

## EL TRIBUNAL DE JUSTICIA SE PRONUNCIA EN CONTRA DE LOS ARBITRAJES DENTRO DE LA UE BAJO LA CARTA DE LA ENERGÍA

En su reciente decisión sobre el caso *Komstroy*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extendido la lógica sentada en el caso *Achmea* a los arbitrajes dentro de la UE derivados del Tratado sobre la Carta de la Energía. De esta forma, considera que, bajo el derecho de la Unión, no son válidos los arbitrajes que versen sobre disputas suscitadas entre un Estado miembro y un inversor procedente de otro Estado de la Unión Europea.

### 1. Antecedente fáctico y litigio principal

En su reciente [sentencia de 2 de septiembre de 2021](#), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) se ha pronunciado en contra de los arbitrajes dentro de la UE bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”). El caso *Komstroy* (Asunto C-741/19) tiene su origen en una serie de contratos celebrados en 1999, a través de los que Energoalians, distribuidor ucraniano, suministraba indirectamente electricidad a Moldtranelectro, empresa pública moldava, para su distribución en la República de Moldavia. Tras una serie de impagos, la distribuidora ucraniana decidió iniciar un procedimiento arbitral contra la República de Moldavia, alegando que el Estado había incumplido obligaciones derivadas del TCE. Para ello, recurrió a uno de los métodos de resolución de disputas que incluye el TCE: la constitución de un tribunal arbitral *ad hoc*, bajo el artículo 26. 4 TCE. Se designó París como sede del arbitraje.

El tribunal arbitral se declaró competente para conocer la disputa y, en un laudo dictado en 2013, condenó a la República de Moldavia a indemnizar a *Komstroy LCC* (subrogada en los derechos y obligaciones de Energoalians) por haber incumplido sus obligaciones bajo el TCE. Moldavia presentó una acción de anulación ante la Corte de Apelación de París, alegando una infracción del orden público relativa a la competencia del tribunal arbitral. La Corte de Apelación, en un primer momento, aceptó la tesis del Estado y anuló el laudo, pero el Tribunal de Casación francés revocó la sentencia, devolviendo las actuaciones a la Corte de Apelación.

Es en este punto cuando la Corte de Apelación de París consideró que, de cara a decidir sobre la competencia del tribunal arbitral que dictó el laudo, era necesario determinar si la controversia se refería a una inversión en el sentido del TCE, y si ésta se había producido en el territorio de Moldavia. Así, la Corte de Apelación suspendió el procedimiento y planteó tres cuestiones prejudiciales al TJUE, todas ellas relativas al concepto de inversión bajo el TCE.

## 2. Competencia del TJUE para resolver las cuestiones prejudiciales

Tanto el Consejo de la Unión Europea, como varios Estados miembro (Suecia, Dinamarca y Hungría) se opusieron a la competencia del TJUE para responder a las cuestiones planteadas, dado que las partes de la controversia principal no pertenecen a la Unión Europea y que el derecho de la Unión no es aplicable al fondo de la disputa.

Sin embargo, el TJUE ha afirmado su competencia sobre la base de que el TCE, en tanto que acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea, forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En consecuencia, el TJUE sería competente para interpretar las disposiciones del TCE y, en concreto, el concepto de “inversión” bajo el mismo.

A juicio del TJUE, el hecho de que ambas partes no sean residentes en un Estado miembro de la UE no afecta a lo anterior, pues eligieron París como sede del arbitraje, y por lo tanto el derecho francés (del que forma parte el derecho de la Unión) actúa como *lex fori* en el procedimiento arbitral. La conclusión es que *“la fijación de la sede del arbitraje en el territorio de un Estado miembro, en este caso Francia, supone que, a efectos del procedimiento iniciado en el territorio de ese Estado miembro, resulta aplicable el Derecho de la Unión, cuyo respeto debe garantizar el órgano jurisdiccional que conoce del asunto”*. Esta lógica lleva al TJUE a asumir que, en tanto que se está aplicando el derecho de la Unión (según este novedoso criterio), es procedente la intervención del TJUE.

## 3. Extensión de la doctrina *Achmea* al arbitraje dentro de la UE bajo el TCE

Una vez declarada su competencia, y como paso previo a responder a las cuestiones planteadas por la Corte de Apelación, el TJUE dedica la parte más importante de su sentencia a dictaminar si las controversias entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro pueden resolverse mediante arbitraje bajo el TCE.

En este punto es importante recordar que, por medio de su sentencia de 6 de marzo de 2018 en el caso *Achmea* (Asunto C-284/16), el TJUE ya declaró que las cláusulas arbitrales contenidas en los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs, por sus siglas en inglés) de la UE no son compatibles con el derecho de la Unión, en tanto que un tribunal arbitral no es un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. Para alcanzar esta conclusión, el TJUE se basó en dos motivos: (i) un tribunal arbitral no puede plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, y (ii) los laudos arbitrales están sujetos a una revisión muy limitada por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

La conclusión a la que llega ahora el TJUE en el caso del TCE (caso *Komstroy*) es esencialmente la misma que en el caso de los Tratados Bilaterales de Inversión dentro de la UE (caso *Achmea*). Considera que el TCE es un acto del derecho de la Unión y que, por tanto,

un tribunal arbitral constituido bajo el mismo tendrá que interpretar y aplicar el derecho de la Unión. Sin embargo, según el TJUE, ésta es una función únicamente reservada al sistema jurisdiccional de la Unión Europea, del que no forman parte los tribunales arbitrales.

El TJUE señala que la aplicación del derecho de la Unión por parte de un tribunal arbitral – fuera del sistema jurisdiccional de la Unión– no cumple con las garantías propias que requiere el derecho de la Unión:

*“[E]l ejercicio de la competencia de la Unión en materia internacional no puede extenderse hasta el punto de permitir prever, en un acuerdo internacional, una disposición en virtud de la cual una controversia entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro relativa al Derecho de la Unión pueda quedar excluida del sistema jurisdiccional de la Unión, de manera que no se garantice la plena eficacia de ese Derecho.*

*En efecto, tal posibilidad, como declaró el Tribunal de Justicia en el asunto [...] Achmea [...], podría poner en peligro la preservación de la autonomía y del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados”.*

Por todo lo anterior, el TJUE concluye que el arbitraje previsto en el TCE “*no es aplicable a las controversias entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro en relación con una inversión realizada por este en el primer Estado miembro*”.

#### 4. Concepto de inversión bajo el TJUE

Respecto al concepto de “inversión”, que era objeto de las cuestiones prejudiciales planteadas, el TJUE considera que “*no puede considerarse que un crédito derivado de un mero contrato de compraventa de electricidad se haya conferido, como tal, para emprender una actividad económica en el sector de la energía*” y, por tanto, concluye que el negocio que dio origen a la disputa enjuiciada no puede ser considerado una inversión bajo el TCE.

#### 5. ¿En qué situación deja esta sentencia a los inversores?

El primer aspecto a destacar es que este pronunciamiento no es extensible al arbitraje comercial, pues así lo señala la propia sentencia, ni tampoco a los arbitrajes de inversión suscitados al amparo del TCE entre un inversor de fuera de la UE y un Estado miembro (salvo que el lugar del arbitraje esté en algún Estado miembro, como en el caso *Komstroy*).

En lo que respecta a los arbitrajes dentro de la UE (es decir, aquellos entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro) derivados del TCE, las consecuencias son todavía inciertas.

Por un lado, habrá que esperar a ver si los tribunales arbitrales que en la actualidad están conociendo de arbitrajes dentro de la UE bajo el TCE se declaran vinculados por la decisión

# Pérez-Llorca

del TJUE y, por lo tanto, rechazan su competencia para conocer de las disputas. Si nos guiamos por el precedente del caso *Achmea*, lo cierto es que la mayor parte de los tribunales arbitrales (si no todos), no se consideraron vinculados por la decisión del TJUE en aquella ocasión y siguieron adelante con los arbitrajes.

Por otro lado, de lo que no cabe duda es de que la sentencia *Komstroy* podría obstaculizar el reconocimiento y ejecución ante los tribunales de la Unión Europea de los laudos dictados en el marco de esos arbitrajes dentro de la UE. Por lo tanto, es previsible que los inversores que obtengan un laudo favorable prefieran acudir a otras jurisdicciones fuera de la UE para la ejecución.

En todo caso, es previsible que los inversores traten a partir de ahora de fijar la sede de los arbitrajes frente a Estados miembros fuera de la Unión Europea, para minimizar el riesgo de que el laudo sea anulado con base en los precedentes del TJUE.

Esta Nota ha sido elaborada por Fernando Bedoya, Ignacio Santabaya y Javier Tarjuelo, Socios y Asociado de la práctica de Litigación y Arbitraje.

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 16 de septiembre de 2021 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información,  
pueden ponerse en contacto con:

**Fernando Bedoya**

Socio de Litigación y Arbitraje  
[fbedoya@perezllorca.com](mailto:fbedoya@perezllorca.com)

T: +34 91 423 20 75

**Ignacio Santabaya**

Socio de Litigación y Arbitraje  
[isantabaya@perezllorca.com](mailto:isantabaya@perezllorca.com)

T: +34 91 432 51 26