se ha hecho referencia con anterioridad, se está valorando la posibilidad de imponer el recurso a la mediación, con carácter previo al arbitraje. En cuanto a los conflictos comerciales internacionales, la Convención de Singapur, aprobada en diciembre de 2018, está llamada a desempeñar un importante papel para la promoción de la mediación en estos supuestos, facilitando la ejecución de los acuerdos resultantes de mediación.

1. Hacia una mediación obligatoria para resolver las controversias inversores-Estados

En el marco de las sesiones de trabajo del Grupo de trabajo III, una de las inquietudes detectadas en torno al sistema de solución de controversias entre los inversores y los Estados, era la posibilidad de emplear para su resolución otros medios distintos al arbitraje. Identificada esta cuestión, se observó que esos medios y métodos eran herramientas que podían utilizarse para resolver algunos de los problemas ya localizados por el Grupo de trabajo, y se comenzó a examinar en mayor profundidad la posibilidad de emplear mediación, conciliación y otros métodos alternativos de solución de

controversias (51) .

Prácticamente la totalidad de comunicaciones emitidas por los gobiernos de los distintos Estados en relación con los métodos alternativos de solución de controversias, coincidieron en subrayar las ventajas que éstos poseen con respecto al arbitraje. En concreto, destacaron la celeridad, los menores costos, y una mayor flexibilidad y autonomía de las partes en conflicto que, a su vez, contribuye al mantenimiento de las relaciones y las inversiones a largo plazo.

En este punto, conviene tener en cuenta que, en el marco actual, las partes ya tienen la posibilidad de acudir a la mediación, o algún otro mecanismo alternativo, para resolver su conflicto. De hecho, los TBI prevén un «periodo de espera» durante el cual los inversores y los Estados pueden intentar alcanzar un arreglo amistoso, antes de llegar al arbitraje, lo que supone una oportunidad idónea para lograr un acuerdo, sin necesidad de recurrir al arbitraje.

Alcanzar una solución amistosa puede plantear grandes dificultades para los Estados, ya que tienen que responder ante el público en general, a diferencia de lo que ocurre con las entidades privadas

Sin embargo, pese a que las partes tienen a su disposición estos métodos alternativos de resolución de conflictos, y a las ventajas ya enunciadas que éstos poseen, la realidad muestra que el medio que se utiliza de manera predominante en la práctica es, sin duda, el arbitraje. Al resto de mecanismos se recurre con muy poca frecuencia, hasta el punto de que su empleo es prácticamente residual. El principal motivo por el que esto sucede es que alcanzar una solución amistosa puede plantear grandes dificultades para los Estados, ya que tienen que responder ante el público en general, a diferencia de lo que ocurre con las entidades privadas (52) .

En consecuencia, una de las cuestiones a tratar por el Grupo de trabajo III es examinar cómo promover las formas alternativas de resolución de los conflictos, para que se recurra a ellas con mayor frecuencia, en estos concretos supuestos.

Una de las opciones que se está valorando, es la posibilidad de elaborar cláusulas modelo que establecieran la obligatoriedad de intentar alcanzar un arreglo amistoso con carácter previo al arbitraje. En concreto, se está planteando el hecho de imponer la mediación obligatoria como requisito previo al arbitraje. De materializarse finalmente esta opción, el arbitraje dejaría paso a la mediación, como primera vía para la resolución de un conflicto entre los Estados y los inversores extranjeros.

En esta misma línea, en el marco de la reforma de las reglas del CIADI, se ha incorporado por primera vez dentro de los mecanismos ofrecidos por esta institución, la opción de recurrir a la mediación, y se ha presentado un proyecto de normas sobre mediación para resolver las disputas inversor-Estado (53) .

2. La mediación comercial internacional y la esperanzadora Convención de Singapur

Al igual que ocurre en relación con los conflictos en materia de inversiones, la realidad evidencia que la mediación todavía no es un mecanismo muy empleado para la resolución de los conflictos comerciales internacionales (54) y las partes, cuando optan por acudir a una vía distinta de la jurisdiccional, se siguen decantando por el arbitraje.

El motivo principal por el que la mediación comercial internacional no acaba de despegar en la práctica, parece encontrarse en la ausencia de un marco jurídico armonizado que reconozca eficacia extraterritorial a los acuerdos resultantes de la mediación y en la consiguiente dificultad para lograr su ejecución en este ámbito transfronterizo (55). No obstante, este obstáculo ha tratado de mitigarse con la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación, aprobada el 20 diciembre 2018, conocida como la «Convención de Singapur sobre mediación».

Dicho instrumento tiene como objetivo facilitar la ejecución de los acuerdos de mediación, con la finalidad de superar este escollo. La principal novedad que introduce radica en la concesión de un nuevo estatus jurídico a los acuerdos de mediación comercial internacional, dotándoles de eficacia transfronteriza directa. En su propósito de facilitar la movilidad de los acuerdos, las excepciones que se pueden alegar para la denegación del otorgamiento de medidas son limitadas, y deben interpretarse de manera restrictiva.

Todo ello puede favorecer que la mediación se imponga como uno de los principales mecanismos de resolución de los conflictos en el comercio internacional, de manera similar a lo que supuso la Convención de Nueva York respecto de los laudos arbitrales. Si bien, solo el tiempo determinará si cumple con todas las expectativas puestas en ella, algo que pasa también por la adhesión de un número importante de Estados.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El asunto *Achmea* ha sido el detonante de una gran polémica en torno a una materia muy relevante a nivel internacional, como es el sistema de resolución de conflictos entre inversores y Estados. La decisiva sentencia del TJUE establece que la cláusula arbitral contenida en un TBI entre Estados miembros, es incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

La argumentación en la que se basa el Tribunal de Justicia para alcanzar tal conclusión ofrece luces y sombras. Como se ha analizado, son especialmente cuestionables los motivos alegados por el TJUE al señalar que el control limitado de los laudos arbitrales en materia comercial es suficiente para garantizar la eficacia del Derecho de la Unión, pero no lo es respecto de los laudos en materia de inversiones. Tal disparidad la justifica en el distinto origen de ambas modalidades de arbitraje, ya que mientras el primero deviene de un acuerdo entre las partes de someter su controversia a arbitraje, el de inversiones deriva de un TBI alcanzado entre los Estados implicados.

Más allá de esta referencia al fundamento inicial del arbitraje, habría sido conveniente señalar una

diferencia nuclear entre ambas modalidades de arbitraje, como es que, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje comercial, en el de inversiones se ven involucrados intereses generales. Ello podría justificar la exigencia de un mayor control por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, e incluso podría afectar a la arbitrabilidad de la materia. Además, el art. 344 TFUE únicamente se aplica a los Estados, que son quienes se ven obligados 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. Por consiguiente, los particulares no se ven compelidos por dicho precepto y, en consecuencia, no se vería vulnerado en los supuestos de sometimiento a arbitraje en materia comercial.

Pese a estas sombras, en relación con la argumentación del TJUE, parece claro que la jurisprudencia *Achmea* no puede extenderse a los supuestos de arbitraje comercial internacional. Ello junto con los recientes trabajos que se están desarrollando en el marco de la CNUDMI, tendentes a rediseñar el sistema arbitral que imperaba hasta el momento, dejan clara la brecha existente entre ambas modalidades de arbitraje, que cada vez es mayor.

De lo expuesto en este estudio se puede inferir que tanto el arbitraje de inversiones como el arbitraje comercial están atravesando un momento complicado. Como respuesta a estas dificultades que está sufriendo la institución arbitral, desde el propio seno de la CNUDMI se está potenciando el recurso a la mediación, como primera opción para resolver ambos tipos de conflictos. Incluso, en relación con las controversias en materia de inversiones, se está valorando la posibilidad de instaurar una mediación obligatoria con carácter previo al arbitraje.

El futuro de ambas modalidades de arbitraje y el papel que la mediación va a desempeñar al respecto está por determinar. El que siga un rumbo u otro depende en gran parte de las medidas que se adopten en un futuro próximo.

BIBLIOGRAFÍA

ANKERSMIT, V.L., «Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?», *Investment Treaty News*, 2018.

AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C., «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 25, 2013.

CANTERO MARTÍNEZ, J., «Arbitraje internacional de inversiones y «derecho a regular» de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 58, abril-junio 2016, pp. 13-45.

ESPLUGUES MOTA, C., «La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXXII, nº 1, pp. 53-80.

ESPLUGUES MOTA, C., «Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y el mantra de la celeridad», *Revista argentina de arbitraje*, 2020.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E. y SALVADORI, M., «Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 1, marzo 2020, pp. 203-218.

FERNÁNDEZ PONS, X., «La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje inversor-Estado previsto en Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados miembros. Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto e implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 46, 2018.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LVII, nº 2, 2005, pp. 605-637.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 9-224.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. SÁNCHEZ LORENZO, S.A. y STAMPA, G., *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I., «¿Sigue habiendo espacio en el arbitraje de inversiones para las objeciones jurisdiccionales basadas en la naturaleza intra-UE de la controversia? Comentario sobre la opinión disidente del árbitro M.G. Kohen en el asunto Adamakopoulos y otros c. Chipre», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, nº 3, julio-septiembre 2020.

IRURETAGOIANA 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.

LAMEIRA DOS SANTOS, M., «El principio del fin del arbitraje internacional de inversiones: especial mención a la STJUE de 6 marzo 2018 Asunto C-284/16 República Eslovaca v. Achmea», *Unión Europea Aranzadi*, nº 3, 2020.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., «La Unión Europea y el arbitraje de inversiones: alcance de la STJUE de 6 marzo 2018, Achmea, con especial referencia a la situación de España», *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, vol. II, pp. 677-691.

RUEDA GARCÍA, J.A., «La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, marzo 2010, pp. 203-232.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «Protección de las inversiones en la Unión Europea: el fin del arbitraje de inversiones (de la sentencia "Achmea" a la propuesta de un tribunal multilateral de

inversiones)», *Revista Electrónica de Direito*, vol. 21, nº 1, febrero 2020, pp. 151-177.

SANTA-CROCE, M., «L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et Européen», *Gazette du Palais*, 2001.

STRONG, S.I., «Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation», *Legal Studies Research Paper*, nº. 2014-28, pp. 1-53.

SUCIU, D.C., «Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Achmea», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 37, 2019.

VILLAGRASA ROZAS, M.M., «Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2018, pp. 415-449.

-
- (1) Abogacía Española/Consejo General, *El arbitraje comercial en España. Misión de arbitraje en Miami*, 2019, pp. 6.

Ver Texto

- (2) Según un Estudio realizado por Roca Junyent, Comillas ICADE y la Association Corporate Counsel Europe (ACC), un 47% de empresas se decanta por el arbitraje como mecanismo idóneo para resolver sus disputas. Además, el 89% de las empresas encuestadas considera el arbitraje como el método idóneo para las disputas internacionales. Estudio disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 18 enero 2021):

[https://www.rocajunyent.com/sites/default/files/content/file/2019/08/28/1/informe_rocajunyent_digital.pdf].

Ver Texto

- (3) En la sentencia del TJUE destaca la ausencia de pronunciamiento acerca de la compatibilidad de estas cláusulas de arbitraje insertas en un TBI *intra* UE con el art. 18 TFUE, a pesar de que el Tribunal remitente plantea expresamente la cuestión (*vid.* el ap. 30 de la sentencia). Ello mantiene abierto el interrogante acerca de si estas cláusulas, o incluso la totalidad del TBI, suponen una vulneración del principio de no discriminación, previsto en el citado precepto.

Ver Texto

- (4) A modo de ejemplo, *vid.* Decisión C (2017) 7384, emitida por la Comisión el 10 noviembre 2017, en el marco del procedimiento iniciado en diciembre de 2014 contra España de apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables. En esta decisión, la Comisión indica que la

mayoría de los arbitrajes contra España han sido iniciados por inversores de otros Estados de la UE, por lo que considera que esta situación es contraria al Derecho de la Unión. Incluso afirma que «los Estados miembros no son competentes para celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales entre ellos, porque al hacerlo pueden afectar normas comunes o alterar su alcance». Sobre esta decisión y su alcance *vid.* M. M. Villagrasa Rozas, «Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2018, pp. 432-433.

[Ver Texto](#)

- (5) I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «¿Sigue habiendo espacio en el arbitraje de inversiones para las objeciones jurisdiccionales basadas en la naturaleza intra-UE de la controversia? Comentario sobre la opinión disidente del árbitro M.G. Kohen en el asunto Adamakopoulos y otros c. Chipre», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, nº 3, julio-septiembre 2020, pp. 11.

[Ver Texto](#)

- (6) *Vid.* ap. 42 STJUE, donde hace hincapié en la posibilidad de que el tribunal arbitral se pueda ver obligado a aplicar las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.

[Ver Texto](#)

- (7) Entre otros, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *LA LEY Unión Europea*, nº 60, junio 2018, pp. 6-7. Igualmente, desarrolla esta argumentación en profundidad el Abogado General en los aps. 171-228 de sus conclusiones.

[Ver Texto](#)

- (8) *Vid.* ap. 37 de la sentencia del TJUE.

[Ver Texto](#)

- (9) El TJUE desarrolla esta cuestión en los aps. 43-49 de la sentencia.

[Ver Texto](#)

- (10) *Vid.* aps. 47-48 de la sentencia.

[Ver Texto](#)

- (11) *Vid.* ap.44 de la sentencia , en relación con la STJUE C-377/13, de 12 junio 2014, asunto *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estadas das Beiras Litoral e Alta*.

[Ver Texto](#)

- (12) Hace hincapié en esta cuestión J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII,

nº 2, 2005, pp. 621.

Ver Texto

(13) Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington en 1966.

Ver Texto

(14) Al respecto, *vid.* C. Otero García-Castrillón, «La Unión Europea y el arbitraje de inversiones: alcance de la STJUE de 6 marzo 2018, Achmea, con especial referencia a la situación de España», *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, vol. II, pp. 685; y D.C. Suciú, «Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Achmea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 37, 2019, pp. 22-23.

Ver Texto

(15) Art. 53 Convenio CIADI.

Ver Texto

(16)
Art. 54 Convenio CIADI.

Ver Texto

(17) *Vid.* J.A. Rueda García, «La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, marzo 2010, pp. 223.

Ver Texto

(18) En este punto, incluso el Abogado General, en el ap. 253 de sus conclusiones considera que los Estados miembros deberían evitar optar por el CIADI por esta cuestión.

Ver Texto

(19) Con carácter general, este control de los laudos no es un control de fondo, como indica J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje comercial internacional...», *loc. cit.*, pp. 622-623; *id.*, «Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 202-204.

Ver Texto

(20) Así lo establece el art. 54 Convenio CIADI.

Ver Texto

(21) Texto completo disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 18 enero 2021):
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=ES).

[Ver Texto](#)

(22) Así lo establece el art. 4 del Acuerdo de 5 mayo 2020.

[Ver Texto](#)

(23) *Vid.*, entre otros, M. Lameira Dos Santos, «El principio del fin del arbitraje internacional de inversiones: especial mención a la STJUE de 6 marzo 2018 Asunto C- 284/16 República Eslovaca v. Achmea», *Unión Europea Aranzadi*, nº 3, 2020; o V.L. Ankersmit, «Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?», *Investment Treaty News*, 2018.

[Ver Texto](#)

(24) Plantean estas cuestiones, entre otros I. Iruretagoiena Agirrezabalaga «La sentencia del TJUE..», *loc. cit.*, pp.10-13; X. Fernández Pons, «La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje inversor-Estado previsto en Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados miembros. Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto *Achmea*, su contexto e implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 46, 2018, pp. 346-362.

[Ver Texto](#)

(25) Como se ha indicado en la nota 4, la Comisión en su Decisión C (2017) 7384, no solo se posiciona en contra de las cláusulas de arbitraje insertas en los TBI, sino que lo hace también en contra de los TBI *intra* UE en su conjunto.

[Ver Texto](#)

(26) Pese a que en principio la jurisprudencia *Achmea*, únicamente alcanza las cláusulas incluidas en los TBI *intra* UE, sí que pueden plantearse problemas en la práctica, al tratar de ejecutar un laudo que reúna estas características, en un Estado miembro de la UE.

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

(28) A este respecto el Dictamen 1/17, del Tribunal de Justicia, de 30 abril 2019 los refrenda, al considerar que un acuerdo internacional que contemple la creación de un órgano jurisdiccional encargado de interpretar sus disposiciones y cuyas decisiones vinculen a la Unión es, en principio, compatible con el Derecho de la Unión.

[Ver Texto](#)

(29) En este sentido, la Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, dentro de las características más destacadas de la Ley Modelo señala la *Delimitación de la asistencia y supervisión*

judiciales. En concreto, en el punto 15 establece: «Como lo demuestran recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Esa tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad del proceso arbitral».

[Ver Texto](#)

(30) *Vid. J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje comercial internacional...», loc. cit., pp. 626.*

[Ver Texto](#)

(31) *Ibid.*, pp. 622-623. En la misma línea J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 345-346.

[Ver Texto](#)

(32) Entre otras, sentencias de 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, aps. 35, 36 y 40, y sentencia de 26 octubre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, aps. 34 a 39.

[Ver Texto](#)

(33) El TJUE únicamente dedica a esta cuestión los aps. 54-56 de la sentencia.

[Ver Texto](#)

(34) Entre otros señalan que esta argumentación del TJUE «*no resulta convincente*» C. Otero García-Castrillón, «La Unión Europea, *loc. cit.*, pp. 683; e I. Iruretagoiena Agirrezabalaga "La sentencia del TJUE..", *loc. cit.* n.p. 7, pp.8-9.

[Ver Texto](#)

(35) Plantea estos interrogantes I. Iruretagoiena Agirrezabalaga «La sentencia del TJUE..», *loc. cit.*, pp. 9.

[Ver Texto](#)

(36) Realiza un análisis en profundidad sobre esta cuestión J. Cantero Martínez, «Arbitraje internacional de inversiones y "derecho a regular" de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 58, abril-junio 2016, pp. 21-22.

[Ver Texto](#)

(37) Así, tal y como establece el Abogado General en el ap. 146 de sus conclusiones, «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que las controversias entre Estados miembros, así como entre los Estados miembros y la Unión, están contempladas en el art. 344 TFUE. En cambio, los litigios entre particulares no lo están, aun cuando el órgano jurisdiccional que deba resolverlos haya de tener en cuenta o aplicar el Derecho de la Unión».

[Ver Texto](#)

(38) Las principales inquietudes detectadas por el Grupo de Trabajo III fueron las relacionadas con la falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de los laudos arbitrajes; con los árbitros y los decisores; con el coste y la duración de los procesos; e inquietudes en cuanto a la financiación aportada por terceros. Ello se desprende de las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo correspondientes a sus períodos de sesiones 34º a 37º, que figuran en los documentos A/CN.9/930/Rev.1 y A/CN.9/930/Rev.1/Add.1; A/CN.9/935; A/CN.9/964; y A/CN.9/970.

[Ver Texto](#)

(39) El Grupo de Trabajo empezó a examinar las siguientes opciones de reforma sobre la base de una decisión adoptada en su 38º período de sesiones (*vid.* A/CN.9/1004, párrafo 25). Profundiza en su análisis E. Fernández Masiá y M. Salvadori, «Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 1, marzo 2020, pp. 203-218.

[Ver Texto](#)

(40) *Vid.* A/CN.9/1004 Add.1, párr. 18.

[Ver Texto](#)

(41) Sobre esta propuesta *vid.* B. Sáenz de Jubera Higuero, «Protección de las inversiones en la Unión Europea: el fin del arbitraje de inversiones (de la sentencia *Achmea* a la propuesta de un tribunal multilateral de inversiones)», *Revista electrónica de Direito*, vol. 21, Nº 1, febrero 2020, pp. 15-16.

[Ver Texto](#)

(42) El próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebrará en el Centro Internacional de Viena del 8 al 12 febrero de 2021.

[Ver Texto](#)

(43) Así lo reconoce el propio Tribunal de Justicia en el Dictamen 1/17, de 30 abril 2019. No obstante, a pesar de esta aproximación al proceso judicial, la UE también indica que las resoluciones emitidas por este tribunal serían laudos dictados por un órgano arbitral permanente, lo que permitiría su reconocimiento y ejecución a través del Convenio de Nueva York de 1958.

[Ver Texto](#)

(44) Realiza un análisis en profundidad sobre esta cuestión C. Esplugues Mota, «Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y el mantra de la celeridad», *Revista argentina de arbitraje*, 2020.

[Ver Texto](#)

(45) *Vid.* A/CN.9/959 y A/CN.9/961.

[Ver Texto](#)

(46) El arbitraje acelerado es «una forma de arbitraje que se lleva a cabo en un plazo breve y a un costo reducido,

agilizando y simplificando aspectos clave del procedimiento para llegar a una decisión definitiva sobre el fondo de la cuestión de manera eficaz en función de los costos y del tiempo» Vid. A/CN.9/959, párrafo 28.

Ver Texto

(47) Vid. A/CN.9/934, párrafo 153.

Ver Texto

(48) Vid. A/CN.9/969, párrafo 34; y A/CN.9/1003, párrafos 14 y 15.

Ver Texto

(49) Vid. A/CN.9/WP.216, párrafos 84-85.

Ver Texto

(50) C. Esplugues Mota, «Los trabajos de la CNUDMI ...», *loc. cit.* n.p. 44, 2020, pp. 7.

Ver Texto

(51) Vid. documento A/CN.9/970, párrafo 29.

Ver Texto

(52) En concreto, se han encontrado múltiples motivos por los que esto sucede, como el temor a las críticas públicas; el temor a las denuncias de corrupción o a un futuro enjuiciamiento por corrupción; el temor a sentar un precedente; o dificultades relativas al acceso a los fondos públicos para organizar la defensa y a la coordinación intergubernamental en plazos breves. Datos extraídos del estudio titulado «Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes», Universidad Nacional de Singapur, NUS Centre for International Law, documento de trabajo nº 18/01 (Chew, S., Reed, L. y Thomas, J.C. QC), disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 18 enero 2021): <https://cil.nus.edu.sg/publications>.

Ver Texto

(53) Texto completo disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 18 enero 2021): [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_3_Sp.pdf].

Ver Texto

(54) Así lo constata el Parlamento Europeo en su Informe titulado *The implementation of the Mediation Directive 29 November 2016*, pp. 162. Texto completo del Informe disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 18 enero 2021): [[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf)].

Ver Texto

(55) Ello se desprende del estudio realizado por S.I. Strong, «Use and Perception of International

Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation», *Legal Studies Research Paper Series Research Paper*, nº 2014-28, pp. 43-45. Igualmente, esta problemática en relación con la ejecución de los acuerdos internacionales de mediación ha sido puesta de manifiesto por parte de la doctrina. Entre otros, C. Esplugues Mota, «La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXXII, nº 1, pp.55 ss; M. Santa-Croce, «L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et Européen», *Gazette du Palais*, 2001; o C. Azcárraga Monzonís, «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 25, 2013, pp. 18-19.

[Ver Texto](#)