

# El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea

*Javier Díez-Hochleitner*

Catedrático de Derecho Internacional Público.  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

En 2009 el TJ declaraba en tres sentencias el incumplimiento por Austria, Finlandia y Suecia de las obligaciones derivadas del segundo párrafo del artículo 307 TCE (artículo 351 TFUE), tras constatar que las cláusulas sobre libre transferencia de capitales contenidas en sus acuerdos de promoción y protección de inversiones (APPRI) con terceros países resultaban contrarias a los artículos 57.2, 59 y 60.1 TCE, en materia de libre circulación de capitales y pagos. Se trata de la primera vez que se suscita ante el Tribunal la posibilidad de que los numerosos APPRI celebrados por los Estados miembros puedan entrar en conflicto con el Derecho de la UE.

Tras analizar las referidas sentencias, el presente artículo aborda el estudio de la posible incompatibilidad de los APPRI con el Derecho de la UE en toda su amplitud, considerando tanto los APPRI intra UE como los APPRI con terceros países y tomando como marco de análisis no sólo el TCE sino igualmente el nuevo TFUE, nacido del Tratado de Lisboa.

Dos son las conclusiones más destacadas del trabajo. Por una parte, la creciente pérdida de libertad de los Estados miembros para celebrar APPRI con terceros países y la necesidad de revisar el actual entramado de acuerdos bilaterales para dar entrada a la UE, mediante «acuerdos mixtos» o acuerdos marco.

## ABSTRACT

In 2009 the Court of Justice declared in three judgements that Austria, Finland and Sweden had failed to fulfil their obligations under the second paragraph of Article 307 EC Treaty (Article 351 TFEU). The Court deemed that the provisions on free transfer of capital contained in the bilateral investment treaties (BITs) entered into with third countries were incompatible with Articles 57.2, 59 and 60.1 EC Treaty, on the free movement of capital and payments. It was the first time for the Court to consider the compatibility of the large number of BITs concluded by Member States with EU Law.

This article aims at discussing the aforementioned judgements of the Court, and also at dealing with all possible inconsistencies of BITs with EU Law, both intra-EU Bits and BITs with third countries, in the framework of the EC Treaty and the new TFEU arose from the Lisbon Treaty. The article comes to two main conclusions. On the one hand, EU Law is increasingly imposing restrictions to Member States in concluding BITs with third countries and calls for a revision of the many BITs that are in force to facilitate the participation of the EU through «mixed agreements» or framework agreements. On the other hand, intra-EU BITs shall be terminated.

Por otra parte, la necesidad igualmente de terminar con los APPRIs intra-UE.

**Palabras clave:** Acuerdos anteriores (de los Estados miembros); Violación del segundo párrafo del artículo 307 TCE (artículo 351 TFUE); Acuerdos bilaterales sobre inversiones; Tratado de Lisboa; Política comercial común; Libertad de establecimiento; Libertad de movimientos de capital y de pagos.

**Keywords:** Pre-accession Agreements (of Member States); Infringement of the second paragraph of Article 307 EC (Article 351 TFEU); Bilateral Investment Treaties; Lisbon Treaty; Common Commercial Policy; Freedom of Establishment; Free Movement of Capital and Payments

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
  2. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 3 DE MARZO Y 9 DE NOVIEMBRE DE 2009 CONDENANDO A AUSTRIA, FINLANDIA Y SUECIA—2.1. *Disposiciones de los acuerdos anteriores consideradas incompatibles con el Tratado CE: las cláusulas sobre transferencia de pagos contenidas en los APPRIs*—2.2. *La obligación de los Estados miembros de eliminar las incompatibilidades con el Derecho de la Unión de disposiciones contenidas en acuerdos anteriores con terceros países*
  3. ¿CUÁL ERA LA ESTRATEGIA DE LA COMISIÓN EUROPEA FRENTE A LOS APPRIS CELEBRADOS POR LOS ESTADOS MIEMBROS CON TERCEROS PAÍSES EN EL MARCO DEL TRATADO CE?
  4. LA CRECIENTE TENSIÓN ENTRE LOS APPRIS CON TERCEROS PAÍSES Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL TRATADO DE LISBOA—4.1. *La extensión de la Política comercial común a las inversiones directas*—4.2. *Posibles consecuencias del Tratado de Lisboa*
  5. EL CASO DE LOS APPRIS ENTRE ESTADOS MIEMBROS
-

## 1. INTRODUCCIÓN

En mayo de 2004 la Comisión Europea enviaba cartas de emplazamiento a Austria, Finlandia y Suecia por considerar que determinados Acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) celebrados por dichos Estados miembros con terceros países, antes de su adhesión a la Unión Europea, resultaban contrarios al Tratado CE, en concreto, a sus artículos 57.2, 59 y 60.1, en materia de libre circulación de capitales y pagos<sup>1</sup>. La imputación se circunscribía a una cláusula contenida en dichos APPRI –habitual en cualquier tratado de inversiones– por la que cada parte garantizaba a los inversores de la otra parte la libre transferencia en divisa convertible de capitales relacionados con una inversión; en otras palabras, los acuerdos garantizaban a todo inversor de la otra parte libertad para transferir fondos destinados a realizar la inversión o cualquier otro acto relacionado con la inversión (gestión, ampliación, reembolso de préstamos, etc.), así como para repatriar los ingresos que produzca.

En sus observaciones en respuesta a las cartas de emplazamiento, los tres Estados miembros se manifestaron contrarios a la posición de la Comisión, actitud que mantuvieron en la fase de respuesta a los posteriores dictámenes motivados. Interpuestos los correspondientes recursos ante el Tribunal de Justicia, éste estimó las demandas de la Comisión, declarando en dos sentencias de 3 de marzo de 2009 de la Gran Sala y en otra de 19 de noviembre del mismo año de la Sala Segunda que Austria, Finlandia y Suecia habían incumplido las obligaciones que les incumbía en virtud del párrafo segundo del artículo 307 del Tratado CE –actual artículo 351 del TFUE– al no haber «recurrido a los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades» con el Derecho comunitario detectadas en los referidos APPRI<sup>2</sup>.

El interés de las sentencias del Tribunal de Justicia reside no sólo en la condena a un Estado miembro por incumplimiento de las obligaciones deri-

<sup>1</sup> Acuerdos de Austria con Cabo Verde, China, la República de Corea, Malasia, Rusia y Turquía; de Suecia con Argentina, Bolivia, China, Costa de Marfil, Egipto, Hong-Kong, Indonesia, Madagascar, Malasia, Pakistán, Perú, Senegal, Sri Lanka, Túnez, Vietnam, Yemen y Yugoslavia; y de Finlandia con Bielorrusia, China, Malasia, Rusia, Sri Lanka y Uzbekistán (disponibles en [http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch\\_779.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx)).

Al parecer, la Comisión también inició un procedimiento por incumplimiento contra Dinamarca en relación con el APPRI con Indonesia, archivándolo a results de su denuncia y sustitución por un nuevo APPRI en 2007; dato tomado de M. BURGSTALLER, «European Law and Investment Treaties», *Journal of International Arbitration*, vol. 26, 2009, nº 2, pg. 181 (en pgs. 196-197).

<sup>2</sup> SSTJ, asunto *Comisión c. Austria* (C-205/06), de 3-3-2009, asunto *Comisión c. Suecia* (C-249/06), de 3-3-2009, y asunto *Comisión c. Finlandia* (C-118/07), de 19-11-2009 [no publicadas].

vadas del segundo párrafo del artículo 307 del Tratado CE<sup>3</sup>, sino –y sobre todo– porque se trata de la primera vez que se suscita ante el Tribunal de Justicia la posibilidad de que los numerosos APPRI celebrados por los Estados miembros puedan entrar en conflicto con el Derecho de la Unión Europea. La cuestión, sin embargo, no es abordada por el Tribunal –no procedía que lo hiciera– en toda su amplitud. Este artículo toma las sentencias del Tribunal de 3 y 19 de noviembre de 2009 como un punto de partida para tratar el tema en toda su extensión. A este respecto, debe advertirse

<sup>3</sup> En el año 2000 el TJ dictaba dos sentencias condenando a Portugal por no haber denunciado ni adaptado sus acuerdos sobre transporte marítimo con Angola y con Yugoslavia a las exigencias del Reglamento (CEE) 4055/86, del Consejo, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. Si bien las demandas (y las condenas) estaban basadas en la violación por Portugal de los artículos 3 y 4 del Reglamento, que exigía a los Estados miembros «eliminar paulatinamente» o «ajustar» a la legislación comunitaria los acuerdos de reparto de carga existentes anteriormente, el TJ consideraría el asunto también desde la perspectiva del artículo 307 del TCE ante la alegación por parte de Portugal de dicho precepto y su pretensión de que de él tan sólo se desprendía una obligación de comportamiento, y no de resultado. Véanse SSTJ, asunto *Comisión c. Portugal* (C-62/98), de 4-7-2000 [Rec. pg. I-5171, apdos. 23 ss.], y asunto *Comisión c. Portugal* (C-84/98), de igual fecha [Rec. pg. I-5275, apdos. 29 ss.]. Previamente, en el asunto *Comisión c. Bélgica* (C-170/98), resuelto por STJ de 14-9-1999, el Tribunal declaraba igualmente el incumplimiento por Bélgica de las obligaciones derivadas de los artículos 3 y 4 del citado Reglamento (CEE) 4055/86, al no adaptar su acuerdo sobre transporte marítimo con Zaire (Congo) a las disposiciones de dicho acto, sin hacer mención alguna al artículo 307 del TCE [Rec. pg. I-549]. Hasta las sentencias objeto de este artículo, el TJ no había dictado ninguna otra sentencia por violación del párrafo segundo del artículo 307 del TCE.

Cierto es que en siete de los recursos interpuestos en los asuntos *Cielos abiertos*, concretamente en recursos contra Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo y Suecia, la Comisión planteó como pretensión subsidiaria que el TJ declarase la infracción del párrafo segundo del artículo 307 del TCE, en la medida en que procediera considerar que los acuerdos de 1995 sobre transporte aéreo celebrados por dichos Estados miembros con EE.UU. no modificaron de manera radical y, por tanto, no sustituyeron a los acuerdos celebrados con anterioridad, siendo así que tales acuerdos resultaban contrarios al artículo 43 del TCE y a diversas disposiciones de Derecho derivado en la materia. En sus sentencias de 2-11-2002 el TJ estimó que las modificaciones introducidas en 1995 en los acuerdos anteriores «dieron lugar a la creación del marco para una mayor cooperación con EE.UU. [...], del que se derivaban nuevas e importantes obligaciones» para los Estados miembros, pronunciándose por ello únicamente sobre la pretensión principal, esto es, la falta de competencia de los Estados miembros para celebrar los acuerdos de 1995 «a la luz de las disposiciones del Derecho comunitario invocadas por la Comisión en apoyo de dicha pretensión y vigentes en el momento en el que se contrajeron o se confirmaron las citadas obligaciones»; véanse SSTJ, asunto *Comisión c. Dinamarca* (C-467/98) [Rec. pg. I-9519, apdos. 33 ss.], asunto *Comisión c. Suecia* (C-468/98) [Rec. pg. I-9575, apdos. 33 ss.], asunto *Comisión c. Finlandia* (C-469/98) [Rec. pg. I-0627, apdos. 33 ss.], asunto *Comisión c. Bélgica* (C-471/98) [Rec. pg. I-9681, apdos. 44 ss.], asunto *Comisión c. Luxemburgo* (C-472/98) [Rec. pg. I-9741, apdos. 39 ss.], asunto *Comisión c. Austria* (C-475/98) [Rec. pg. I-9797, apdos. 33 ss.] y asunto *Comisión c. Alemania* (C-476/98) [Rec. pg. I-9855, apdos. 61 ss.]. La Comisión no planteó, en cambio, la cuestión en su recurso en el asunto *Comisión c. Reino Unido* (C-466/98), por entender que el acuerdo con EE.UU. había sido concluido tras su adhesión a la CE [Rec. pg. I-9427, apdos 17 ss.].

que la posible incompatibilidad de los APPRI con el Derecho de la UE debe ser estudiada desde perspectivas distintas según se trate de APPRI entre Estados miembros («APPRI-intra UE») o de APPRI con terceros países («APPRI-extra UE») y, según consideremos estos últimos antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa o después del 1 de diciembre de 2009.

## **2. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 3 DE MARZO Y 9 DE NOVIEMBRE DE 2009 CONDENANDO A AUSTRIA, FINLANDIA Y SUECIA**

### **2.1. Disposiciones de los acuerdos anteriores consideradas incompatibles con el Tratado CE: las cláusulas sobre transferencia de pagos contenidas en los APPRI**

Como ya hemos indicado anteriormente, las demandas de la Comisión se basaban en la consideración de que las cláusulas sobre libre transferencia de capitales contenidas en los APPRI vulneraban los artículos 57.2, 59 y 60.1 del Tratado CE –artículos 64.2 y 3, 66 y 215.1 del TFUE, que introducen algunos cambios<sup>4</sup>–, por cuanto estos preceptos otorgaban al Consejo la fa-

<sup>4</sup> El artículo 57.2 del TCE facultaba al Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, para adoptar «medidas relativas a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales», exigiendo la unanimidad del Consejo cuando tales medidas supusieran «un retroceso respecto de la liberalización contempladas en la legislación comunitaria». Su contenido se retoma en el artículo 64. 2 y 3 del TFUE.

El artículo 59 del TCE –actual artículo 66 del TFUE–, por su parte, contemplaba la posibilidad de que el Consejo, igualmente por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al BCE, pudiera adoptar respecto de terceros países, por un plazo no superior a seis meses, las medidas de salvaguardia estrictamente necesarias «cuando en circunstancias excepcionales los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos causen, o amenacen causar, dificultades graves para el funcionamiento de la unión económica y monetaria».

Por último, el artículo 60.1 disponía que si, en los casos contemplados en el art. 301 del TCE, se hubiese considerado necesaria una acción de la Comunidad, «el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 301, podrá tomar las medidas urgentes que sean necesarias sobre movimiento de capitales y sobre pagos respecto de los terceros países de que se trate». Recuérdese, que de acuerdo con el artículo 301 del TCE cuando una posición común o una acción común adoptadas con arreglo a las disposiciones del TUE relativas a la PESC «impliquen una acción de la Comunidad para interrumpir o reducir parcialmente o en su totalidad las relaciones económicas con uno o varios terceros países, el Consejo adoptará las medidas urgentes necesarias», previéndose que «el Consejo decidirá por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión». El Tratado de Lisboa ha suprimido el artículo 60.1, considerando suficiente el antiguo artículo 301, que pasa a ser el artículo 215.1 del TFUE y cuya redacción queda como sigue: «cuando una decisión adoptada de conformidad con el capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea prevea la interrupción o la reducción, total o parcial, de las relaciones económicas y financieras con uno o varios terceros países, el Consejo adoptará por mayoría cualificada, a propuesta conjunta del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores

cultad de limitar en ciertos casos los movimientos de capitales y los pagos entre Estados miembros y terceros países. En su defensa, Austria y Suecia sostuvieron que mientras el Consejo no adoptara medidas restrictivas con fundamento en dichos preceptos no cabía entender que se produjera una incompatibilidad en el sentido del artículo 307, párrafo segundo, siendo el incumplimiento imputado por la Comisión meramente hipotético<sup>5</sup>. En otras palabras, según su tesis, para constatar la infracción del Tratado no bastaba con que pudiera llegar a producirse una incompatibilidad en el futuro, sino que era necesario que previamente el Consejo hubiera ejercido la competencia que le atribuían los preceptos referidos<sup>6</sup>. En la misma línea, Suecia alegaría que las referidas cláusulas sobre libre transferencia de capitales sólo podían reputarse como contrarias al Tratado CE en el caso de que, una vez adoptadas medidas restrictivas por el Consejo con fundamento en los artículos mencionados, se hubiese demostrado la inexistencia o la ineficacia de los medios que ofrece el Derecho Internacional para eliminar la incompatibilidad de tales cláusulas con dichas medidas restrictivas<sup>7</sup>.

Tras constatar que los APPRIs considerados no contienen ninguna disposición que exceptúe de la obligación de libre transferencia de pagos las medidas restrictivas que pudiera adoptar la UE, el Tribunal de Justicia estima la posición de la Comisión, señalando que para garantizar el efecto útil de los artículos 57.2, 59 y 60.1 del Tratado CE «es necesario que las medidas que restringen la libre circulación de capitales puedan, en el caso de ser adopta-

y Política de Seguridad y de la Comisión, las medidas necesarias. Informará de ello al Parlamento Europeo».

El Tratado de Lisboa también ha suprimido el antiguo artículo 60.2 del TCE, que permitía a los Estados miembros tomar medidas unilaterales contra un tercer Estado en lo relativo a los movimientos de capitales «por razones políticas graves y por motivos de urgencia», hasta tanto actuara el Consejo con arreglo al apartado 1 del mismo precepto. Por otra parte, ha incluido un nuevo artículo 75 en el Título V del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, que dispone que «cuando sea necesario para lograr los objetivos enunciados en el artículo 67, en lo que se refiere a la prevención y lucha contra el terrorismo y las actividades con él relacionadas, el Parlamento Europeo y el Consejo definirán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, un marco de medidas administrativas sobre movimiento de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales», añadiendo que «el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, medidas para aplicar el marco mencionado en el párrafo primero» y que «los actos contemplados en el presente artículo incluirán las disposiciones necesarias en materia de garantías jurídicas.»

<sup>5</sup> SSTJ, asuntos *Comisión c. Austria* (C-205/06) y *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [apdos. 18 ss. de ambas sentencias]. En realidad, la CE había adoptado medidas restrictivas frente a Costa de Marfil y Serbia-Montenegro con fundamento en el artículo 60.1 del TCE, medidas que, sin embargo, no dieron lugar a conflictos entre estos países y Suecia en el marco de los APPRIs vigentes entre ellos (véase apdo. 21 de la STJ en el asunto *Comisión c. Suecia*).

<sup>6</sup> Alegación de RF de Alemania y Hungría como partes coadyuvantes en el asunto *Comisión c. Austria* (C-205/06) [apdo. 21 de la STJ].

<sup>7</sup> STJ, asunto *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [apdos. 17 y 18].

das por el Consejo, aplicarse inmediatamente a los Estados a los que se refieren» y que «por consiguiente, estas competencias del Consejo, que consisten en la adopción unilateral de medidas restrictivas respecto de Estados terceros en un ámbito que es idéntico o conexo al regulado por un convenio anterior celebrado entre un Estado miembro y un Estado tercero, ponen de manifiesto una incompatibilidad con dicho convenio puesto que, por un lado, éste no contiene ninguna disposición que permita al Estado miembro interesado ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones como miembro de la Comunidad y, por otro, tampoco se lo permite ningún mecanismo de Derecho Internacional»<sup>8</sup>.

Por lo que se refiere al primer aspecto, en sus conclusiones en los asuntos *Comisión c. Austria* y *Comisión c. Suecia*, el abogado general M. POIARES MADURO descartaría, en cambio, que los artículos 57.2, 59 y 60 del Tratado CE pudieran abocar por sí mismos a una incompatibilidad con arreglo al artículo 307 del Tratado CE, partiendo de la consideración, por una parte, de que simplemente facultan a la Comunidad para actuar –no imponiendo una obligación a los Estados miembros– y, por otra, de que no le atribuyen una competencia exclusiva. A su juicio, el incumplimiento por Austria y Suecia de las obligaciones que les incumbían en virtud del artículo 307 Tratado CE tenía su fundamento en el artículo 10 Tratado CE –artículo 4.3 del TUE tras su revisión por el Tratado de Lisboa– combinado con dichos preceptos<sup>9</sup>.

El análisis del Abogado General resulta, a mi juicio, más sugerente que el del TJ. En primer lugar, es verdad que no cabía resolver los asuntos sometidos al TJ partiendo de la consideración de que las cláusulas sobre transferencia de capitales de los APPRIs incidían en un ámbito de competencia exclusiva de la CE<sup>10</sup>. En efecto, debe entenderse que, dentro de los límites

<sup>8</sup> SSTJ, asuntos *Comisión c. Austria* (C-205/06) [apdos. 37-38], *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [apdos. 37-38] y *Comisión c. Finlandia* (C-118/07) [apdos. 30-31].

<sup>9</sup> Conclusiones de 10-7-2008 en los asuntos *Comisión c. Austria* (C-205/06) y *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [no publicadas, apdos. 25 ss.]. El artículo 10 del TCE fue invocado por primera vez por la Comisión durante la fase oral en los dos asuntos antes mencionados. Ello –así como el hecho de que el Abogado General propusiera fundamentar los incumplimientos reprochados en dicho precepto– dio lugar a que los Estados miembros demandados solicitaran al TJ la reapertura de dicha fase, con arreglo al artículo 61 del Reglamento de procedimiento. El TJ no acogió la petición, estimando que disponía de toda la información necesaria para resolver los asuntos y que no era necesario tomar una decisión sobre la base de argumentos que no hubieran sido debatidos por las partes, lo que tal vez explica que –erróneamente, a mi juicio– no siguiera la tesis del Abogado General (apdos. 9 ss. de la SSTJ en los asuntos *Comisión c. Austria* y *Comisión c. Suecia*). En cuanto a la invocación del artículo 10 por este último, el TJ concluirá que «no es indispensable reabrir la fase oral [...] cada vez que el Abogado General suscita una cuestión de Derecho que no ha sido objeto de debate entre las partes» (apdos. 14 y 13, respectivamente, de las SSTJ en los asuntos *Comisión c. Austria* y *Comisión c. Suecia*).

<sup>10</sup> De ser así, hubiera podido considerarse motivo suficiente para declarar la incompatibilidad de los APPRIs con el Tratado, aunque tal vez cabría haber aducido que se trataba de una competencia exclusiva no ejercida efectivamente, en el sentido de la STJ en el asunto *Kramer*, a la que nos referiremos seguidamente.

establecidos en el artículo 56 y siguientes del Tratado CE –y de los correspondientes preceptos del TFUE–, y sin perjuicio de la obligación de respetar las medidas restrictivas que pueda adoptar el Consejo, los Estados miembros conservan competencia normativa en materia de movimiento de capitales y de pagos hacia y desde terceros países<sup>11</sup>, incluida la posibilidad de adoptar restricciones basadas en el artículo 58 –artículo 65 del TFUE– (o, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de adoptar medidas restrictivas en relación con terceros países basadas en «razones políticas graves y por motivos de urgencia», de acuerdo con el artículo 60.2 del Tratado CE<sup>12</sup>)<sup>13</sup>. Por otra parte, no le falta razón al Abogado General cuando afirma que los artículos 57.2, 59 y 60 Tratado CE no establecían –al igual que los actuales preceptos del TFUE sobre la materia– ninguna obligación a los Estados miembros de la que pudiera derivarse una incompatibilidad de los APPRI con el Tratado. También cuando señala que el hecho de que estos preceptos habilitasen a la CE –como habilita ahora el TFUE a la UE– para adoptar medidas que podían llegar a ser incompatibles con tales acuerdos internacionales no era *per se* fundamento para entender que infringían el Derecho comunitario, pues, de ser así, «cualquier ámbito de competencias compartidas podría verse abocado a sufrir el mismo destino»<sup>14</sup>, exigiendo de los Estados miembros la revisión de la mayor parte de sus acuerdos previos.

En su sentencia en el asunto *Kramer*, tras considerar que en el momento de los hechos enjuiciados la competencia de los Estados miembros para adoptar medidas en materia de conservación de los recursos pesqueros era transitoria, a la luz, en particular, del artículo 102 del Acta de adhesión de 1972, el TJ afirmó no obstante que, de acuerdo con el antiguo artículo 10 del Tratado CE, los Estados miembros estaban obligados a no adoptar compromiso internacional alguno susceptible de perturbar el cumplimiento de la misión encomendada a la CE por dicho precepto del Acta de adhesión, esto es, el establecimiento de una política común de pesca<sup>15</sup>. Pues bien, aun cuando fuera referido a un ámbito de competencias que habrían de tor-

<sup>11</sup> En este sentido, véase la STJ en el asunto *British American Tobacco* (C-491/01), de 10-12-2002 [Rec. pg. I-11453, apdo. 179]; en la doctrina, L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, «Las relaciones financieras de la UE con el exterior», en *El futuro de la acción exterior de la Unión Europea* (A. REMIRO BROTONS e I. BLÁZQUEZ NAVARRO, coords.), Valencia, 2006, pg. 337 (en pgs. 340 ss.).

<sup>12</sup> Posibilidad, esta última, que ha sido suprimida por el Tratado de Lisboa; véase nota 4.

<sup>13</sup> P. ECKHOUT, sin embargo, entiende que los artículos 57.2, 59 y 60 del TCE, en concreto, atribuían una competencia exclusiva a la CE, en *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, 2004 (en pg. 124).

<sup>14</sup> Conclusiones en los asuntos *Comisión c. Austria* (C-205/06) y *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [apdo. 29]. También en este sentido, P. ECKHOUT, «Investment Treaties and EU Law», *EJIL: Talk!*, 21.7.2009 (en <http://www.ejiltalk.org>).

<sup>15</sup> STJ, asunto *Kramer* (as. ac. 3, 5 y 6/76), de 14-7-1976 [Rec. pg. 1279, apdos. 39 ss]. Véase J. LASO PÉREZ, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 2000 (en pgs. 375 ss.), y J. DíEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998 (en pgs. 160-161).

narse en exclusivas, entiendo que el razonamiento del TJ puede extenderse igualmente a los ámbitos de competencias concurrentes. En efecto, cabe afirmar que, en virtud del actual artículo 4.3 del TUE –antiguo artículo 10 TCE–, incumbe a todos los Estados miembros la obligación de abstenerse de adoptar cualquier medida e incluso de eliminar cualquier medida adoptada que pueda efectivamente frustrar el ejercicio de cualquier competencia atribuida a la UE –ya sea de carácter exclusivo o compartido– o, con carácter más general, la realización de los fines y objetivos del Tratado<sup>16</sup>, obligación que cabría englobar en la afirmación de un principio de «conflict preemption»<sup>17</sup>.

Este parece ser el sentido de la posición del Abogado General, quien afirma que «con arreglo al deber de cooperación leal, un Estado miembro no puede frustrar ninguna forma de actuación comunitaria», añadiendo que «el hecho de que el ejercicio de la competencia comunitaria siga siendo una mera posibilidad no puede alterar esta conclusión»<sup>18</sup>. Ahora bien, consciente de que, llevada a sus extremos, esta doctrina convertiría en exclusiva cualquier competencia comunitaria de carácter concurrente, precisa con toda mesura que el problema no radica en la posibilidad de cualquier conflicto futuro con la legislación comunitaria o sus objetivos, sino que:

«[...] el problema únicamente surge cuando las medidas nacionales o las obligaciones internacionales de los Estados miembros pueden poner en peligro la efectividad de la posible legislación comunitaria futura y, al hacerlo, restringen de facto la libertad que confiere el tratado a la Comunidad para actuar en estos ámbitos. Esto dependerá tanto de la naturaleza de las medidas nacionales o de las obligaciones internacionales cuanto de la de las competencias comunitarias afectadas, por ejemplo de la urgencia de las medidas que se han de adoptar con arreglo a estas competencias»<sup>19</sup>.

Este planteamiento lleva al Abogado General a entender que las cláusulas sobre libre transferencia de capitales de los APPRI resultaban incompati-

<sup>16</sup> Sobre la obligación de cooperación del artículo 10 del TCE como límite a la acción de los Estados miembros, véase M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, París, 1994 (en pgs. 412 ss.).

<sup>17</sup> Sobre este principio de origen federal y su recepción en el ordenamiento comunitario, véase J. LASO PÉREZ, *ob. cit.* (en pgs. 452 ss.).

<sup>18</sup> Conclusiones en los asuntos *Comisión c. Austria* (C-205/06) y *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [apdo. 39]. El Abogado General establece un paralelismo con el deber de cooperación leal durante el período que media entre la entrada en vigor de una directiva y el término del plazo de transposición establecido en ella, recordando la jurisprudencia del TJ conforme a la cual en dicho período los Estados miembros están obligados a no adoptar «disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva»; véase, entre otras, STJ en el asunto *Inter-Environnement Wallonie* (C-129/96), de 18-12-1997 [Rec. pg. I-7411, apdo. 45]. A juicio de M. POIARES MADURO, la única diferencia estriba en que mientras que el período de transposición tiene un final conocido, la competencia prevista en los artículos 57.2, 59 y 60 del TCE podía no ejercerse nunca (apdos. 35 ss.).

<sup>19</sup> *Ibid.* [apdo. 4].

bles con el Tratado CE, pues podían comprometer «seriamente» el ejercicio de la competencia comunitaria *ex* artículos 57.2, 59 y 60.1<sup>20</sup>, al igual que, en el futuro, las competencias de la UE basadas en los preceptos correspondientes del TFUE.

Si bien considero que está justificada en los asuntos considerados, la aplicación de dicha doctrina debe realizarse con suma cautela, no bastando obviamente con que un acuerdo anterior celebrado con un tercer país pueda llegar a entrar eventualmente en conflicto con actos que la UE pudiera adoptar en ámbitos de competencia concurrente para afirmar que el Estado miembro está obligado a emplear los medios previstos en el párrafo segundo del artículo 351 del TFUE –antiguo 307 del Tratado CE– con vistas a salvar esa eventual incompatibilidad<sup>21</sup>. Por el contrario, es necesario que el ejercicio de la competencia comunitaria desemboque *necesariamente* en un conflicto con el acuerdo anterior. Tal era el caso en los asuntos sometidos a la consideración del TJ, pues el conflicto, lejos de ser hipotético, se plantearía inexorablemente si el Consejo llegara a adoptar medidas restrictas basadas en los artículos 64, 2 y 3, 66 y 215.1 del TFUE –antiguos artículos 57.2, 59 y 60.1 del Tratado CE– contra cualquiera de los terceros países partes en los APPRI con Austria, Finlandia o Suecia<sup>22</sup>. Ahora bien, no son frecuentes

<sup>20</sup> *Ibid.* [apdos. 50 ss.]. Así, en relación con el artículo 59 TCE, que permite la adopción de medidas por un plazo que no sea superior a seis meses, el Abogado General advierte que «es difícil prever cómo tales medidas podrán ser adoptadas e impuestas a tiempo a los países que son partes en los convenios celebrados por Austria y Suecia», añadiendo que lo mismo puede decirse respecto del artículo 60.1 CE, pues «el carácter urgente (e inmediatamente aplicable) de las sanciones adoptadas con arreglo a este artículo es incompatible con el mantenimiento de las obligaciones internacionales preexistentes de Austria y Suecia» [apdo. 52]. En cambio, estima que «la pérdida de efectividad es menos clara en otras circunstancias, por ejemplo en relación con la reglamentación futura de la libre circulación de capitales con arreglo al artículo 57 CE, apartado 2, o la reducción de las relaciones económicas con arreglo al artículo 60 CE, apartado 1, por razones distintas de las sanciones» [apdo. 53].

<sup>21</sup> En este sentido, en el asunto *Comisión c. Suecia* (C-205/86), Hungría y Finlandia –en tanto que partes coadyuvantes– insistirían en «las graves consecuencias que puede tener la posición de la Comisión, que permitiría que se declarara un incumplimiento con arreglo al artículo 307 CE, párrafo segundo, en todos los casos en los que un convenio celebrado con un país tercero antes de la entrada en vigor del Tratado o antes de la adhesión del Estado miembro interesado se aplica en un ámbito en el que la Comunidad no ha ejercido aún la competencia que le atribuye el Tratado, es decir en un ámbito en el cual aún no ha legislado» [apdo. 19 de la STJ]. Véase en el mismo sentido las alegaciones de Alemania y Hungría en el asunto *Comisión c. Finlandia* (C-118/07) [apdo. 46 de la STJ].

<sup>22</sup> Resulta interesante a este respecto la STJ en el asunto *Comisión c. Austria* (C-203/03), de 1-2-2005, en la que el Tribunal no consideró que Austria hubiera incumplido con las obligaciones que le imponía el artículo 307, párrafo segundo, por no haber denunciado entre mayo de 1997 y mayo de 1998 el Convenio nº 45 de la OIT, que prohíbe el trabajo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas, a pesar de la Directiva 76/207/CEE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, considerando que «en aquel momento aún no se había declarado de forma suficientemente clara la incompatibilidad entre la prohibición regulada en dicho Convenio y las disposiciones de la Directiva 76/207» [Rec. pg. I-935, apdo. 62]. Téngase en cuenta que el artículo 7 del Convenio dispone que toda parte puede denun-

bases jurídicas que, como las citadas, predeterminen el contenido material de las medidas a adoptar.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, como señala con razón el TJ, en los casos considerados el Derecho Internacional no ofrece un mecanismo que permitiera asegurar, llegado el momento, la aplicación inmediata de las medidas restrictivas que pudiera adoptar el Consejo frente a los otros Estados partes en los APPRI, a salvo –a mi juicio y tal y como señaló Austria durante la vista– el caso de medidas restrictivas adoptadas *ex* artículo 60.1 del TCE –actual artículo 215.1 del TFUE– en ejecución de una medida de la PESC dictada en cumplimiento de una decisión del Consejo de Seguridad de Naciones<sup>23</sup>.

Por lo que se refiere a este último aspecto, en las sentencias del TJ, por un lado, se alude a los plazos necesarios para renegociar los APPRI y, por otro, se señala que la posibilidad de acudir a otros medios, como la suspensión o

ciarlo a la expiración de un plazo de 10 años desde su entrada en vigor, añadiendo que, si transcurrido un año desde de la expiración de este plazo no hubiera procedido a su denuncia, quedará vinculado por un nuevo período de 10 años, pudiendo no obstante denunciarlo en lo sucesivo a la expiración de cada período de diez años.

Al margen de la cuestión que nos ocupa, queremos advertir que este pronunciamiento del TJ sigue la senda de sus sentencias en el asunto *Ley* (C-158/91), de 2-8-1993 [Rec. pg. I-4287, apdos. 10 ss.], en el asunto *Minne* (C-13/93), de 3-2-1994 [Rec. pg. I-371, apdos. 14 ss.], y en el asunto *Evans Medical* (C-324/93), de 28-3-1995 [Rec. pg. I-563, apdos. 25 ss.]. En ellas, a pesar de su doctrina según la cual los Estados miembros no pueden prevalerse de derechos reconocidos en su favor en tratados internacionales anteriores para sustraerse a las obligaciones derivadas de su pertenencia a la UE (véase nota 35), admite no obstante que el acuerdo anterior puede tener incidencia en las relaciones intracomunitarias en la medida en que imponga –en palabras del Abogado General J.-P. WARNER– «obligaciones de carácter multilateral», es decir, exigibles por todas las partes en él (Conclusiones de J.-P. WARNER en el asunto *Henn y Darby* –34/79–, resuelto por STJ de 14-12-1979 [Rec. pg. 3795, en pg. 3833]). Véase J. ROLDÁN BARBERO, «Una revisión del artículo 234 del TCE: la sentencia *Levy* dictada por el TJCE el 2 de agosto de 1993», *RJE*, 1994, n° 2, pg. 481 (en pg. 488).

<sup>23</sup> Tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal General han reconocido también la obligación de los Estados miembros de dejar inaplicada cualquier disposición de Derecho comunitario para hacer frente a las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud de su artículo 103, no pretendiendo en este caso –naturalmente– la aplicabilidad del párrafo segundo del artículo 307 TCE. Véanse STJ, asunto *Centro-Com* (C-124/95), de 14-1-1997 [Rec. pg. I-81, apdo. 59], y SSTG (TPI antes del Tratado de Lisboa), asunto *Kadi* (T-315/01), de 21-9-2005 [Rec. pg. II-3649, esp. apdo. 190], y asunto *Yusuf y Al Barakaat International Foundation* (T-306/01), de la misma fecha [Rec. pg. II-3533, esp. apdo. 240]. Véase I. BLÁZQUEZ NAVARRO y C. ESPÓSITO MASSICCI, «Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los asuntos *Ahmed Ali Yusuf/ Al Barakaat International Foundation* y *Yassin Abdullah Kadi*», *REDE*, n° 17, 2006, pg. 123 (en pgs. 129 ss.); también N. STOFFEL, «Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario en el marco del artículo 307 CE: convenios de Estados miembros con terceros Estados anteriores a su adhesión a la UE. Nuevas consideraciones sobre su limitada primacía», *RDCE*, n° 22, 2005, pg. 843 (en pgs. 863 ss.).

Recuérdese no obstante la polémica posición del TJ en su sentencia en los asuntos *Kadi* y *Al Barakaat International Foundation* (as. ac. C-402/05 P y C-415/05 P), de 3-9-2008, en relación con la subordinación de la Carta al TCE [Rec. pg. I-6351, apdos. 300 ss.].

la denuncia –total o parcial– es «demasiado incierta» en sus efectos para garantizar que las medidas adoptadas por el Consejo puedan ser eficazmente aplicadas en los plazos exigidos<sup>24</sup>.

Aun cuando comparto que el Derecho Internacional no ofrece un mecanismo que permita asegurar la aplicación inmediata de las medidas restrictivas que pudiera adoptar el Consejo –salvo a costa del propio incumplimiento de los APPRIs por los Estados miembros, lo que resulta inadmisibile–, creo, sin embargo, que el TJ resuelve la cuestión con cierta rapidez. Por lo que se refiere a la posible invocación de una causa de terminación o suspensión, el problema no está en que se trata de una solución «incierta», sino de que no se aprecia ninguna causa que pudiera operar en este caso distinta del acuerdo entre las partes o la denuncia<sup>25</sup>. Por otra parte, de mediar alguna causa distinta de estas últimas, su invocación exigiría en todo caso la verificación de un cierto procedimiento, que debe necesariamente comenzar por la notificación de la pretensión a las otras partes en los APPRIs –si no respetar el conjunto de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65 y siguientes de la Convención de Viena, al menos cuando el Estado miembro y el tercero considerado sean partes en ella<sup>26</sup>– y que no excluye la posibilidad de que se suscite una controversia entre las partes. Y en cuanto al acuerdo entre las partes o la denuncia, el primero pasaría por una renegociación de los APPRIs –que requiere unos determinados plazos–, y la denuncia, aun cuando fuera coetánea a la adopción de las medidas restrictivas, podría no producir efectos inmediatos. Téngase en cuenta que los AP-

<sup>24</sup> SSTJ, asuntos *Comisión c. Austria* (C-205/06) [apdos. 38-40], *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [apdos. 39-41] y *Comisión c. Finlandia* (C-118/07) [apdo. 32].

<sup>25</sup> En particular, el TJ no acoge la alegación según la cual, dado que las medidas de salvaguardia previstas en los artículos 57.2, 59 y 60.1 del TCE sólo podían adoptarse en casos excepcionales muy concretos, que no podían preverse cuando se celebraron los APPRIs, los Estados miembros podrían –llegado el momento– invocar el principio *rebus sic stantibus* para suspender provisionalmente las disposiciones relativas a la libre transferencia de capitales; véanse SSTJ, asuntos *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [apdo. 23] y *Comisión c. Finlandia* (C-188/07) [apdo. 17]. Ciertamente esta alegación carecía de fundamento no sólo por el hecho de que, tal y como se desprende del artículo 62.1 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y de la jurisprudencia internacional (véase la sentencia de la CIJ en el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* –Hungría/Eslovaquia–, de 25-9-1997, [ICJ Reports 1997, pg. 7, apdo. 104]), el cambio fundamental de circunstancias constituye una causa de terminación o suspensión de carácter claramente excepcional (cuya invocación requiere la verificación de requisitos exigentes), sino por cuanto la posible adopción por la UE de medidas restrictivas con base en los Tratados sería el resultado de un acto imputable a los propios Estados miembros (la atribución de competencias a la UE a tal fin).

<sup>26</sup> Sobre las reglas que regulan el procedimiento para la verificación de una causa de nulidad, terminación o suspensión regulado por la Convención de Viena, véase A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Madrid (en pgs. 495 ss.). Téngase además en cuenta la STJ en el asunto *Racke* (C-163/96), de 16-6-1998, en la que se afirma que «las normas del Derecho consuetudinario internacional relativas al cese y la suspensión de las relaciones convencionales como consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias vinculan a las Instituciones de la Comunidad y forman parte del ordenamiento jurídico comunitario» [Rec. pg. I-3655, apdo. 46].

PRIs suelen prever que, en caso de denuncia, las inversiones realizadas con anterioridad gozarán de toda la protección que ofrecen sus disposiciones –incluida la posibilidad de acudir al arbitraje– por un período prolongado de tiempo<sup>27</sup>.

Por lo demás, la cuestión no es tanto que existan o no medios para sortear la incompatibilidad que pudiera plantearse entre los APPRIs y –desde el 1 de diciembre de 2009– el TFUE si el Consejo adoptara medidas restrictivas de los movimientos de capitales o de pagos procedentes o con destino a terceros países, sino que, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 307 del Tratado CE –nuevo artículo 351 del TFUE–, los Estados miembros están obligados a eliminar cualquier incompatibilidad *detectada* en un acuerdo previo celebrado con un tercer país. Como señala P. M. POIARES MADURO en sus Conclusiones:

«Como cuestión de principio, no creo que estas alegaciones puedan aceptarse. Una vez que por su tenor literal un convenio puede obstaculizar la aplicación del tratado, el artículo 307 CE ya establece un remedio adecuado: los Estados miembros recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades, lo que el Tribunal de Justicia ha interpretado como una modificación, o en caso necesario, una denuncia del convenio»<sup>28</sup>.

También considero, en consecuencia, que el TJ actuó correctamente al descartar el argumento de Finlandia según el cual la cláusula contenida en todos sus APPRIs (excepto el celebrado con Rusia) disponiendo que «cada parte contratante garantiza en cualquier circunstancia, dentro de los límites autorizados por su propias leyes y reglamentos y de conformidad con el Derecho internacional, un trato razonable y apropiado de las inversiones realizadas por ciudadanos o sociedades de la otra parte contratante» permitiría salvar futuras incompatibilidades. Tras referirse a las reglas de interpretación de los tratados contenida en el artículo 31 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y de 1986 –y recordar que, de acuerdo con su propia jurisprudencia, expresan normas de Derecho Internacional general<sup>29</sup>–, el Tribunal afirma al respecto que «la interpretación de tales disposiciones es demasiado incierta y que lo mismo sucede, como consecuencia, con su alcance y efectos»<sup>30</sup>. Y es que, con independen-

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, el APPRI entre Suecia y China, cuyo artículo 9.3 establece un período de 15 años (disponible en [http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch\\_779.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx)).

<sup>28</sup> Conclusiones en los asuntos *Comisión c. Austria* (C-205/06) y *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [apdo. 56].

<sup>29</sup> SSTJ, asunto *Jany* (C-268/99), de 20-11-2001 [Rec. pg. I-8615, apdo. 35], y asunto *International Air Transport Association* (C-344/04), de 10-1-2006 [Rec. pg. I-403, apdo. 40].

<sup>30</sup> STJ, asunto *Comisión c. Finlandia* (C-118/07) [apdos. 5 y 39 ss.]. El Abogado General M. POIARES MADURO también se manifestaría contrario a las alegaciones formuladas por Austria y por Suecia según las cuales la expresión «sin retrasos debidos» –contenida en las cláusulas de libre transferencia de capitales de los APPRIs con Austria– y la referencia a que las transferencias deben realizarse conforme a su normativa –en las correspondientes cláusulas de los APPRIs con Suecia– permitían salvar cualquier posible incompatibilidad

cia de que las otras partes en los APPRI no discutieran que las medidas restrictivas que pudiera adoptar el Consejo forman parte del Derecho interno sueco, basta atender a la redacción de la cláusula y a su contexto para poner seriamente en duda que las partes tuvieran con ella el propósito de salvar de la obligación de permitir la libre transferencia de capitales o pagos derivados de una inversión la aplicación de tales medidas<sup>31</sup>.

En sus conclusiones en el asunto *Comisión c. Finlandia*, la abogada general E. SHARPSTON propone un acertado paralelismo con la jurisprudencia del TJ en materia de transposición de directivas, que exige que «el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente clara y precisa y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales»<sup>32</sup>.

## **2.2. La obligación de los Estados miembros de eliminar las incompatibilidades con el Derecho de la Unión de disposiciones contenidas en acuerdos anteriores con terceros países**

Como es bien sabido, conforme el párrafo primero del artículo 351 del TFUE –antiguo artículo 307 del Tratado CE–, las disposiciones de los Tratados –o las contenidas en actos de Derecho derivado o en acuerdos internacionales celebrados por la UE– no afectan a los derechos y a las obligaciones que resulten de acuerdos celebrados por los Estados miembros con terceros países con anterioridad a la entrada en vigor de aquéllos o a la adhesión a la UE. El precepto resulta igualmente aplicable a los acuerdos celebrados posteriormente por los Estados miembros que devengan incompatibles con disposiciones de nuevos Tratados de Derecho originario –de revisión o adhesión–, ni con ulteriores actos de Derecho derivado o acuerdos celebrados por la UE<sup>33</sup>.

El artículo 351 no hace sino plasmar la norma de Derecho Internacional general consagrada en el apartado 4 del artículo 30 de la Convención de

con las medidas restrictivas que pudiera adoptar el Consejo [apdos. 58 ss. de sus Conclusiones].

<sup>31</sup> El caso es distinto al que se suscitó en el asunto *Budejovicki Budvar* (C-216/01), resuelto por STJ de 18-11-2003, en la que, tras considerar la posible interpretación conforme de un acuerdo anterior con el Derecho comunitario, el TJ señala que «en caso de que resulte impracticable una interpretación del convenio celebrado con anterioridad a la adhesión de un Estado miembro a la Unión Europea que sea conforme con el Derecho comunitario, dicho Estado siempre podrá, en el marco del artículo 307 CE, adoptar las medidas apropiadas, sin perjuicio, no obstante, de su obligación de eliminar las incompatibilidades que existan entre el convenio anterior y el Tratado» [Rec. pg. I-13617, apdo. 170]; en efecto, la interpretación del acuerdo conforme al Derecho comunitario era posible.

<sup>32</sup> Véanse las Conclusiones de la Abogada General E. SHARPSTON en el asunto *Comisión c. Finlandia* (C.118/07), de 10-9-2009 [apdos. 28 ss.].

<sup>33</sup> Véase J. Díez-HOCHLEITNER, ob. cit. (en pgs. 153 ss.).

Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 relativa a acuerdos sucesivos e incompatibles entre sí en los que no existe identidad de partes<sup>34</sup>. Con arreglo a este precepto –a menos que medien cláusulas de subordinación (artículo 30.2)–, cuando las partes en un acuerdo anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior, «en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo sea parte en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes»<sup>35</sup>.

Ahora bien, el párrafo segundo del artículo 351 del TFUE establece la obligación para los Estados miembros de recurrir a «todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades observadas»<sup>36</sup>, añadiendo que «en caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común»<sup>37</sup>. Aun cuando estas disposiciones –que cabe considerar como una concreción de la obligación de cooperación leal contenida en el actual artículo 4.3 del TUE (ar-

<sup>34</sup> Véase, entre otros, P. MANZINI, «The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law», *EJIL*, vol. 12, 2001, nº 4, pg. 781 (en pgs. 785 ss.).

<sup>35</sup> Como es bien sabido, de acuerdo con la jurisprudencia del TJ –que reitera en los asuntos *Comisión c. Austria* (C-205/86) [apdo. 33], *Comisión. C. Suecia* (C-249/06) [apdo. 34] y *Comisión c. Finlandia* (C-118/07) [apdo. 27]–, el párrafo primero del artículo 351 del TFUE –artículo 307 del TCE– salvaguarda los derechos de los terceros países y, por ende, las obligaciones de los Estados miembros para con ellos. En otras palabras, el TJ entiende que los Estados miembros no pueden prevalerse de derechos reconocidos en su favor en tratados internacionales anteriores para sustraerse a las obligaciones derivadas de su pertenencia a la UE, lo que resulta conforme con el artículo 30.4.b) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Respecto a la jurisprudencia anterior a 1998 –que arranca con la STJ en el asunto *Comisión c. Italia* (10/61), de 27-2-1962 [Rec. pg. 1, en pgs. 22-23]–, véase J. DÍEZ-HOCHLEITNER, ob. cit. (en pgs. 166 ss.); con posterioridad, el TJ ha pronunciado otras sentencias en el mismo sentido, entre las que cabe citar las SSTJ en el asunto *T. Port* (as. ac. 364 y 365/95), de 10-3-1998 [Rec. pg. I-1023, apdo. 60], o en el asunto *Budejovicki Budvar* (C-216/01), antes cit. [apdos. 144-145]. Téngase no obstante en cuenta la posible incidencia de un acuerdo anterior en las relaciones intracomunitarias en la medida en que imponga «obligaciones de carácter multilateral» (véase nota 22).

<sup>36</sup> De acuerdo con la jurisprudencia del TJ, estos medios incluyen la obligación de los tribunales y jueces nacionales de interpretar las disposiciones de los acuerdos anteriores conforme con el Derecho de la UE «en la medida de lo posible y con observancia del Derecho Internacional», es decir, dentro del pleno respeto del principio de observancia de los acuerdos anteriores; STJ, asunto *Budejovicki Budvar* (C-216/01), antes cit. [apdo. 169], y Conclusiones de los abogados generales A. TIZZANO en el mismo asunto [apdos. 147 ss.] y W. VAN GERVEN en el asunto *Comisión c. Italia* (C-235/89), antes cit. [pg. 14]. Véase F.J. PASCUAL VIVES, *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Valencia, 2009 (en pgs. 277-278).

<sup>37</sup> La primera frase de esta disposición se reitera en las Actas anejas a los últimos dos últimos Tratados de adhesión, si bien se añade en ellas que si un nuevo Estado miembro se encuentra con dificultades para adaptar un acuerdo celebrado con uno o más terceros países antes de la adhesión, denunciará dicho acuerdo con arreglo a lo establecido en el mismo (apartado 10 del artículo 6 del Acta aneja al Tratado de adhesión de 2003 y al Tratado de adhesión de 2005).

título 10 del Tratado CE)<sup>38</sup>– persigan a la postre la prevalencia del Derecho de la UE sobre los acuerdos anteriores, no resultan contrarias al principio de observancia de los acuerdos anteriores, pues articulan obligaciones para los Estados miembros que han de concretarse en el recurso a medios válidos en Derecho Internacional para resolver los conflictos<sup>39</sup>. Sin embargo, ateniéndose a la sentencia de TJ de 2005 en el asunto *Comisión c. Austria*, debe tratarse de una incompatibilidad «clara»<sup>40</sup>, lo que tal vez no resultaba tan evidente en los asuntos que nos ocupan.

En principio, dos son los medios que cabe considerar: la negociación con los terceros con vistas a introducir enmiendas en los acuerdos o su denuncia<sup>41</sup>. En sus sentencias de 4 de julio de 2000 en los asuntos *Comisión c. Portugal*, el TJ concluyó que, dadas las circunstancias que concurrían en ambos casos –que impedían la renegociación de los acuerdos anteriores–, Portugal estaba obligada a denunciarlos<sup>42</sup>. En los asuntos que comentamos en este trabajo, en cambio, el Tribunal no afirma que proceda necesariamente la denuncia, admitiendo que las incompatibilidades de los APPRI con el Tratado podrían ser suprimidas mediante la introducción en ellos –obviamente, acordada con las otras partes– de una cláusula «que reserve determinadas competencias de las organizaciones regionales y que permita, de este modo, aplicar las medidas restrictivas de los movimientos de capitales y de pagos que el Consejo adopte»<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Véanse de nuevo, en este sentido, las Conclusiones, ya citadas, de los abogados generales A. TIZZANO en el asunto *Budejovicki Budvar* (C-216/01) [apdo. 150], W. VAN GERVEN en el asunto *Comisión c. Italia* (C-235/89) [apdo. 14] y de M. POIARES MADURO en los asuntos *Comisión c. Austria* (C-205/06) y *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [apdo. 33].

<sup>39</sup> Véase, en este sentido, A. REMIRO BROTONS, «Las relaciones exteriores de las Comunidades Europeas», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, eds.), vol. 3, Madrid, 1986, pg. 637 (en pg. 656), y J. DíEZ-HOCHLEITNER, ob. cit. (en pg. 187).

<sup>40</sup> STJ, asunto *Comisión c. Portugal* (C-203/03), de 1-2-2005, cit.; véase nota 22.

<sup>41</sup> Véase la referencia a las Actas anejas a los dos últimos Tratados de adhesión en nota 37. También cabe pensar en la sustitución del acuerdo anterior por otro celebrado por la UE (o, en su caso, en la adhesión de la UE al acuerdo anterior); véase J. DíEZ-HOCHLEITNER, ob. cit. (en pgs. 190 ss.).

<sup>42</sup> En dichos asuntos, Portugal alegó la imposibilidad de introducir enmiendas en los acuerdos sobre transporte marítimo con Angola y con Yugoslavia dada la situación de guerra y de «tensión permanente» que existía en Angola (asunto C-62/98, apdos. 38 ss. de la STJ, ya cit.) y a la «complejidad de la situación originada por el desmembramiento de la República Federativa de Yugoslavia» (asunto C-84/98, apdos. 47 ss. de la STJ, también cit.). Véase también la STJ en el asunto *Comisión c. Bélgica* (C-170/98), de 14-9-1999 [Rec. pg. I-5493, apdos. 41 y 42].

<sup>43</sup> STJ, asunto *Comisión c. Austria* (C-205/06) [apdos. 41-42]. El Tratado sobre la Carta Europea de la Energía –del que son partes tanto la CE como los Estados Miembros [DOCE L 380, de 31-12-1994] y que contiene en sus Partes III y IV las disposiciones propias de cualquier APPRI, incluida una cláusula de libre transferencia de capitales (artículo 14)– reserva, en cambio, a las partes «el derecho de denegar los beneficios de su parte III en materia de promoción y protección de inversiones a una inversión, cuando la Parte contratante que decida dicha denegación establezca que se trata de la inversión de un inversor de un tercer Estado con el cual la Parte contratante que decide la denega-

Por otra parte, el TJ no admite que el hecho de que la Comisión sólo hubiera iniciado procedimientos contra algunos Estados miembros –a pesar de que otros muchos hayan celebrado APPRIs que contienen igualmente cláusulas sobre libre transferencia de capitales incompatibles con el Tratado– pudiera tener incidencia alguna en sus declaraciones de incumplimiento. Ahora bien, el TJ recuerda que, conforme a lo dispuesto en segundo párrafo del artículo 307 del Tratado CE (artículo 351 TFUE), los Estados miembros están obligados a prestarse ayuda mutua para eliminar las incompatibilidades observadas en todos los APPRIs celebrados por los Estados miembros, adoptando, en su caso, una «posición común»; por otra parte, afirma que a la Comisión incumbe tomar «cualquier iniciativa que pueda facilitar la asistencia mutua entre los Estados miembros interesados», en virtud del (antiguo) artículo 211 del Tratado CE –nuevo artículo 17.1 del TUE–, con arreglo al cual la Comisión debe velar «por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado»<sup>44</sup>.

Pero la llamada a la concertación entre todos los Estados miembros y a una acción coordinada frente a los tercetos países considerados –que en esto se traduce la asistencia mutua y la posición común– no deja de llamar la atención, pues, a pesar de que la mayoría –si no todos– han celebrado APPRIs similares, sólo unos pocos son «condenados» por el TJ ¿O acaso el Tribunal está sutilmente queriendo poner de relieve esta situación? Sea como fuere, la estrategia seguida por la Comisión es cuando menos cuestionable.

### **3. ¿CUÁL ERA LA ESTRATEGIA DE LA COMISIÓN EUROPEA FRENTE A LOS APPRIs CELEBRADOS POR LOS ESTADOS MIEMBROS CON TERCEROS PAÍSES EN EL MARCO DEL TRATADO CE?**

¿Por qué entabló la Comisión Europea procedimientos contra Austria, Finlandia y Suecia y no contra otros Estados miembros –o todos ellos– y por qué sólo en relación con las cláusulas sobre libre transferencia de capitales contenidas en los APPRIs celebrados por dichos Estados miembros con terceros países?

En sus alegaciones presentadas en el asunto *Comisión c. Finlandia* como coadyuvantes, los Gobiernos húngaro y alemán señalaron que la declaración de una incompatibilidad de los APPRIs celebrados por Finlandia con el Tratado CE sería contraria al principio de libre competencia en el mercado interior y al principio de no discriminación, pues «tanto Finlandia como los ciudadanos y las sociedades de la UE a quienes se aplican los convenios resultarían desfavorecidos en comparación con otros Estados miembros y

ción adopte o mantenga disposiciones que prohíban las transacciones con los inversores de dicho Estado, o que puedan resultar infringidas o soslayadas de concederse las ventajas de la presente Parte a los inversores de dicho Estado o a sus inversiones» (artículo 17).

<sup>44</sup> Asuntos *Comisión c. Austria* (C-205/07) [apdo. 44], *Comisión c. Suecia* (C-249/06) [apdo. 44] y *Comisión c. Finlandia* (C-118/07) [apdo. 35].

personas a quienes se aplican convenios bilaterales de inversión a los que la Comisión no ha puesto objeciones»<sup>45</sup>. Y es que, como ya hemos señalado anteriormente, el resto de los APPRI en vigor entre los demás Estados miembros y terceros países contienen cláusulas sobre libre transferencia de capitales similares a las consideradas por el TJ en sus sentencias<sup>46</sup>. Por otra parte, resulta sorprendente que la Comisión limitara el objeto de los procedimientos por incumplimiento contra Austria, Finlandia y Suecia a dichas cláusulas, cuando previamente había cuestionado la compatibilidad con el Tratado de otras disposiciones de los APPRI, como luego tendremos ocasión de poner de relieve.

Ciertamente, como recordara la abogada general en sus conclusiones en el citado asunto, «la Comisión es la única competente para decidir si es oportuno iniciar un procedimiento de declaración de incumplimiento y debido a qué actuación u omisión imputable al Estado miembro afectado debe incoarse dicho procedimiento», no siendo necesario que demuestre un interés específico para ejercitar la acción<sup>47</sup>. Sin embargo, la actuación de la Comisión me parece cuestionable en términos políticos, como también el hecho de que se fijara en unas disposiciones de los APPRI que, aun cuando compartamos que resultaban contrarias al Tratado CE –y actualmente al TFUE– no constituían un motivo de seria preocupación desde la perspectiva de un eventual ejercicio efectivo por el Consejo de las facultades que le reconocían los antiguos artículos 57.2, 59 y 60.1 del Tratado CE –artículos 64, 2 y 3, 66 y 215.1 del TFUE–. Si realmente lo hubieran sido, la Comisión, obviamente, habría entablado procedimientos *ex* artículo 226 –artículo 258 del TFUE– contra el conjunto de los Estados miembros.

Entiendo que la estrategia de la Comisión ha sido hasta ahora la de ir tomando poco a poco posiciones en su batalla por recortar la libertad de acción de los Estados en materia de promoción y protección de las inversiones extranjeras y en el extranjero, a la espera de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa –que atribuye expresamente competencia a la UE en la materia– y consciente de la relevancia que para los inversores de la UE

<sup>45</sup> Véanse las Conclusiones de la abogada general E. SHARPSTON en el asunto *Comisión c. Finlandia* (C-118/07), antes cit. [apdo. 51].

<sup>46</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 6 de los APPRI entre España y Argentina (1991), entre Francia y Chile (1992), entre el Reino Unido y China (1986) y entre Italia y Cuba (1993) o el artículo 5 del APPRI entre Alemania y Argelia (1996) (en [http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch\\_779.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx)).

<sup>47</sup> Conclusiones de la abogada general E. SHARPSTON en el asunto *Comisión c. Finlandia*, antes cit., en las que menciona la STJ en el asunto *Comisión c. Alemania* (C-476/98), de 5-11-2002 [Rec. pg. I-9855, apdo. 38] [apdo. 54 de las Conclusiones]. La Abogada General [apdo. 55 de sus Conclusiones] y el TJ [apdo. 48 de su sentencia] también recuerdan que, conforme a la jurisprudencia del TJ, un Estado miembro no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado alegando que otros Estados miembros también han incumplido sus obligaciones; en otras palabras, que no puede someterse la aplicación del Derecho de la UE a una condición de reciprocidad. Véanse SSTJ en el asunto *Blanguernon* (C-38/89), de 11-1-1990 [Rec. pg. I-83, apdo. 7], y en el asunto *Portugal c. Comisión* (C-163/99), de 29-3-2001 [Rec. pg. I-2613, apdo. 22].

en el exterior tiene el vigente entramado convencional entre los Estados miembros y un número muy elevado de terceros Estados. A este respecto, hay que recordar otras iniciativas previas de la Comisión, como el debate con los Estados candidatos a la adhesión en el marco de las dos últimas ampliaciones sobre una eventual incompatibilidad de sus APPRIs con terceros países con el Tratado CE –que dio lugar a la firma en 2002 del *Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Agreement* entre EE.UU., la Comisión y ocho de los países candidatos<sup>48</sup>–. También podemos citar el documento *Minimum Platform on Investment for EU FTAs*, aprobado por el Consejo de la UE, a propuesta de la Comisión, el 27 de noviembre de 2006<sup>49</sup>, cuyo objeto es servir de base para la negociación con terceros países de las disposiciones sobre establecimiento, comercio de servicios y comercio electrónico en el marco de los acuerdos de libre comercio<sup>50</sup>. Una vez en vigor el Tratado de Lisboa, habrá que ver qué camino sigue ahora la Comisión, pues, como veremos en el próximo epígrafe de este trabajo, el alcance de la competencia de la UE en materia de inversiones extranjeras atribuida en el artículo 207 del TFUE (antiguo artículo 133 del Tratado CE) dista de ser claro<sup>51</sup>.

Pero, dejando a un lado el artículo 207 del TFUE, ¿qué otras disposiciones –distintas de las cláusulas sobre transferencia de capitales– de los APPRIs celebrados por los Estados miembros con terceros países podían ser reputadas como contrarias al antiguo Tratado CE?

En el *Understanding* con EE.UU., los firmantes admitían la existencia de posibles incompatibilidades entre los APPRIs celebrados por los ocho Estados candidatos a la adhesión y EE.UU. y el Tratado CE, comprometiéndose estos últimos a celebrar acuerdos entre sí dirigidos a introducir enmiendas en ellos –o a formular declaraciones conjuntas de interpretación de algunas de sus disposiciones–, que se recogen en forma de borrador en anexos al acuerdo<sup>52</sup>. Las enmiendas, en concreto, tenían por objeto dejar a salvo la

<sup>48</sup> En lo sucesivo «*Understanding* con EE.UU.» (disponible en <http://www.state.gov/s/1/2003/44366.htm>).

Los ocho Estados candidatos a la adhesión a la UE eran Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, la República Checa, la República Eslovaca y Rumanía.

<sup>49</sup> En adelante «*Minimum Platform*»; doc. del Consejo 15375/06 (no publicado; la propuesta de la Comisión en su versión de 27-7-2006 [doc. D(2006) 9219] puede encontrarse en [http://www.iisd.org/pdf/2006/itn\\_ecom.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_ecom.pdf)).

<sup>50</sup> Véase N. MAYDELL, «The European Community's Minimum Platform on Investments or the Trojan Horse of Investment Competence», *International Investment Law in Context* (A. Reinich y C. Knahr, eds.), Utrecht, 2008, pg. 73 (en pgs. 73 ss.).

<sup>51</sup> Véase *infra* epígrafe 5 de este trabajo. Recuérdese que ya en el marco de los procesos de revisión de los Tratados que desembocaron en el Tratado de Ámsterdam y en el Tratado de Niza, la Comisión había propuesto atribuir expresamente competencia a la CE en materia de inversiones extranjeras en el marco de la Política comercial común; véase a este respecto C. HERRMANN, «Common Commercial Policy after Nice: Sisyphus Would Have Done a Better Job», *CMLR*, vol. 39, 2002, n° 1, pg. 7 (en pg. 14).

<sup>52</sup> En relación con las cláusulas sobre libre transferencia de capitales, los firmantes no alcanzaron un acuerdo de enmienda. Sin embargo, dado que en los APPRIs considerados dichas cláusulas incluyen una excepción –dejando a salvo la aplicación por las partes de

posibilidad para los futuros Estados miembros de imponer a los inversores norteamericanos determinadas medidas –exigibles en virtud del Derecho de la UE y que pudieran ser consideradas contrarias a los APPRI– en materia de agricultura, pesca, hidrocarburos, ayudas públicas, así como en los sectores audiovisual, financiero y de los transportes<sup>53</sup>. Ciertamente, las enmiendas

medidas necesarias para proteger «its own essential security interests», se comprometieron a realizar canjes de notas con el siguiente contenido:

«I have the honor to confirm the shared understanding of the Government of [Acceding or Candidate Country] and the Government of the United States of America (collectively, the «Parties») that paragraph [...] of Article [...] of this Treaty reserves the right of each Party to take measures that it considers necessary for the protection of its own essential security interests. I have the further honor to confirm the Parties understanding that, in the case of [Acceding or Candidate Country], these interests may include interests deriving from its membership in the European Union.»

<sup>53</sup> Se reproducen a continuación los anexos (extractado el primero) que contienen los borradores de enmiendas más relevantes:

«Annex C. Performance Requirements. Draft Amendment of Article [...] (Excerpt)

As necessary for [Acceding or Candidate Country] to meet its obligations pursuant to measures adopted by the European Union, Article [...] of the Treaty shall not limit the ability of [Acceding or Candidate Country] to impose performance requirements: (a) in the agricultural sector that relate to the production, processing and trade of agricultural and processed agricultural products, that implement quotas, or that require the purchase or use of goods produced or services provided in the European Union or, with respect to goods produced or services provided, a particular level or percentage of content from a source in the European Union; or (b) in the audio-visual sector that relate to the production, distribution and exploitation of audio-visual works, that implement quotas, or that require the purchase or use of goods produced or services provided in Countries of the Council of Europe or, with respect to goods produced or services provided, a particular level or percentage of content from a source in Countries of the Council of Europe. [...]

Annex D. Sensitive Sectors or Matters. Draft Amendment of Annex (Excerpt)

1. As necessary to meet its obligations pursuant to measures adopted by the European Union, the Government of [Acceding or Candidate Country] reserves the right to make or maintain exceptions to national treatment, as provided in Article II, paragraph 1, in the sectors or matters it has indicated below: Agriculture, Audio-visual, Securities, Investment Services and other Financial Services, Fisheries, Hydrocarbons, Subsidies, Transport (Air Carriers), Transport (Inland Waterways), Transport (Maritime).

2. As necessary to meet its obligations pursuant to measures adopted by the European Union, the Government of [Acceding or Candidate Country] reserves the right to make or maintain exceptions to most-favored-nation treatment, as provided in Article II, paragraph 1, in the sectors or matters it has indicated below: Agriculture, Audio-visual, Hydrocarbons.

3. Any exception by the Government of [Acceding or Candidate Country] exercised pursuant to paragraphs 1 or 2 above (*i.e.*, through any law or regulation adopted by, or any EU measure directly applicable within, [Acceding or Candidate Country]) shall not apply, for the time period set forth below in subparagraph (a), to investments of nationals or companies of the United States that are existing in the relevant sector on [the effective date of this amendment] or on the date the European Commission publishes its proposal to enact the relevant measure in its Official Journal, whichever date is later.

a. The time period referred to in this paragraph shall be ten years from the date the relevant law or regulation adopted by, or EU measure directly applicable within, [Acceding or Candidate Country] takes effect, or twenty years from the date of entry into force of the Treaty, whichever date is later.

a los APPRI con EE.UU. se explican de manera especial por el hecho de que –siguiendo el Modelo de APPRI norteamericano anterior a 2004<sup>54</sup>– recogen excepciones a las obligaciones derivadas de ellos en ciertos sectores específicos, particularmente por lo que se refiere a las obligaciones de trato nacional y de trato de la nación más favorecida, excepciones que no cubrían las que se derivan del Derecho de la UE. Sin embargo, en el caso de otros APPRI que –como es habitual– se limitan a establecer, con carácter general, las obligaciones de otorgar a las inversiones de los inversores de la otra parte el trato nacional y de la nación más favorecida, un trato justo y equitativo y una compensación adecuada en caso de expropiación directa o *indirecta*<sup>55</sup> el riesgo de incompatibilidad con el Derecho de la UE es igualmente evidente<sup>56</sup>. Imaginemos, por ejemplo, un supuesto de ayudas públicas concedidas por un Estado miembro a un inversor de la otra parte, cuya recuperación exige después la Comisión en el marco del artículo 108 del TFUE (antiguo artículo 88 TCE). ¿Acaso un tribunal arbitral no podría considerar que es contrario a la obligación de trato justo y equitativo establecido en el correspondiente APPRI o, si amenazara gravemente la viabilidad económica de la empresa, que constituye un supuesto de expropiación *indirecta*?

La libertad de los Estados miembros para celebrar acuerdos en materia de inversiones –o mantener inalterados los APPRI vigentes– encuentra límites no sólo en la posible existencia de contradicciones materiales con el Derecho de la UE, sino igualmente por la existencia de una competencia externa de la UE en la materia, como lo pone de relieve el que las Comunidades Europeas concluyeran el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía<sup>57</sup> o que diversos acuerdos celebrados por la CE incluyan disposiciones en materia de movimiento de capitales y pagos<sup>58</sup>.

Además del artículo 310 del Tratado CE –artículo 217 del TFUE–, relativo a los acuerdos de asociación<sup>59</sup>, cabe citar el artículo 57.2 del Tratado CE

b. In no case, however, may an exception exercised pursuant to paragraphs 1 or 2 above apply to an existing investment, as defined in this paragraph, to the extent that it would require divestment, in whole or in part, of such an existing investment.»

<sup>54</sup> Las posibles incompatibilidades con el Derecho de la UE de los APPRI concluidos por EE UU sobre la base de su nuevo Modelo de APPRI de 2004 se evidencian más aun con su mera lectura, dada la regulación más precisa y completa que ofrecen (el nuevo modelo está disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>).

<sup>55</sup> En relación con el contenido de los APPRI, véase, por todos, S. SACERDOTI, «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection», *Recueil des Cours*, vol. 269, 1997, pg. 251.

<sup>56</sup> Incluidas ciertas normas de Derecho derivado, como las Directivas 2000/12/CE, sobre entidades de crédito, y 2002/83/CE, sobre el seguro de vida, a que hacemos referencia en la nota 64.

<sup>57</sup> Véase la Decisión 98/181/CE, CECA y CEEA, del Consejo y de la Comisión, de 23-9-1997, relativa a la conclusión por las Comunidades Europeas del Tratado sobre la Carta de la Energía, que señala como bases jurídicas los artículos 44.2, 54.2, 47.2 (última frase), 55, 57.2, 87, 93, 95, 133, 175 y 308 del TCE [DOCE L 69, de 9-3-1998].

<sup>58</sup> Véase L. M. HINOJOSA, ob. cit. (en pgs. 352 ss.).

<sup>59</sup> Recuértese que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJ, «tratándose de un acuerdo de asociación por el que se establecen vínculos particulares y privilegiados con un tercer

–artículo 64.2 del TFUE–, que implícitamente atribuía una competencia externa para celebrar acuerdos en materia de libre circulación de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, «que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales», competencia externa cuyo ejercicio podía justificarse en que resultaba necesario para lograr los objetivos del Tratado<sup>60</sup>. Este precepto no sólo permitía a la CE celebrar acuerdos tendentes a liberalizar las inversiones, sino que también podía considerarse como suficiente para incidir –pero, ¿hasta dónde?– en aspectos que tocan a la fase «post-acceso al mercado»<sup>61</sup>, pues no cabe duda que la estabilidad del marco regulador del Estado de inversión constituye un elemento determinante para el inversor<sup>62</sup>. El *Minimum Platform* sigue precisamente este enfoque. Así, las disposiciones que en él se prevén en materia de establecimiento para los acuerdos de libre comercio –y que sólo alcanzan las «inversiones directas» (no en cambio las inversiones en cartera o «portfolio investment»)– se centran en tres aspectos: acceso al mercado –previando la inclusión de determinadas limitaciones en el número de establecimientos, el valor total de las transacciones, el número de operaciones, etc.–; trato nacional a los inversores de la otra parte; y trato de la nación

Estado que, cuando menos parcialmente, debe participar en el régimen comunitario, el [antiguo] artículo 238 debe necesariamente otorgar a la Comunidad competencia para contraer compromisos frente a terceros Estados en todos los ámbitos cubiertos por el Tratado»; STJ, asunto *Demirel* (12/86), de de 30-9-1987 [Rec. pg. 3719, apdo. 9].

<sup>60</sup> Entiendo que el ejercicio de esta competencia implícita externa no exigía que se produjera el llamado «efecto AETR» –como consecuencia de la adopción previa de reglas comunes por parte de la UE (véase nota 65)–, sino que la celebración de un acuerdo internacional podía basarse en la doctrina sentada por el TJ a partir de su Dictamen 1/76 y que ha descrito en su Dictamen 1/03 relativo a la *Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, de 7-2-2006, en el que señala que «el supuesto contemplado en el dictamen 1/76 [...] es aquel en que la competencia interna únicamente puede ejercitarse adecuadamente al mismo tiempo que la competencia externa [...] de modo que la celebración del acuerdo internacional sea necesaria para realizar los objetivos del Tratado que no puedan alcanzarse mediante el establecimiento de normas autónomas», configurando en este caso la competencia externa como exclusiva [Rec. pg. I-1145, apdo. 115]; véase también el Dictamen 1/76 relativo al *Proyecto de acuerdo relativo al establecimiento de un Fondo europeo de inmovilización de la navegación interior*, de 26-4-1977 [Rec. pg. 741, apdos. 4 y 7] y el Dictamen 1/94 relativo al *Acuerdo por el que se establece una Organización Mundial de Comercio*, de 15-11-1994 [Rec. pg. I-5267, apdo. 85]. Véase, en este sentido, M. BURGSTALLER, ob. cit. (en pg. 205), T. EILMANSBERGER, «Bilateral Investment Treaties and EU Law», *CMLR*, vol. 46, 2009, nº 2, pg. 383 (en pg. 391), y L.M. HINOJOSA, ob. cit. (en pgs. 340 ss.).

<sup>61</sup> En este sentido, véase de nuevo M. BURGSTALLER, ob. cit. (en pg. 205).

<sup>62</sup> No obstante, L. M. HINOJOSA tiene razón cuando señala que el artículo 57.2 del TCE no constituía una base suficiente para regular el establecimiento en las relaciones con terceros países, destacando que las palabras «sin perjuicio de lo dispuesto en otros capítulos del presente Tratado», contenidas en el precepto, confirmaban la aplicabilidad en materia de establecimiento de las disposiciones de los artículos 43 y siguientes del Tratado (ob. cit., en pg. 361). Véase en este sentido igualmente T. EILMANSBERGER, ob. cit. (en pg. 391).

más favorecida. El documento no se limita, pues, al acceso al mercado (establecimiento en sentido estricto o «primer establecimiento»), sino que también cubre la fase «post-establecimiento».

No parece, en cambio, que las disposiciones del Tratado CE sobre libertad de establecimiento dieran el mismo juego que el artículo 57.2 del Tratado CE, pues como señalara el TJ en su Dictamen 1/94, «la realización de la libertad de establecimiento [...] no está indisolublemente ligada al trato que se dispense en la Comunidad a los nacionales de países terceros o a los nacionales de Estados miembros de la Comunidad en países terceros»<sup>63</sup>. Ahora bien, no cabe duda de que la armonización legislativa llevada a cabo por la CE en el ámbito de la libertad de establecimiento, particularmente con fundamento en el artículo 47.2 del Tratado CE<sup>64</sup>, podía igualmente limitar la libertad de acción de los Estados miembros como consecuencia del llamado «efecto AETR»<sup>65</sup>; lo mismo cabe decir de las reglas comunes adoptadas por las instituciones en el marco de otras bases jurídicas del Tratado<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Dictamen antes cit. [apdo. 86]. Téngase no obstante en cuenta el artículo 58 del TCE –artículo 65 del TFUE–, que equiparaba a los nacionales de los Estados miembros a efectos del derecho de establecimiento a cualquier sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad.

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, la Directiva 2002/83/CE del PE y del Consejo, de 5-11-2002, sobre el seguro de vida (basada en los artículos 47 y 55 del TCE), cuyos artículos 51 y siguientes establecen un régimen especial aplicable a las agencias o sucursales establecidas en la UE y pertenecientes a empresas que tengan su domicilio fuera de la UE [DOUE L 345, de 19-12-2002], o la Directiva 2000/12/CE del PE y del Consejo, de 20-2-2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (basada en el artículo 47.2 del TCE), cuyos artículos 23 y siguientes regulan las relaciones con terceros países [DOUE L 126, de 26-5-2000].

<sup>65</sup> En sus sentencias de 2-11-2002 en los asuntos *Cielos abiertos*, el TJ señalaba que el «efecto AETR» se da «cuando las obligaciones internacionales están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las normas comunes [...] o, en cualquier caso, dentro de un ámbito ya cubierto en gran medida por tales normas», añadiendo que en este supuesto «los Estados miembros no pueden contraer obligaciones internacionales al margen de las instituciones comunes, aunque no exista ninguna contradicción entre éstas y las normas comunes» (tomado concretamente de la STJ en el asunto *Comisión c. Dinamarca* –C-467/98–, antes cit. [apdo. 82]); véase también la STJ en el asunto *AETR* (22/70), de 31-3-1970 [Rec. pg. 263, apdo. 30], el Dictamen 2/91 relativo al *Convenio nº 170 de la OIT sobre la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo*, de 19-3-1993 [Rec. pg. I-1061, apdo. 25], el Dictamen 1/94, antes cit. [apdo. 96], y el Dictamen 2/92 sobre la *Participación de la Comunidad o de una de sus instituciones en la Tercera Decisión revisada del Consejo de la OCDE relativa al trato nacional*, de 24-3-1995 [Rec. pg. I-525, apdo. V, 1].

<sup>66</sup> Recuérdese que en el Dictamen 2/92, antes cit., el TJ afirmó que la Comunidad había adoptado medidas sobre la base de los artículos 47.2 (establecimiento), 71 y 80 (transportes) y 95 (armonización vinculada al mercado interior) del TCE que podían servir de base para una competencia externa de carácter exclusivo, descartando, sin embargo, que tales medidas cubrieran todas las materias en las que incidía la Tercera Decisión del Consejo de la OCDE, objeto del dictamen [apdo. V, 6 y 7].

Véase en nota 57 los preceptos del TCE que sirvieron de base para la adopción de la Decisión relativa a la celebración por las CC.EE. del Tratado sobre la Carta Europea de la Energía.

Ahora bien, cualquiera que fuera el alcance de las competencias de la CE en materia de inversiones, no cabe duda de que no todas las disposiciones de los APPRIs quedaban cubiertas por ellas ni podían ser consideradas contrarias al Tratado CE, como lo pone de relieve el *Minimum Platform* al contemplar dos disposiciones que dejan a salvo los APPRIs de los Estados miembros<sup>67</sup>. Tal es el caso, desde luego, de las cláusulas sobre expropiación<sup>68</sup>. Lo mismo cabría afirmar respecto de otras cláusulas que tocan la fase «post-acceso», como las relativas a la obligación de otorgar un trato justo y equitativo.

Sea como fuera, la situación descrita en este epígrafe pone de relieve que, incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los Estados miembros tenían limitada su libertad de acción en materia de inversiones y, más aun, que era exigible una cierta coordinación con las instituciones comunitarias en el marco del deber de cooperación leal consagrado en el antiguo artículo 10 del Tratado CE<sup>69</sup>. En particular, parafraseando al TJ en su sentencia de 2005 en el asunto *Comisión c. Luxemburgo*, la adopción del *Minimum Platform* «marca el comienzo de una acción comunitaria concertada en el plano internacional y supone, por ello, para los Estados miembros, si no un deber de abstenerse, cuando menos una obligación de estrecha cooperación entre éstos y las instituciones comunitarias de modo que se facilite el cumplimiento de la misión de la Comunidad y se garantice la unidad y la coherencia de la acción y de la representación internacionales de ésta»<sup>70</sup>.

#### 4. LA CRECIENTE TENSION ENTRE LOS APPRIS CON TERCEROS PAÍSES Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL TRATADO DE LISBOA

##### 4.1. La extensión de la Política comercial común a las inversiones directas

El Tratado de Lisboa ha alterado de forma significativa el panorama descrito en el epígrafe anterior. En efecto, el artículo 207 del TFUE, que recoge

<sup>67</sup> Las disposiciones rezan así:

– «Measures relating to expropriation are not deemed to affect establishment».

– «Nothing in this Title shall be taken to limit the rights of investors of the Parties to benefit from any more favourable treatment provided for in any existing or future international agreement relating to investment to which a Member State of the Community and [a 'region' country] are Parties».

<sup>68</sup> Véase, en este sentido, entre otros, L. MOLA, «Which Role for the EU in the Development of International Investment Law?», Conferencia inaugural de la *Society of International Economic Law* de 2-7-2008, Working paper nº 26/08 (en pg. 2) (disponible en <http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>).

<sup>69</sup> Véase M. BURGSTALLER, ob. cit. (en pg. 213).

<sup>70</sup> STJ, asunto *Comisión c. Luxemburgo* (C-266/03), de 2-6-2005 [Rec. pg. I-4805, apdo. 60; véanse, con carácter general, apdos. 57 ss.].

–con modificaciones– el contenido del antiguo artículo 133 del Tratado CE en materia de política comercial, amplía en su apartado 1 el ámbito de esta última a «las inversiones extranjeras directas», que pasan así a convertirse –junto al resto de la PCC– en un ámbito de competencia exclusiva, de acuerdo con el artículo 3.1.e) del mismo Tratado. Ahora bien, ¿qué aspectos de las inversiones extranjeras quedan cubiertos por dicho precepto?

Pretender que el nuevo artículo 207 abarca todos los aspectos regulados en un APPRI supone, desde luego, desconocer tanto su tenor literal y su contexto, como el objeto y fin de la reforma<sup>71</sup>.

En primer lugar, parece haber consenso en que la referencia a inversiones extranjeras «directas» excluye las inversiones en cartera y limita la aplicación del artículo 207 a las inversiones a largo plazo<sup>72</sup>. En favor de esta tesis, cabe invocar la definición que de inversión directa ofrece el Código de liberalización de los movimientos de capital de la OCDE, según el cual consiste en un «investment for the purpose of establishing lasting economic relations with an undertaking such as, in particular, investments which give the possibility of exercising an effective influence on the management thereof»<sup>73</sup>. En el mismo sentido se expresa la Directiva 83/161/CEE del Consejo sobre movimientos de capitales en su Anexo I<sup>74</sup>, así como el Tribunal de Justicia al interpretar este último<sup>75</sup>. Los APPRIs, por el contrario, suelen ofrecer un concepto muy amplio de inversión, que cubre cualquier tipo de inversión.

<sup>71</sup> En este sentido, M. KRAJEWSKI, «External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy», *CMLR*, vol. 42, 2005, nº 1, pg. 91 (en pg. 114).

<sup>72</sup> Véanse, entre otros, J. CEYSSENS, «Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution», *LIEI*, vol. 32, 2005, nº 3, pg. 259 (en pg. 274), T. EILMANSBERGER, ob. cit. (en pg. 394), M. KRAJEWSKI, ob. cit. (en pg. 112), y L. MOLA, ob. cit. (en pgs. 15-16).

<sup>73</sup> Apdo. I del Anexo del Código (una versión actualizada a 2009 del Código se encuentra disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/10/62/39664826.pdf>).

<sup>74</sup> Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24-6-1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado [DOCE L 178, de 8-7-1988], cuyo Anexo I reproducimos: «I. Inversiones directas. 1. Creación y ampliación de sucursales o de nuevas empresas pertenecientes exclusivamente al proveedor de fondos y adquisición total de empresas existentes. 2. Participación en empresas nuevas o existentes para crear o mantener vínculos económicos duraderos. 3. Préstamos a largo plazo para crear o mantener vínculos económicos duraderos. 4. Reinversión de beneficios para mantener vínculos económicos duraderos. A. Inversiones directas efectuadas en el territorio nacional por los no residentes. B. Inversiones directas efectuadas en el extranjero por residentes.»

<sup>75</sup> STJ, asunto *Comisión c. España* (C-463/00), de 13-5-2003 [Rec. p. I-4581], en la que afirma que «los puntos I y III de la nomenclatura recogida en el anexo I de la Directiva 88/361, así como las notas explicativas que allí figuran, indican que una inversión directa en forma de participación en una empresa mediante la posesión de acciones, así como la adquisición de títulos en el mercado de capitales, constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 56 CE», añadiendo que «con arreglo a las mencionadas notas explicativas, la inversión directa, en particular, se caracteriza por la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión y en el control de una sociedad» [apdo. 53].

En segundo lugar, tanto el contexto del artículo 207 como el objeto y fin de la reforma avalan que la nueva competencia exclusiva de la UE sólo se extiende a los aspectos comerciales relacionados con las inversiones directas, dejando fuera, en principio, su protección<sup>76</sup>. Así, por una parte, debe tenerse presente que el precepto se inserta en el Título II de la Tercera Parte TFUE, consagrado a la Política comercial común, cuyo primer artículo –el 206– afirma que su finalidad es contribuir «al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la *supresión progresiva de las restricciones* a los intercambios internacionales y a las *inversiones extranjeras directas*, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo»<sup>77</sup>. Por otra parte, no cabe duda de que el alcance de la competencia *ex* artículo 207 debe examinarse en el contexto de las negociaciones sobre inversiones y comercio llevadas a cabo –con el impulso de la UE– en el marco de la OMC. Fruto de estas negociaciones han sido, además del GATS, el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio («Acuerdo sobre las MIC») –igualmente negociado durante la Ronda Uruguay– y la creación en la Conferencia Ministerial de 1996 celebrada en Singapur de un Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones. También los trabajos de la Convención Europea, que elaboró el proyecto de *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, ponen de relieve que la referencia a las inversiones directas en el precepto comentado guarda relación con la estrecha vinculación que existe entre comercio e inversiones. Así, al proponer la inclusión de dicha referencia en el que luego sería el artículo III-315 de la Constitución Europea –cuyo contenido retoma el artículo 207 del TFUE–, el *Praesidium* de la Convención explicaba que se trataba de reconocer «el hecho de que los flujos financieros completan el comercio de mercancías y constituyen hoy en día una parte considerable de los intercambios comerciales»<sup>78</sup>.

Las consideraciones anteriores permiten sostener que, del mismo modo que el antiguo artículo 57.2 del Tratado CE, el artículo 207 del TFUE sólo alcanza, en principio, la liberalización de las inversiones con destino o procedentes de terceros países, esto es, la fase de «acceso a mercado». Ahora bien, al igual que defendimos en relación con el artículo 57.2, creemos que también podría incidir en la fase «post-acceso», en la medida en que la

<sup>76</sup> En sentido contrario, M. BUNGENBERG, «The Common Commercial Policy after Lisbon», Hebrew University of Jerusalem, Working Paper 4/08, de 14-7-2008 (disponible en <http://www.micro5.msc.huji.ac.il/~iasei/html/132WP.html>).

<sup>77</sup> También, con carácter general, a la consecución de los objetivos que el nuevo artículo 21 del TUE establece para el conjunto de la acción exterior de la UE (véase artículo 21 del TUE, al que remite el artículo 205 del TFUE). Énfasis añadido.

<sup>78</sup> «Proyecto de artículos sobre la acción exterior del Tratado Constitucional», Nota del *Praesidium* de la Convención Europea, de 21-4-2003 [doc. CONV 685/03, en pg. 52] (disponible en <http://www.european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=ES>). Recuérdese, además, que algunos convencionales propusieron suprimir la referencia a las inversiones extranjeras considerando que éstas no forman parte de la política comercial; véase en «Ficha de análisis de las propuestas de enmienda relativas a la acción exterior...», de 9-5-2003 [doc. CONV 707/03, en pgs. 7 y 106] (*ibid.*).

realización efectiva de la inversión exterior viene en la práctica determinada por el tratamiento y la seguridad jurídica que se ofrece al inversor<sup>79</sup>. Desde esta perspectiva, debe admitirse que no es posible establecer una división jurídica clara entre ambas fases («acceso» y «post-acceso»), como ya puso de relieve la negociación del GATS. La memoria nos devuelve al Dictamen 1/78, en el que el Tribunal propugnó una concepción amplia y evolutiva de la PCC<sup>80</sup>, pues –a diferencia de lo que sucedía en el Dictamen 1/94 en relación con el comercio de servicios– aquí no está en juego la afirmación de una competencia, sino la definición de su alcance material.

A favor de la interpretación que proponemos milita además la inclusión en el artículo 207 de un (nuevo) apartado 6, según el cual: «el ejercicio de las competencias atribuidas por el presente artículo en el ámbito de la política comercial común *no afectará a la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros* ni conllevará una armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en la medida en que los Tratados excluyan dicha armonización»<sup>81</sup>. Desde luego, la redacción de esta disposición se presta a la controversia. Sin embargo, considerada en su contexto, no creo que quepa entender que parte de una disociación entre competencia interna y competencia externa, de manera que deba concluirse que la UE puede celebrar acuerdos sobre todos los aspectos que tocan a la inversiones extranjeras directas en tanto que debe acudir a otras bases jurídicas del TFUE para adoptar medidas internas en este campo<sup>82</sup>, bases jurídicas que como los artículos 64.2 o 53.1 del TFUE –artículos 57.2 y 47.1 del Tratado CE–, en materia de movimientos de capitales y de establecimiento, respectivamente, atribuyen poderes limitados. Si fuera así, se entendería mal, a mi juicio, que el apartado 4 del mismo precepto señale que para la celebración de acuerdos en los ámbitos del comercio de servicios y de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, así como de las inversiones extranjeras directas, «el Consejo se pronunciará por unanimidad *cuando dichos acuerdos contengan disposiciones en las que se requiera la unanimidad para la adopción de las normas internas*»<sup>83</sup>; cierto es, sin embargo, que, dado su tenor, el apartado 4 tal vez podría ser igualmente invocado a favor de la tesis de la disociación. Más concluyente por ello me parece otro argumento: si el Tratado de Lisboa hubiera introducido dicha disociación, debería entonces admitirse que también opera en el ámbito del comercio de servicios y, por lo tanto, que la revisión de la competencia de la UE en

<sup>79</sup> Véase epígrafe 3 de este trabajo. En este sentido, J. CEYSSENS, ob. cit. (en pgs. 277 ss.), y T. EILMANSBERGER, ob. cit. (pg. 395).

<sup>80</sup> Dictamen 1/78 relativo al *Acuerdo internacional sobre el caucho natural*, de 4-10-1979 [Rec. p. 2871, apdo. 45].

<sup>81</sup> Énfasis añadido.

<sup>82</sup> Esta disociación entre competencia interna y competencia externa es defendida por KRAJEWSKI, quien recuerda que resulta frecuente en los sistemas federales; véase M. KRAJEWSKI, ob. cit. (en pgs. 116-117).

<sup>83</sup> Énfasis añadido.

materia de política comercial ha llegado mucho más lejos de lo que pretendieron los *convencionales*<sup>84</sup>.

Pero, ¿qué aporta entonces el artículo 207 del TFUE frente al artículo 57.2 del TCE? Pues bien, supone el reconocimiento de una competencia expresa para celebrar acuerdos internacionales en materia de inversiones extranjeras directas a la que se configura –aun cuando su alcance material sea limitado– como exclusiva. Por otra parte, aunque entendemos que dicha competencia no abarca plenamente la fase «post-acceso» o «post-establecimiento» –particularmente por lo que se refiere a aspectos tales como la expropiación<sup>85</sup>–, estimo que permite avanzar hacia una mayor penetración de los acuerdos de la UE en dicha fase, justificando plenamente disposiciones tales como las contenidas en el *Minimum Platform* en relación con la exigencia de otorgar a los inversores extranjeros el trato nacional o el trato de la nación más favorecida<sup>86</sup> (¿tal vez también un trato justo y equitativo o la obligación de garantizar plena protección a las inversiones extranjeras?), más aún a medida que un eventual avance en la armonización legislativa de la UE en materia de movimientos de capitales y de establecimiento vaya minando la libertad de acción de los Estados miembros.

Por otra parte, el artículo 64 del TFUE –antiguo artículo 57.2 del TCE– conserva todavía virtualidad en su dimensión externa, pues fuera del ámbito del artículo 207 quedan en todo caso las inversiones que no cabe calificar de directas.

#### 4.2. Posibles consecuencias del Tratado de Lisboa

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cabe entender que los APPRIs celebrados por los Estados miembros caen en parte en un ámbito de competencia exclusiva de la UE y que, por lo tanto, deberían ser renegociados o, en su caso, denunciados. Por otra parte, parece evidente que los Estados miembros han visto limitada su acción para celebrar nuevos APPRIs, al menos con el mismo contenido que los que actualmente les vincula a terceros países.

Las cosas no son, sin embargo, tan sencillas. Por lo que se refiere a los APPRIs con terceros países en vigor, me parece que no se puede siquiera plantear seriamente su denuncia, pues privaría gratuitamente a los inversores de la UE de una protección sin la que, tal vez, no hubieran llevado a cabo sus inversiones. Y en cuanto a una eventual renegociación, ¿cuál sería realmente su objeto? Amén de incluir cláusulas salvando sus posibles incompatibilidades con el Derecho de la UE, ¿deberían suprimirse sólo las disposiciones que incidan en el acceso al mercado y al libre movimiento de capitales o también las que tocan al tratamiento nacional de las inversiones o

<sup>84</sup> Véase Nota del *Praesidium* de la Convención Europea, de 21-4-2003, antes cit. [doc. CONV 685/03, en pgs. 54 y 55].

<sup>85</sup> En este sentido, J. CEYSSENS, ob. cit. (en pg. 280), y L. MOLA, ob. cit. (en pgs. 15-16).

<sup>86</sup> En relación con el *Minimum Platform*, véase epígrafe 3 de este trabajo.

aseguran otros estándares de tratamiento? Sea como fuere, el resultado no beneficiaría a los inversores europeos.

Descartadas ambas soluciones, parece necesario concebir otras más imaginativas. Desde luego, una solución idónea podría consistir en la sustitución de los actuales APPRIs por acuerdos de inversiones celebrados por la UE<sup>87</sup>, ya sea de carácter regional o país por país. Pero –como se ha visto– no parece que la UE fuera competente para incluir en dichos acuerdos todas las previsiones propias de un APPRI, en particular, las que tocan a la obligación de otorgar una compensación en caso de expropiación y –probablemente– las que prevén que las inversiones extranjeras gocen de un trato justo y equitativo o de plena protección, por tratarse de aspectos –al menos el primero– que siguen siendo de competencia estatal. Por otra parte, en relación con los mecanismos sobre solución de controversias entre inversores y países receptores de la inversión, aun cuando la UE pueda concertarlos en los ámbitos de su competencia, ¿se está pensando en que los inversores europeos renuncien al (preciado) paraguas del CIADI y tengan que acudir necesariamente a otras instituciones arbitrales? Recuérdese no sólo que la UE no es parte en el Convenio de Washington de 1965, sino que su artículo 67 dispone que sólo está abierto a la participación de los Estados miembros del Banco Mundial. Además, ¿qué sentido tendrían reclamaciones arbitrales contra la UE por actos que normalmente sólo serían imputables a sus Estados miembros –siempre que la controversia no tiene su origen en una medida de la Unión–?

Así las cosas, tal vez haya que pensar en el mantenimiento provisional de todos los APPRIs<sup>88</sup> y en su sustitución progresiva ya sea por acuerdos mixtos<sup>89</sup> o por acuerdos marco que fueran posteriormente completados por acuerdos entre los Estados miembros y los terceros considerados<sup>90</sup>, siguiendo la línea del planteamiento que subyace al *Minimum Platform*.

La primera solución exigiría articular el mecanismo de solución de controversias inversores-Estados de inversión de manera que atendiera de forma

<sup>87</sup> BUNGENBERG defiende la necesidad de terminar los APPRIs y de que la UE elabore su propio modelo de acuerdo de inversiones; M. BUNGENBERG, ob. cit. (en pg. 12).

<sup>88</sup> En el ámbito de la PCC, tras la expiración en 1969 del período transitorio previsto en la versión originaria del Tratado CEE –con la consiguiente asunción de competencia exclusiva por la CEE–, el Consejo adoptó una Decisión previendo la posible prórroga o tácita reconducción de los acuerdos comerciales celebrados anteriormente por los Estados miembros, así como la celebración por ellos de nuevos acuerdos en los casos de «impracticabilidad» de la competencia comunitaria; véase Decisión 69/494/CEE del Consejo, de 16-12-1969 [DOCE, EE, vol. 01, pgs. 69 ss.]. En esta línea, WOOLCOCK propone la posibilidad de que la UE delegue poderes en los Estados miembros para mantener los actuales APPRIs o, incluso, para negociar otros nuevos; véase S. WOOLCOCK, «The Potential Impact of the Lisbon Treaty on European Union External Trade Policy», *European Policy Analysis*, n.º 8, 2008 (en pg. 4) (disponible en <http://www.sips.se>).

<sup>89</sup> En este sentido, T. EILMANBERGER, ob. cit. (en pg. 396), y L. MOLA, ob. cit. (en pg. 15)

<sup>90</sup> Así lo sugiere M. BURGSTALLER, ob. cit. (en pg. 215).

adecuada al reparto de competencias Estados miembros-UE, lo que evidentemente no resulta fácil y, desde luego, no sería nada operativo. Pero la segunda también exigiría un acuerdo de conjunto entre la UE y los Estados miembros sobre dicho reparto, de manera que quedara claro cuál es el contenido que debe corresponder a los acuerdos marco y a los acuerdos complementarios; ahora bien, el mecanismo de arreglo de controversias podría incardinarse en el ámbito de estos últimos, evitándose así muchos de los inconvenientes que plantea la primera fórmula.

## 5. EL CASO DE LOS APPRIS ENTRE ESTADOS MIEMBROS

Los países que se adhirieron a la UE en 2004 y 2007 celebraron previamente alrededor de 190 APPRIs con varios Estados miembros, movidos por la necesidad de atraer inversiones procedentes de estos últimos<sup>91</sup>. Tras su adhesión, estos acuerdos no fueron denunciados ni las partes acordaron su terminación, dando lugar a situaciones sorprendentes desde la perspectiva del Derecho de la UE.

Así, el 27 de marzo de 2007, un tribunal arbitral UNCITRAL, constituido bajo la autoridad del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, dictaba un laudo a resultas de una demanda presentada por un inversor holandés –Eastern Sugar B.BV.– contra la República Checa en el marco del acuerdo de inversiones celebrado entre estos dos países el 29 de abril de 1991<sup>92</sup>. En dicho laudo, el tribunal arbitral estimó parcialmente la demanda del inversor, condenando a la República Checa al pago de una compensación por violación de la obligación consagrada en el APPRI de otorgar un trato justo y equitativo a los inversores de la otra parte, como consecuencia de la adopción por el Gobierno checo de un decreto sobre la producción de azúcar que el tribunal consideró «a discriminatory and unreasonable measure», en el sentido del artículo 3.1 del APPRI, frente a Eastern Sugar. El tribunal, sin embargo, no consideró siquiera su legalidad desde la perspectiva del Derecho comunitario aplicable al caso.

La República Checa objetó la jurisdicción del tribunal arbitral argumentando que su adhesión a la UE había traído aparejada la terminación tácita

<sup>91</sup> Véase en [http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch\\_779.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx). También están en vigor los APPRIs celebrados por Alemania con Grecia (1961) y con Portugal (1980) (véanse en la misma dirección de Internet).

<sup>92</sup> Laudo parcial en el asunto *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) c. the Czech Republic*, que resolvió todas las cuestiones suscitadas en el arbitraje, excepto las costas; estas últimas fueron acordadas en el laudo final de 12-4-2007 (ambos laudos pueden encontrarse en <http://ita.law.uvic.ca>). En relación con el primer laudo, véase M. POTESTÀ, «Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, n.º 8, 2009, pg. 225 (en pgs. 226 ss.); del mismo autor, «Il caso Eastern Sugar: accordi bilaterali sugli investimenti, Unione europea e diritto comunitario», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 44, 2008, n.º 4, pg. 1055; y M. BURGSTALLER, ob. cit. (en pgs. 181 ss.).

del APPRI<sup>93</sup>. El tribunal no acogió la tesis checa, considerando que no se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 59 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, en particular: que el APPRI y el Tratado CE no podían ser considerados tratados «sobre la misma materia» –al no cubrir este último aspectos relativos a la protección de inversiones extranjeras (trato justo y equitativo, protección frente a supuestos de expropiación, posibilidad de acudir al arbitraje internacional)–; que no constaba que la intención de las partes fuera que la materia se rija por el Tratado CE; y que el APPRI y el Tratado CE no eran incompatibles entre sí<sup>94</sup>. Tampoco estimó –ni siquiera consideró seriamente<sup>95</sup>– que entrara en juego la regla del artículo 30.3 de la Convención de Viena, relativa a los supuestos de tratados sucesivos concernientes «a la misma materia» y entre las mismas partes –conforme al cual el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del anterior–. Tal vez los árbitros se aferraron a una interpretación estricta –y desde luego poco razonable– de las palabras «misma materia»<sup>96</sup>.

El asunto *Eastern Sugar* no constituye un caso aislado. Tenemos constancia de la existencia de un número no desdeñable de arbitrajes de inversiones en curso entre Estados miembros e inversores de otros Estados miembros<sup>97</sup>.

Como resulta evidente, el artículo 351 del TFUE –artículo 307 del TCE– no abarca a los acuerdos anteriores entre Estados miembros. Por el contrario,

<sup>93</sup> Apdos. 97 ss. del laudo.

<sup>94</sup> Apdos. 164 ss. del laudo.

<sup>95</sup> Véanse apdos. 178 ss. del laudo.

<sup>96</sup> En relación con el significado y alcance de las palabras «misma materia», véase M. KOSKENNIEMI, «Fragmentación del Derecho Internacional; dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional», Informe del Grupo Especial de la Comisión de Derecho Internacional, de 13-4-2006 [doc. A/CN.4/L.682, disponible en [http://untreaty.un.org/ilc/guide/L\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/guide/L_9.htm)]. En dicho Informe se afirma que «si esta limitación se interpreta estrictamente, parece excluir la mayoría de los casos importantes –por ejemplo, los conflictos entre tratados comerciales [...]», añadiendo que, sin embargo, «esta no es una interpretación necesaria ni razonable de la expresión ‘la misma materia’», y que «la cuestión que [sic] si dos tratados versan sobre la ‘misma materia’ se resuelve determinando si el cumplimiento de las obligaciones en virtud de un tratado tiene un efecto en el cumplimiento de las obligaciones en virtud de otro», siendo así que «este ‘efecto’ puede consistir en impedir estrictamente el cumplimiento de las otras obligaciones o en menoscabar de una u otra manera sus objetivos y finalidad» (apdos. 253 y 254, en pgs. 147-148).

<sup>97</sup> Cabe citar, entre otros, el arbitraje UNCITRAL en el asunto *Binder v. República Checa*, en el que el tribunal arbitral dictó un laudo sobre jurisdicción (no publicado) el 6-6-2007 (reseña en *IA Reporter*, vol. 1, nº 4, 1-7-2008) y el arbitraje CIADI en el asunto *Micula c. Rumania* (ICSID nº ARB/05/20), basado en el APPRI entre Suecia y Rumanía y en el recayó un laudo sobre jurisdicción el 24-9-2008 (en <http://www.arbitration.fr/resources/ICSID-ARB-05-20.pdf>); si bien la reclamación arbitral en este asunto fue anterior a su adhesión a la UE, Rumanía ha alegado en su defensa que la supresión de incentivos objeto de la controversia se debió a la exigencia de cumplir con el régimen comunitario de ayudas públicas. Véanse también los arbitrajes cit. en nota 112, basados en el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía.

el TJ ha tenido ocasión de afirmar que el Derecho de la UE prevalece sobre ellos. Así lo hizo en su sentencia de 1988 en el asunto *Matteucci*, refiriéndose a un acuerdo cultural entre Francia y Alemania de 1956 por el que ambas partes concedían a los nacionales de la otra becas para iniciar o proseguir estudios o investigaciones. En efecto, la sentencia señalaría que un acuerdo que reserva la concesión de becas a los nacionales de los dos Estados miembros partes en él resulta contrario al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad recogido en el artículo 7 del Reglamento (CEE) 1612/68, señalando que, de acuerdo con su jurisprudencia anterior<sup>98</sup>, «el Tratado CEE tiene preeminencia, en las materias que regula, sobre los convenios celebrados antes de su entrada en vigor entre los Estados miembros»<sup>99</sup>. Aun cuando el TJ no explica el fundamento de su afirmación –que no puede buscarse en otras reglas que las contenidas en los artículos 30.3 (*lex posterior*) y 59 (terminación tácita) de la Convención de Viena de 1969, a los que aludía el tribunal arbitral en el asunto *Eastern Sugar*–, parece claro que en dicho asunto se basó en el primero de los preceptos de la Convención de Viena de 1969 citados.

Descartada la aplicación del artículo 59 de la Convención de Viena en las relaciones entre los APPRI y los Tratados de la UE –pues no se da un supuesto de plena incompatibilidad–, ¿cabe realmente entender que existen disposiciones incompatibles entre ellos que deban ser resueltas conforme al artículo 30.3 de dicha Convención<sup>100</sup>?

En una carta dirigida por los Servicios de la Comisión al Vice-Ministro de Finanzas checo en 2006 –que reproduce el laudo en el asunto *Eastern Sugar*– relativa a los APPRI entre Estados miembros, se señalaba que la mayor parte de sus disposiciones caía en ámbitos de competencia comunitaria y que «*only residual matters, such as diplomatic representation, expropriation and eventually investment promotion, would appear to remain in question*», añadiendo que «*the application of intra-BITs could lead to a more favourable treatment of investors and investments between the parties covered by the BITs and consequently discriminate against other Member States, a situation that would not be in accordance with the relevant Treaty provisions*»<sup>101</sup>. Sin embargo, en la carta se admitía que la prevalencia del Tratado CE sobre los APPRI intra-UE no implicaba su automática terminación ni la inaplicabilidad de sus disposiciones. En particular, si bien excluía que los Estados miembros puedan acudir a los mecanismos para el arreglo de las controversias relacionadas con materias de competencia comunitaria –conforme a lo dispuesto en el artículo 344 del TFUE (ar-

<sup>98</sup> STJ, asunto *Comisión c. Italia* (10/61), antes cit. [pg. 22].

<sup>99</sup> STJ, asunto *Matteucci* (235/87), de 27-9-1988 [Rec. pg. 5589, apdos. 22-23]. Véase también la STJ en el asunto *Exportur* (C-3/91), de 10-11-1992 [Rec. pg. I-5529, apdo. 8].

<sup>100</sup> Tomando, por supuesto, las palabras «la misma materia» de este artículo en el sentido que se propone en el Informe de la CDI sobre «Fragmentación del Derecho Internacional...» cit. en la nota 96.

<sup>101</sup> Carta de 13-3-2006, reproducida en el laudo [apdo. 119].

título 292 del TCE)<sup>102</sup>–, admitía en cambio que el inversor puede entablar una demanda arbitral *ex APPRI* contra el Estado miembro huésped de la inversión, advirtiendo –eso sí– que en este caso el tribunal arbitral debe resolver aplicando el Derecho comunitario y teniendo en cuenta su primacía sobre los ordenamientos nacionales.

Por mi parte, considero que, por su contenido, las disposiciones sustantivas de los APPRI intra-UE no pueden, en principio, ser consideradas como contrarias al Derecho de la UE. Por el contrario, o son compatibles con el TFUE –por ejemplo, la exigencia de trato justo y equitativo– o caen fuera del ámbito de las competencias de la UE –por ejemplo, la obligación de compensación en caso de expropiación directa o *indirecta*–. Por lo que se refiere a las primeras, en efecto, no mejoran el tratamiento exigible en virtud de las disposiciones del Tratado en materia de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales<sup>103</sup>. De no ser así, no se explicaría que la CE concluyera junto a los Estados miembros el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, cuyas Partes III y V presentan el contenido propio de un APPRI. Así las cosas, el argumento de la discriminación carece desde esta perspectiva de fundamento<sup>104</sup>.

No cabe duda sin embargo que, al resolver una controversia relativa, por ejemplo, a la obligación por parte del Estado miembro de inversión de otorgar un trato justo y equitativo, es posible que el tribunal arbitral no tenga en cuenta las reglas aplicables del TCE en materia de libertades básicas o

<sup>102</sup> Recuérdese la STJ en el as. *Mox Plant* (C-459/03), de 30-5-2006, en la que el Tribunal declaró que al entablar, con arreglo al artículo 287 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, un procedimiento ante el tribunal arbitral previsto en el anexo VII de dicha Convención con el fin de solucionar su controversia con el Reino Unido relativa «a la fábrica MOX, a los traslados internacionales de sustancias radiactivas y a la protección del medio marino del Mar de Irlanda», Irlanda no respetó la competencia exclusiva del TJ en lo que atañe a las controversias sobre la interpretación y a la aplicación del Derecho comunitario y, por lo tanto, infringió el artículo 292 del TCE –artículo 344 del TFUE– [Rec. pg. I-4635, apdos. 80 ss.].

<sup>103</sup> Véase, en este sentido, B. POULAIN, «Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne», *RGDIP*, vol. 111, 2007, nº 4, pg. 803 (en pgs. 813 ss.), y L. MOLA, ob. cit. (en pg. 5). Como señala este último autor: «it may be argued that some standards of treatment, such as fair and equitable treatment [...] and full protection and security [...], are met by general principles of EU law applicable throughout all fields of EU law, as far as they encompass the right to defence, the right for an individual to be heard before and administrative decision affecting him is taken, and similar procedural and substantial rights» (*ibid.*).

<sup>104</sup> WEHLAND considera que aun cuando un APPRI intra-UE ofreciera un estándar de protección más elevado –en los ámbitos de competencia de la UE– tampoco entraría en conflicto con el Derecho de la UE; véase H. WEHLAND, «Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?», *International and Comparative Quarterly*, vol. 58, 2009, nº 2, pg. 297 (en pg. 310). Sin embargo, en la medida en que el APPRI sólo se aplica a los nacionales de los Estados miembros partes en él, cabría en tal caso entender –siguiendo la sentencia en el asunto *Matteucci* (C-235/87), antes cit.– que resultaría contrario al principio comunitario de no discriminación.

sobre Derecho de la competencia<sup>105</sup> ni la jurisprudencia del TJ relativa a su alcance<sup>106</sup> y que, en consecuencia, pueda dictar un laudo contrario al Derecho de la UE. Ahora bien, el hecho de que un tribunal arbitral pueda aplicar mal el Derecho de la UE –o, incluso, desconocerlo– no convierte *per se* a un APPRI en contrario a aquél. Por lo demás, a salvo el caso de los laudos CIADI, cabría en su caso entablar por tal motivo una acción de anulación contra el laudo ante los tribunales nacionales competentes o que se denegara su exequátur<sup>107</sup>.

A este respecto, entiendo que el Derecho de la UE resulta de aplicación al resolver controversias basadas en APPRIs, al menos cuando en ellos se dispone que los tribunales arbitrales deben resolver aplicando no sólo las disposiciones del APPRI, sino igualmente otros acuerdos entre las partes<sup>108</sup>, el Derecho interno de las partes<sup>109</sup> o el «Derecho internacional aplicable a las

<sup>105</sup> Véase, a este respecto, T. EILMANSBERGER, ob. cit. (en pgs. 405-406 y 413 ss.). Este aspecto no es tenido en cuenta por toda la doctrina; véase C. SÖDERLUND, «Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty», *Journal of International Arbitration*, n.º 24, 2007-5, pgs. 455-468 (en pgs. 461 ss.).

<sup>106</sup> Téngase además en cuenta que el TJ no acepta que un tribunal arbitral pueda ser considerado órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 del TFUE –artículo 234 del TCE– ni, por lo tanto, que pueda plantear cuestiones prejudiciales ante él; SSTJ, asunto *Nordsee Deutsche Hochseefischerei* (102/81), de 23-3-1982 [Rec. pg. 1095, apdos. 10-12], asunto *Eco Swiss* (C-126/97), de 1-6-1999 [Rec. pg. I-3055, apdo. 34], y asunto *Denuit* (C-125/04), de 27-1-2005 [Rec. pg. I-923, apdo. 16]. Ahora bien, queda abierta la vía a la cuestión prejudicial para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, obviamente, al ejercer sus competencias de control de los laudos, al proceder a su exequátur –control y exequátur que, como es sabido, no admiten los laudos del CIADI (ver nota siguiente)– o al prestar asistencia a los tribunales arbitrales, lo que el TJ consideró suficiente en su sentencia en el asunto *Nordsee Deutsche Hochseefischerei* (C-102/81), recién cit. [apdo. 14].

<sup>107</sup> Como señala el TJ en su sentencia en el asunto *Eco Swiss* (C-126/97), recién cit., «un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 85 del Tratado, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público» [apdo. 41]; lo mismo cabe decir en caso de solicitud de exequátur al amparo del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, pues su artículo V.2 admite que se deniegue el reconocimiento y la ejecución cuando el laudo resulte contrario al orden público del país en el que se solicita. En el caso de los laudos CIADI, en cambio, su ejecución en cualquier Estado parte del Convenio de Washington de 1965 no está sometida a exequátur (el artículo 54 del Convenio dispone que «todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado») y no cabe otro control de legalidad que la interposición de una solicitud de anulación ante el propio CIADI (artículo 52).

<sup>108</sup> Por ejemplo, el artículo 9.3 del APPRI entre Rumanía y el Reino Unido de 1976 (en [http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch\\_779.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx)).

<sup>109</sup> Por ejemplo, el artículo 8.6 del APPRI entre España y la República Checa de 1990 (*ibid.*).

partes»<sup>110</sup>. Si el primer caso resulta evidente, a mi juicio también lo es el tercero, pues las disposiciones contenidas en los Tratados que rigen la UE tienen ciertamente la naturaleza de Derecho Internacional. Tampoco me parece que merezca ser discutido el segundo de los casos, esto es, cuando el APPRI prevé la aplicación por los tribunales arbitrales del Derecho interno de las partes, ya que el Derecho de la UE forma parte del ordenamiento interno de los Estados miembros, gozando en ellos de eficacia directa –cuando se cumplen las condiciones exigibles a tal efecto– y de primacía sobre las normas nacionales.

Pero incluso cuando un APPRI disponga únicamente –como no resulta infrecuente– la aplicación por los tribunales arbitrales de sus disposiciones y, en su caso, de las normas de Derecho Internacional general, difícilmente podrá un laudo resolver –siguiendo con el ejemplo anterior– si hubo trato justo y equitativo sin tomar en consideración si la medida del Estado de inversión era o no contraria al Derecho de la UE. En primer lugar, porque, de acuerdo con la letra c) del artículo 31.3 de la Convención de Viena de 1969, al interpretar un tratado debe tenerse en cuenta «toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes». En segundo lugar, porque estando obligadas las dos partes en el APPRI por el Derecho de la UE y siendo éste parte de sus respectivos Derechos internos, no parece razonable que un tribunal arbitral resuelva haciendo abstracción de este ordenamiento<sup>111</sup>. Ahora bien, si no fuera así, deberíamos entonces concluir que las disposiciones sustantivas de los APPRI intra-UE que entran en ámbitos de competencias de la UE son incompatibles con el TFUE y defender la aplicabilidad respecto de ellas del repetido artículo 30.3 de la Convención de Viena.

El riesgo de que los tribunales arbitrales no tomen en consideración el Derecho de la UE explica que en varias controversias entre un Estado miembro e inversores de otro Estado miembro sometidas recientemente al arbitraje del CIADI con fundamento en el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía<sup>112</sup> –que permite la presentación de demandas arbitrales de un inver-

<sup>110</sup> Véase el artículo 42.2 del Convenio del CIADI de 1965, que resulta de aplicación supletoria; véase también el artículo 26.6 del Tratado sobre la Carta Europea de la Energía.

<sup>111</sup> M. BURGSTALLER (ob. cit., en pg. 195) plantea como ejemplo un eventual acuerdo de larga duración entre un Estado miembro y un inversor de otro Estado miembro, por el que el primero se compromete a adquirir una cantidad determinada de electricidad a un precio fijo, que da lugar a un procedimiento de la Comisión contra el primero por violación del artículo 87 del TCE; pues bien, entiende que la terminación por el Estado miembro del acuerdo no supondría violar las legítimas expectativas del inversor si el acuerdo fuera posterior a la adhesión de dicho Estado a la UE ni, por lo tanto, contraría la obligación de otorgar un trato justo y equitativo contenida en un APPRI que pudiera ser aplicable al caso. Véase también T. EILMANSBERGER, ob. cit. (en pgs. 418 ss.).

<sup>112</sup> Al menos en los asuntos *Electrabel S.A. v. Hungría* (ICSID n° ARB/07/19; véase una reseña del asunto en *IA Reporter*, vol. 1, n° 10, de 17-9-2008), *AES c. Hungría* (ICSID n° ARB/07/22; reseña en *ibid.*, vol. 1, n° 16, de 11-12-2008) y *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG y Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG c. Alemania* (ICSID n° ARB/09/6; reseña en *ibid.*, vol. 2, n° 6, de 2-4-2009), pendientes todos ellos de laudo. También podemos men-

sor de un Estado miembro contra otro Estado miembro–, la Comisión Europea haya solicitado intervenir como *amicus curiae*. Por otra parte, la respuesta favorable a la pretensión de la Comisión, al menos por algunos de los tribunales constituidos<sup>113</sup>, confirma que ellos mismos son conscientes de que no pueden resolver al margen del Derecho de la UE.

Ahora bien, ¿la posibilidad que brindan los APPRI al inversor extranjero de recurrir al arbitraje –ésta es la principal ventaja que ofrecen estos acuerdos en los ámbitos de competencia comunitaria<sup>114</sup>– no puede ser reputada como contraria al principio de no discriminación consagrado con carácter horizontal en el artículo 18 del TFUE –artículo 12 del Tratado CE–<sup>115</sup>? Téngase en cuenta que únicamente beneficia a los nacionales de los Estados miembros partes en ellos y que los arbitrajes desarrollados conforme a sus disposiciones pueden ventilar, como se ha visto, controversias en las que resulten de aplicación disposiciones del TFUE relativas a las libertades básicas del mercado interior<sup>116</sup>. Distinto es el caso del Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, pues la vía al arbitraje está en este caso abierta a todos los inversores nacionales de los Estados miembros<sup>117</sup>.

Cabría suscitar esta misma cuestión en relación con los APPRI celebrados por los Estados miembros con terceros países, teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos *Compagnie de Saint Gobain y Gottardo*. En ellas se afirma que, en virtud el principio de no discriminación, las ventajas concedidas por un Estado a sus propios nacionales en virtud de un acuerdo con un tercer país deben extenderse a los nacionales de los restantes Estados miembros, aun cuando incidan en ámbitos que no son de competencia de la UE<sup>118</sup>. No debe olvidarse que en el primer asunto las

cionar el arbitraje en el asunto *Mercuria Energy Group Ltd. C. Polonia*, que se desarrolla bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo (reclamación de 24-7-2008; reseña en *ibid.*, vol. 1, nº 8, de 26-8-2008).

<sup>113</sup> Así lo han aceptado los tribunales arbitrales en los asuntos *Electrabel S.A. v. Hungría* (*IA Reporter*, vol. 2, nº 2, de 11-5-2009) y *AES c. Hungría* (*ibid.*, vol. 1, nº 16, de 11-1-2008), antes cit. En ambos asuntos, los demandantes alegan la violación por Hungría de sendos acuerdos de compraventa de energía de larga duración –previos a la adhesión de Hungría a la UE–, que la Comisión considera restrictivos de la competencia.

<sup>114</sup> Véase M. POTESTÀ, «Bilateral Investment», ob. cit. (en pg. 232).

<sup>115</sup> A favor de esta tesis, véase de nuevo M. POTESTÀ, «Bilateral Investment», ob. cit. (en pg. 233); en contra, H. WEHLAND, ob. cit. (en pgs. 309 ss.).

<sup>116</sup> Recuérdese a este respecto que el TJ ha considerado que el principio de no discriminación consagrado en el artículo 18 del TFUE –artículo 12 del TCE– se extiende a ámbitos que no son de competencia comunitaria en la medida en que estén en juego las libertades básicas del mercado interior; véase la STJ en el asunto *Cowan* (186/87), de 2-2-1989 [Rec. pg. 195, esp. apdos. 14 ss.] y la referencia a la STJ en el asunto *Matteucci* (235/87) en este mismo epígrafe.

Esta perspectiva del Derecho de la UE no parece ser tomada en consideración por C. SÖDERLUND en su trabajo «Intra-EU BIT...», ob. cit. (en pg. 462).

<sup>117</sup> Véase artículo 26 del Tratado.

<sup>118</sup> SSTJ, asunto *Compagnie de Saint Gobain* (C-307/97), de 21-9-1999 [Rec. pg. I-6161, apdos. 57 ss.], y asunto *Gottardo* (C-55/00), de 15-1-2002 [Rec. pg. I-413, apdos. 29 ss.].

ventajas en cuestión eran reclamadas por un establecimiento permanente de una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y, por lo tanto, que entraba en juego la libertad de establecimiento consagrada en el TCE; el segundo caso, por su parte, guardaba relación con el cómputo de los períodos de cotización en la seguridad social en el tercer país parte en el acuerdo y, por ende, con la libertad de circulación de trabajadores reconocida por el actual artículo 45 del TFUE. Pues bien, ¿resulta esta jurisprudencia aplicable a las ventajas que, en ámbitos que no son de competencia de la UE, concede un Estado miembro a los inversores de terceros países en el marco de un acuerdo de inversiones<sup>119</sup>? La clave está en determinar si la situación del inversor de la otra parte es equiparable o no a la de una sociedad de un Estado miembro que ejerce el derecho de establecimiento que le reconoce el TFUE. A este respecto, la sentencia del TJ de 2005 en el asunto *D.* invita a una respuesta negativa<sup>120</sup>, teniendo especialmente en cuenta que la posibilidad de recurrir al arbitraje por parte del inversor extranjero en el marco del APPRI no constituye una ventaja separable del resto del acuerdo, sino que, en palabras del TJ, «forma parte integrante de éste y contribuye a su equilibrio general»<sup>121</sup>.

En síntesis, creo que, con matices, no le faltaba razón a la Comisión cuando en una Nota de noviembre de 2006 enviada al Comité Económico y Financiero afirmaba lo siguiente:

«[...] the risk remains that arbitration instances, possibly located outside the EU, proceed with investor-to-state dispute settlement procedures without taking into account that most of the provisions of such BITs have been replaced by provisions of Community law. Investors could try to practice «forum shopping» by submitting claims to BIT arbitration instead of –or additionally to– national courts. This could lead to arbitration taking place without relevant questions of EC law being submitted to the ECJ, with unequal treatment of investors among Member States as a possible out-come»<sup>122</sup>.

En cualquier caso, resulta evidente que los APPRIs intra-UE son un anacronismo, pues el Derecho de la UE ofrece un marco de plena seguridad jurídica a los inversores, afirmación que tal vez podría hacerse extensiva a la aplicabilidad del Tratado sobre la Carta Europea de la Energía en las relaciones entre Estados miembros de la UE. Por otra parte, como sostuvo el

<sup>119</sup> Véase en este sentido T. EILMANSBERGER, ob. cit. (en pgs. 402-403).

<sup>120</sup> STJ, asunto *D.* (C-376/03), de 5-7-2005 [Rec. pg. I-5821, apdos. 44 ss.].

<sup>121</sup> *Ibid.* [apdo. 62].

<sup>122</sup> Nota reproducida en el laudo parcial en el asunto *Eastern Sugar*, antes cit. [apdo. 126]. A resultas de esta Nota, el Comité Económico y Financiero invitó a los Estados miembros a considerar la necesidad de tales APPRIs y a informarle de las acciones emprendidas en relación con ellos (*Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and Freedom of Payments*, doc. nº 5044/07, 2006 EFC, de 4-1-2007). Sin embargo, la mayoría de los Estados miembros han mantenido posteriormente en el seno del Comité una actitud favorable a su mantenimiento, en particular por lo que se refiere a sus disposiciones en materia de expropiación, compensación, protección de las inversiones y arbitraje. Véase M. POTESTÀ, «Bilateral Investment», ob. cit. (en pgs. 234 ss.).

Gobierno checo en el asunto *Eastern Sugar*, atentan contra el principio de confianza recíproca, principio que –aun cuando no se considere justiciable– está en la base del sistema de integración<sup>123</sup>.

Parece pues razonable exigir a los Estados miembros que procedan a terminar los APPRI celebrados entre sí, siendo en este caso exigible que lo hagan de mutuo acuerdo, en cumplimiento del deber de cooperación leal que les impone el actual artículo 4.3 del TUE –artículo 10 del Tratado CE–<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> Apdo. 107 del laudo.

<sup>124</sup> La denuncia de un APPRI por una de las partes, amén de no resultar apropiada desde la perspectiva de la obligación que incumbe a los dos Estados miembros, no parece una solución adecuada, pues –como ya señalamos anteriormente– los APPRI incluyen normalmente una cláusula en virtud de la cual, en caso de denuncia, las inversiones realizadas con anterioridad gozan de toda la protección que ofrecen sus disposiciones por un período prolongado de tiempo (15 años en el caso del APPRI Países Bajos-República Checa que dio lugar al laudo en el as. *Eastern Sugar*, de acuerdo con su artículo 13; disponible en [http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch\\_779.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx)). Véase a este respecto B. POULAIN, «Traité bilatéraux...», ob. cit. (en pgs. 818 ss.).