

## EL TRIBUNAL DE JUSTICIA FALLA EN CONTRA DE LOS CONVENIOS ARBITRALES *AD HOC* IDÉNTICOS A LAS CLÁUSULAS CONTENIDAS EN TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN ENTRE ESTADOS MIEMBROS

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) ha vuelto a pronunciarse sobre el arbitraje de inversión, esta vez, en el asunto *PL Holdings*. A través de esta nueva sentencia, de 26 de octubre, el TJUE declara que el Derecho de la Unión prohíbe que un Estado miembro celebre un convenio arbitral *ad hoc* de contenido idéntico a una cláusula arbitral nula que se recoge en un tratado bilateral de inversión (“TBI”) entre Estados miembros. Así, la decisión en *PL Holdings* se suma a las sentencias en los asuntos *Achmea* y *Komstroy*, y supone una nueva restricción al arbitraje de inversión dentro de la Unión Europea (“UE”).

### 1. Antecedente fáctico y litigio principal

El caso *PL Holdings* (Asunto C-109/20) se enmarca en una disputa entre la sociedad luxemburguesa PL Holdings y la República de Polonia. La controversia tiene origen en 2013, cuando la Comisión de Supervisión Financiera de Polonia suspendió los derechos de voto de PL Holdings sobre las acciones que poseía en un banco polaco, y ordenó la venta forzosa de esas acciones.

En desacuerdo con la decisión tomada por el organismo polaco, PL Holdings inició un procedimiento arbitral contra Polonia ante la Cámara de Comercio de Estocolmo. Para ello, se basó la cláusula 9 del TBI celebrado en 1987 entre, por una parte, Bélgica y Luxemburgo y, por otra parte, Polonia.

El tribunal arbitral resolvió el asunto mediante dos laudos emitidos en fechas 28 de junio y 28 de septiembre de 2017. En primer lugar, se declaró competente para conocer la controversia en cuestión.

En segundo lugar, resolvió que Polonia había incumplido sus obligaciones derivadas del TBI y, en consecuencia, condenó al Estado a pagar a PL Holdings una indemnización de daños y perjuicios.

Polonia solicitó la anulación de los laudos ante el Tribunal de Apelación de Estocolmo, con base en que el procedimiento arbitral derivaba de una cláusula arbitral nula. Y ello porque, conforme a la doctrina sentada en el caso *Achmea* (Asunto C-284/16), los convenios arbitrales contenidos en un TBI suscrito entre Estados miembros son contrarios al Derecho de la Unión.

A este respecto, el Tribunal de Apelación resolvió que, si bien la sentencia *Achmea* efectivamente conllevaba la nulidad del convenio arbitral contenido en el artículo 9 del TBI, ello no afectaba a la validez de los laudos emitidos en el caso *PL Holdings*. El Tribunal de Apelación entendía que el arbitraje no se había fundamentado en dicho artículo, sino en un convenio arbitral *ad hoc*. Así, conforme a Derecho sueco, ambas partes habían celebrado un convenio arbitral diferente, pero de contenido idéntico al del artículo 9 del TBI, que se derivaba de la propuesta de arbitraje formulada por el inversor y la aceptación tácita de la misma por el Estado, al no haber impugnado la

competencia del tribunal arbitral en el plazo establecido en la ley sueca. Por tanto, los laudos no fueron anulados.

Polonia interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Suecia, que suspendió el procedimiento y planteó una cuestión prejudicial al TJUE. En concreto, se planteó si el Derecho de la Unión permite o no a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral *ad hoc*, de contenido idéntico al de una cláusula arbitral que se recoge en un TBI celebrado entre esos dos Estados miembros, y que es nula conforme a la doctrina *Achmea*.

## 2. La decisión del TJUE

El TJUE comienza su fundamentación recordando que la cláusula 9 del TBI es nula “*por vulnerar la autonomía del Derecho de la Unión, su plena eficacia y su aplicación uniforme*”; y que, por tanto, no puede iniciarse un arbitraje conforme a esa cláusula. Esta cláusula, según el TJUE, puede llevar a un tribunal arbitral a pronunciarse en litigios referidos a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión, lo que pondría en peligro la preservación del carácter propio y de la autonomía del Derecho de la Unión, así como el principio de confianza mutua entre Estados miembros.

Esto es exactamente lo mismo que se resolvió en el caso *Achmea*, y fue después reiterado en el caso *Komstroy* (Asunto C-741/19), que extendió la misma lógica a los arbitrajes dentro de la UE, pero derivados –ya no de un TBI– sino de un tratado multilateral de inversión, como es el Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”). La cuestión en este caso es si la doctrina del TJUE contraria a los arbitrajes de inversión derivados de un TBI (conforme a *Achmea*) y del TCE (conforme a *Komstroy*), se puede extender también a aquellos que derivan de un convenio arbitral *ad hoc*.

Pues bien, el TJUE considera que permitir que un Estado miembro someta un litigio a arbitraje, con base en un convenio arbitral *ad hoc* idéntico a la cláusula de un TBI que es nula, supondría en realidad eludir las consecuencias de la doctrina *Achmea*. La razón de ser de este convenio sería, precisamente, sustituir a tal cláusula, para mantener los efectos de esta, pese a su nulidad.

Por tanto, a juicio del TJUE, el Derecho de la Unión prohíbe que un Estado miembro celebre un convenio arbitral de contenido idéntico a una cláusula arbitral nula que se recoge en un TBI entre Estados miembros. Con base en lo anterior, el TJUE concluye:

- (i) respecto a los Estados miembros, que no solo no pueden comprometerse a sustraer del sistema jurisdiccional de la UE los litigios que puedan referirse a la aplicación y la interpretación del Derecho de la Unión, sino también que, cuando un litigio de ese tipo se plantea ante un tribunal arbitral en virtud de un compromiso contrario a dicho Derecho, están obligados a impugnar –ante ese tribunal arbitral o ante el órgano jurisdiccional competente– la validez del convenio arbitral *ad hoc*; y
- (ii) respecto a los jueces nacionales, que están obligados a anular un laudo arbitral dictado sobre la base de una cláusula arbitral o un convenio arbitral *ad hoc* que infrinja la referida doctrina.

### 3. Implicaciones de la sentencia *PL Holdings*

Este pronunciamiento del TJUE supone una nueva limitación a la capacidad de los Estados miembros y los inversores de la UE de someter sus disputas a arbitraje. Como se ha explicado, la principal consecuencia es que se extiende la doctrina sentada en los casos *Achmea y Komstroy* los arbitrajes que deriven de un convenio de contenido idéntico a una cláusula arbitral que se recoge en un TBI entre Estados miembros.

Además, el TJUE –en contra de lo solicitado por *PL Holdings*– ha optado por no limitar los efectos temporales de esta decisión, de forma que la misma se aplica retroactivamente, incluso a aquellos procedimientos de arbitraje que se hayan incoado de buena fe, sobre la base de convenios arbitrales *ad hoc* celebrados antes de la sentencia *Achmea*. A este respecto, nótese que, en el caso *PL Holdings*, los laudos impugnados eran previos a dicha sentencia.

No obstante, esta nueva sentencia del TJUE no niega la validez de cualquier convenio arbitral *ad hoc* suscrito por un Estado miembro para diferentes tipos de contratos, sino únicamente la de aquellos celebrados en circunstancias como las que son objeto del caso *PL Holdings*:

*“Además, en cuanto a los trastornos graves alegados, debe señalarse que, por lo que respecta, por una parte, a la supuesta repercusión que la presente sentencia podría tener en los convenios arbitrales celebrados por los Estados miembros para diferentes tipos de contratos, la interpretación del Derecho de la Unión hecha en esta sentencia solo se refiere a los convenios arbitrales ad hoc, celebrados en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, que se resumen, en particular, en el apartada 65 de la presente sentencia”.*

Por último, el TJUE considera que la eventual indefensión que se pueda causar a los inversores por el hecho de impedirles acudir a arbitraje, deberá corregirse dentro de los sistemas judiciales nacionales, en su caso con la cooperación del TJUE, en el marco de sus competencias. Esto es susceptible de plantear dudas razonables a los inversores, habida cuenta que, por ejemplo, en el caso de *PL Holdings*, el tribunal arbitral consideró acreditado que, previamente al inicio del arbitraje, se había denegado el acceso a la justicia del inversor a través de los tribunales polacos. Máxime cuando se puede dar una situación como la que se está produciendo en Polonia, en la que sus tribunales han considerado que no están sujetos al principio de primacía del Derecho de la Unión, conforme a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de dicho país de 7 de octubre de 2021.

Esta Nota ha sido elaborada por Fernando Bedoya, Ignacio Santabaya y Javier Tarjuelo, Socios y Asociado de las prácticas 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 5 de noviembre 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