

EL SUBSISTEMA REGIONAL COMUNITARIO ANTE EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

FRANCISCO JOSÉ PASCUAL VIVES*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PROGRESIVA COMUNITARIZACIÓN DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS EN EL SUBSISTEMA REGIONAL COMUNITARIO.
- III. LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS EN LA PRÁCTICA RECIENTE:
 1. LAS SOLUCIONES ADOPTADAS *AD EXTRA* DESDE LA VERTIENTE RELACIONAL.
 - A) *La interpretación conforme y la renegociación de los APPRI celebrados por los Estados miembros con terceros sujetos.*
 - B) *La enmienda y la denuncia de los APPRI celebrados entre los estados miembros.*
 - C) *La intervención de la Comisión Europea en los arbitrajes de inversiones.*
 2. LAS SOLUCIONES ADOPTADAS *AD INTRA* DESDE LA VERTIENTE INSTITUCIONAL.
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se viene desarrollando una interacción incipiente entre el subsistema regional comunitario y el régimen que disciplina la pro-

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional público y Relaciones internacionales, Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Penal, Universidad de Alicante, España. El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «La ‘Política Mediterránea’ de la Unión Europea en perspectiva: El Proceso de Barcelona, la Unión para el Mediterráneo y los intereses españoles» (Ref. DER2009-14238-C02-01).

tección de las inversiones extranjeras directas en el Derecho Internacional (DI) público. El presente trabajo tiene como objeto principal examinar las consecuencias jurídicas derivadas de estas complejas relaciones, tomando como elementos de referencia el marco normativo establecido por el Derecho originario, la práctica de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), así como unos precedentes dictados recientemente por el Tribunal de Justicia (TJUE) a resultas de varios recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión Europea contra Austria, Suecia y Finlandia¹. Nuestro estudio asimismo nos permitirá formular una reflexión más general en torno a las relaciones de interdependencia entre el DI público y el Derecho de la UE, considerando a este último ordenamiento jurídico como un subsistema de ámbito regional que integra, desarrolla y eventualmente adapta algunas categorías jurídicas generales del DI a las necesidades de su estructura institucional².

II. LA PROGRESIVA COMUNITARIZACIÓN DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS EN EL SUBSISTEMA REGIONAL COMUNITARIO

Desde una perspectiva formal puede afirmarse que el Derecho originario se ha mantenido tradicionalmente ajeno al régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras directas³. Así, en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) no se enunciaba entre las materias integrantes de la política comercial común (arts. 131 y 133). Tampoco podría inferirse

¹ STJCE 3 de marzo 2009, *Comisión c. Austria*, C-205/06, *Rec.*, p. I-1301; STJCE 3 de marzo 2009, *Comisión c. Suecia*, C-249/06, *Rec.*, p. I-1335; y STJCE 19 de noviembre 2009, *Comisión c. Finlandia*, C-118/07 (*DO C 24*, 30-1-2010, p. 3).

² CASANOVAS I LA ROSA, O., *Unity and Pluralism in Public International Law*, Martinus-Nijhoff, The Hague 2001, pp. 217-250; DUPUY, P.-M., «L'unité de l'ordre juridique international», *Recueil des Cours*, t. 297 (2002), 9-490, pp. 86-91; y JIMÉNEZ PIERNAS, C., «El incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados Miembros cuando median actos de particulares: una aportación al debate sobre la interdependencia entre el Derecho Comunitario y Derecho Internacional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 7 (2000), 15-48, pp. 24-30 y 36-37.

³ Este trabajo limita su estudio al régimen jurídico de las inversiones extranjeras directas en el Derecho de la UE, entendidas como aquellos derechos o activos ubicados en el territorio de un Estado, controlados directamente por inversores de otro Estado: *vid.* SACERDOTI, G., «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection», *Recueil des Cours*, t. 269 (1997), 251-460, pp. 265-275.

su inclusión implícita, si nos atenemos a los diversos precedentes jurisprudenciales que han descartado interpretar extensivamente tales preceptos⁴. Pese a no existir una atribución competencial en el Derecho originario, el subsistema comunitario se ha ocupado de ciertos ámbitos materiales que también son regulados simultáneamente por el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras directas⁵.

Si se considera el régimen jurídico comunitario vigente antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, puede constatarse cómo los Tratados constitutivos ya habían establecido un marco normativo que tutelaba la libre circulación de los capitales entre los Estados miembros o entre estos y terceros Estados (arts. 56-60 TCE). De manera similar, en el régimen internacional, cuando los Estados celebran acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) incorporan una obligación que garantiza la libre transferencia de los pagos efectuados desde el Estado receptor de la inversión⁶. En este mismo sentido, el Derecho originario también había consagrado el principio de igualdad de trato de las personas físicas y jurídicas de un Estado miembro establecidas en otro Estado miembro (arts. 43-48 TCE) mientras que, en el régimen internacional, los APPRI establecen las cláusulas de trato nacional (TN) y de nación más favorecida (NMF) a favor de las inversiones y/o los inversores, como parte integrante de la obligación recíproca de protección.

Estas disposiciones que regulan la protección de las inversiones extranjeras directas en el subsistema comunitario, que han sido reproducidas respectivamente en los artículos 49-54 y 63-66 del vigente Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)⁷, resultan bastante elementales y tienden

⁴ Entre los principales destaca el *Dictamen 1/94*, que determinó la falta de competencia exclusiva de la CE para convenir algunos compromisos internacionales relativos al comercio de servicios y a la propiedad intelectual en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y el *Dictamen 2/92*, que descartó que la CE tuviera competencia exclusiva para celebrar un acuerdo que pretendía habilitar un procedimiento de comunicación de las decisiones adoptadas en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE): *vid.* Dictamen del TJCE 1/94, 15 de Noviembre 1994, *Rec.*, p. I-5267, apdos. 46-47, 67-71 y 81-90; y Dictamen del TJCE 2/92, 24 de Marzo 1995, *Rec.*, p. I-521, apdo. V.

⁵ BURGSTALLER, M., «European Law and Investment Treaties», *Journal of International Arbitration*, vol. 26 (2009), 181-216, pp. 190-192.

⁶ RADU, A., «Foreign Investors in the EU: Which Best Treatment? Interactions between Bilateral Investment Treaties and EU Law», *European Law Journal*, vol. 14 (2008), 237-260, apartado III.a.

⁷ *Vid.* DO C 115, 9-5-2008, p. 1, y DO C 83, 30-03-2010. El artículo 75 TFUE, antiguo artículo 60 TCE, dispone lo siguiente: «Cuando sea necesario para lograr los obje-

exclusivamente a eliminar cualquier discriminación procedente de las autoridades nacionales⁸. Por el juego del principio de competencias de atribución se ha limitado el elenco de soluciones normativas disponibles en esta sede institucional y gran parte de las competencias destinadas a proteger las inversiones extranjeras directas han permanecido bajo la soberanía de los Estados miembros, quienes las han venido desarrollado bilateralmente mediante APPRI. Además, en el ámbito regional europeo también se han establecido otra serie de mecanismos de protección extramuros del ordenamiento de la UE. Así, por ejemplo, la protección del derecho de propiedad de los particulares frente a las actuaciones arbitrarias de los poderes públicos, otro de los principales elementos que integran la obligación de protección de las inversiones extranjeras directas, se ha ejercido desde el Consejo de Europa⁹.

tivos 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. El Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, medidas para aplicar el marco mencionado en el párrafo primero. Los actos contemplados en el presente artículo incluirán las disposiciones necesarias en materia de garantías jurídicas». Se trata de una redacción mucho más precisa que la de su antecesor, dispuesta con el objeto de codificar la doctrina asentada en casación por el TJUE en 2008 con ocasión del *Caso Kadi*: *vid.* STJCE 3 de Septiembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, C-402/05 P y C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351.

⁸ TORRENT MACAU, R., «Derecho comunitario e inversiones extranjeras directas: Libre circulación de los capitales vs. Regulación no discriminatoria del establecimiento. De la *golden share* a los nuevos *open skies*», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 22 (2007), 283-312, pp. 288-297. También en la doctrina: *vid.* HINDELANG, S., «The EC Treaty's Freedom of Capital Movement as an Instrument of International Investment Law? The Scope of Art. 56(1) TEC in a Third Country Context and the Influence of Competing Freedoms», REINISCH, A. y KNAHR, Ch. (eds.), *International Investment Law in Context*, Eleven International, Utrecht 2008, 43-72; HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde la perspectiva europea*, McGraw-Hill, Madrid 1997, pp. 239-346; TORRENT MACAU, R., *Derecho y práctica de las Relaciones Exteriores de la Unión Europea*, Cedecs, Barcelona 1998, pp. 85-95; y JUILLARD, P., «Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment», *Foreign Investment Law Journal*, vol. 15 (2000), 322-339, pp. 332-333.

⁹ *Caso de Kohlhofer y Minarik c. República Checa* (TEDH, Casos n.º 32921/03, 28464/04 y 5344/05, Sentencia 15 de octubre 2009). En la doctrina, por ejemplo, *vid.* RAT-

Tanto la Comisión Europea como los Estados miembros han venido admitiendo de manera pacífica esta aproximación complementaria entre los diversos sistemas jurídicos¹⁰, como bien queda patente en la política convencional desarrollada por la UE hasta nuestros días. Los acuerdos comunitarios, aquellos celebrados por las instituciones con un tercero, establecen obligaciones de actividad en las que se trata de promover la celebración de APPRI entre los Estados miembros y la contraparte, sobre la base de los principios de reciprocidad y no discriminación¹¹. Sólo en los acuerdos mixtos, donde también participan los Estados miembros, se prevén algunos compromisos más precisos relacionados con la libertad de establecimiento o la transferencia de capitales¹², aunque los Estados miembros conservan plenas facultades para celebrar APPRI.

A partir de la adhesión a la UE de los Estados de Europa Central y Oriental, quienes son importantes receptores de inversiones extranjeras y estarían mucho más expuestos a las reclamaciones internacionales nacidas del incumplimiento de los APPRI¹³, el debate en torno al alcance de esta

NER, S.R., «Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law», *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), 475-528, pp. 496-501.

¹⁰ Aunque esta convivencia no está exenta de interferencias o problemas, como ya ha señalado la doctrina: *vid.* WIERZBOWSKI, M. y GUBRYNOWICZ, A., «Conflict of Norms Stemming from Intra-EU BITS and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions», en BINDER, Ch., KRIEBAUM, U., REINISCH, A. y WITTICH, S. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honor of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, 544-560, pp. 546-555.

¹¹ *Vid.* el artículo 7 del Acuerdo marco de cooperación entre la CE y Uruguay (*DO L* 94, 8-4-1992, p. 2); el artículo 11 del Acuerdo de cooperación entre la CE y la India, sobre partenariado y desarrollo (*DO L* 223, 27-8-1994, p. 24); el artículo 5 del Acuerdo de cooperación entre la CE y Sri Lanka, sobre partenariado y desarrollo (*DO L* 85, 19-4-1995, p. 33); o el artículo 5 del Acuerdo de cooperación entre la CE y Vietnam (*DO L* 136, 7-6-1996, p. 29).

¹² Cf. el artículo 34.2 del Acuerdo Euro-Mediterráneo por el que se establece una asociación entre la CE y sus Estados miembros, por una parte, y Marruecos, por otra (*DO L* 70, 18-3-2000, p. 2); con el artículo 33.2 del Acuerdo Euro-Mediterráneo por el que se establece una asociación entre la CE y sus Estados miembros, por una parte, y el Líbano, por otra (*DO L* 143, 30-5-2006, p. 2).

¹³ Entre las controversias registradas ante la Secretaría del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, hasta en el momento de cerrar este trabajo se han presentado más de una veintena de demandas contra alguno de los Estados miembros adheridos a la UE en 2004 ó 2007. Por el contrario, sólo se han interpuesto dos reclamaciones contra el resto de los Estados miembros: cf. *Maffezini c. España* (Caso CIADI n.º ARB/97/17); y *Vattenfall y otros c. Alemania* (Caso CIADI n.º ARB/09/6).

competencia en sede comunitaria se ha avivado. Consciente de los riesgos jurídicos, políticos y económicos que supondría una colisión entre las normas establecidas por el subsistema comunitario y el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras directas, la Comisión abandera distintas iniciativas que persiguen la progresiva comunitarización de esta materia. En cualquier caso, pese a contar con la oposición de algunos Estados miembros como España¹⁴, ya los artículos III-314 y III-315 del fallido Tratado constitucional reconocían como parte de la política comercial común a la competencia en materia de inversiones extranjeras directas¹⁵.

La versión consolidada del TFUE tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa¹⁶ ha conservado esta misma solución normativa en los artículos 206¹⁷ y 207¹⁸ TFUE y, con la entrada en vigor, cabe incorporar la referida materia al conjunto de competencias atribuidas expresamente a la UE. Por lo que respecta a su naturaleza exclusiva o compartida conviene adoptar una posición cautelosa¹⁹ y tomar en consideración que si bien es cierto que la política comercial común ha sido concebida como una competencia exclusiva por el artículo 3.1.e) TFUE, no lo es menos que el artículo 4.2.a) TFUE dispone el carácter compartido de la competencia en materia de mercado interior. Así las cosas, a falta de una interpretación jurisprudencial de tales preceptos que permita determinar con más precisión los confines

¹⁴ Vid. CONV 707/03, 9-5-2003, p. 130.

¹⁵ Vid. DO C 310, 16-12-2004, p. 142.

¹⁶ Versiones consolidadas del TUE y del TFUE, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el DO C 83, 30-03-2010.

¹⁷ Señala el artículo 206 TFUE que mediante «el establecimiento de una unión aduanera de conformidad con los artículos 28 a 32, la Unión contribuirá, en el interés común, 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» (cursiva añadida).

¹⁸ Mientras que el artículo 207 TFUE establece en su primer párrafo que «*La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas*, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. La política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión» (cursiva añadida).

¹⁹ CEYSSENS, J., «Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32 (2005), 259-291, pp. 286-288.

jurídicos de esta competencia, cabe estudiar la práctica que hasta ahora han seguido las instituciones comunitarias y los Estados miembros para valorar el estado actual de las interacciones entre el Derecho comunitario europeo y el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras.

III. LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS EN LA PRÁCTICA RECIENTE

A continuación se examinan diversos expedientes que ilustran la interacción entre el subsistema regional comunitario y el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras directas, distinguiendo si la Comisión ha arbitrado soluciones para conciliar ambos ordenamientos en presencia desde una vertiente relacional o institucional.

1. LAS SOLUCIONES ADOPTADAS *AD EXTRA* DESDE LA VERTIENTE RELACIONAL

En el presente apartado se estudian tres soluciones adoptadas por la Comisión Europea desde la vertiente relacional, a saber: la interpretación conforme y la renegociación de los APPRI celebrados por los Estados miembros con terceros; la enmienda y la denuncia de los APPRI celebrados entre los Estados miembros; y la intervención de la Comisión Europea en los arbitrajes de inversiones.

A) *La interpretación conforme y la renegociación de los APPRI celebrados por los Estados miembros con terceros sujetos*

Las adhesiones de los Estados del Centro y del Este de Europa en 2004 y 2007 han influido decisivamente en la posición mantenida por la CE frente al régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras directas. En primer lugar, desde una perspectiva relacional, la Comisión desplegó una importante actividad diplomática para lograr que los inversores de los Estados Unidos de América (EUA), Canadá y Japón, principalmente, mantuvieran y desarrollaran las inversiones previamente establecidas en los nuevos Estados miembros.

En particular, en el año 2003 los EUA, la Comisión y ciertos Estados²⁰, por aquel entonces en proceso de adhesión a la UE, convinieron un acuerdo político²¹ —denominado a partir de ahora Entendimiento— con el objeto de identificar las materias que, tras la adhesión, podían dar lugar a un conflicto entre el subsistema de integración comunitario y los regímenes de protección de las inversiones estadounidenses establecidos en aquellos Estados mediante APPRI²². El Entendimiento, pese a carecer de valor jurídico para las partes por su condición de acuerdo político, propone un interesante mecanismo de adecuación de estos APPRI al subsistema comunitario que, a elección de las partes, podría perfeccionarse bien mediante su renegociación, o bien interpretando sus disposiciones en consonancia con las nuevas obligaciones asumidas por los Estados miembros en el ámbito de la integración europea.

Debe considerarse que la renegociación del APPRI, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, quedaría reservada a aquellos supuestos de incompatibilidad más importantes. En este sentido, se facultó a los nuevos Estados miembros para que pudieran renegociar sus APPRI con los EUA de conformidad con sus obligaciones comunitarias, incorporando cláusulas que les permitieran, por ejemplo, establecer requisitos de desempeño en ciertos ámbitos²³; imponer restricciones a las obligaciones de TN y de NMF derivadas de su pertenencia a una organización de integración comercial²⁴;

²⁰ Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa y Rumania.

²¹ En sus disposiciones finales se recoge el siguiente enunciado, a todas luces clarificador de su naturaleza jurídica: «This Understanding constitutes a political arrangement reflecting the Participants' intentions with regard to the matters it addresses and is not an agreement binding under international law».

²² El texto completo del Entendimiento, firmado el 22-9-2003, puede consultarse en la página web del Departamento de Estado de los EUA: *vid.* www.state.gov/s/l/2003/44366.htm. Durante el año 2004 también se iniciaron negociaciones para proceder a la enmienda de los APPRI celebrados por Canadá con Eslovaquia, Hungría, Letonia, Polonia, República Checa y Rumania: *vid. Investment Law and Policy Weekly News Bulletin (13-10-2004)*, en www.iisd.org/investment. En mayo de 2009 culminaron parte de estas negociaciones y los nuevos APPRI con Letonia, República Checa y Rumania pueden revisarse en la siguiente dirección www.international.gc.ca.

²³ Señala el Anexo C del Entendimiento: «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 (...); or (b) in the audiovisual sector (...).».

²⁴ Según el Anexo E del Entendimiento: «The Parties acknowledge that the terms of the customs union or free trade area exception found at Article [] apply to all obligations of a

y adoptar medidas proteccionistas contrarias al principio de TN en determinados sectores sensibles como la agricultura, la pesca, los hidrocarburos, los servicios financieros o el transporte²⁵.

Interesa resaltar que el Entendimiento también convino en su Anexo F un mecanismo de consultas que, siguiendo un modelo similar al plasmado por algunos recientes APPRI españoles²⁶, faculta a las partes para mantener contactos diplomáticos cuando surjan problemas relacionados con la aplicación o la interpretación del APPRI. Asimismo, en su Anexo G, el Entendimiento recogió una interpretación del antiguo artículo 48 TCE efectuada por parte de la Comisión, con el objeto de despejar cualquier incertidumbre que suscitara a los inversores estadounidenses la eficacia jurídica de dicho precepto en el ordenamiento comunitario.

Por el contrario, no se llegó a acuerdo alguno acerca del alcance del principio de libre transferencia de capitales proclamado por los APPRI, que como se estudia *infra* podría exceptuarse en sede comunitaria mediante la actuación normativa del Consejo. Mantener dicho principio sin fisuras resulta una cuestión muy sensible para los EUA, por lo que no debe sorprender que no se alcanzara un acuerdo definitivo y satisfactorio para ambas partes. Por tanto, de adoptarse medidas restrictivas por parte del Consejo sobre las transferencias de capitales relacionadas con inversiones

Party by virtue of its membership in an economic integration agreement that includes a free trade area or customs union (...), including obligations owed to nationals or companies of any third country».

²⁵ En virtud del Anexo D del Entendimiento: «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; Fisheries; Hydrocarbons; Subsidies; Transport (...).».

²⁶ *Vid.* el Artículo 12.1 del APPRI con Macedonia (*BOE* 19-2-2007); el Artículo 12 del APPRI con Colombia (*BOE* 12-9-2007); o el Artículo 13 del APPRI con China (*BOE* 8-7-2008). Puede consultarse la serie de publicaciones efectuadas en la *Revista Española de Derecho Internacional* por PASCUAL VIVES, F.J., «Los Acuerdos sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones celebrados por España con Moldavia y Macedonia: nuevas tendencias en la política española convencional de promoción y protección recíproca de las inversiones», vol. LIX, n.º 1 (2007), 389-393; «El Acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones celebrado por España y Colombia: la consolidación de una nueva generación de acuerdos en la política convencional española de promoción y protección recíproca de las inversiones», vol. LIX, n.º 2 (2007), 834-838; y «La profundización en las relaciones bilaterales entre España y China a través del nuevo Acuerdo para la promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras», vol. LXI, n.º 1 (2009), 305-311.

estadounidenses, los Estados miembros quedarían ante la incómoda tesitura bien de aplicar la legislación comunitaria aun a expensas de violentar sus compromisos bilaterales con los EUA, o bien de permitir las transferencias de capitales libremente y exponerse a la apertura de un procedimiento de infracción por parte de la Comisión Europea.

La posición mantenida por la Comisión durante la negociación del Entendimiento confirma que esta institución ha decidido participar activamente, desde el plano relacional, en la definición de la política de protección de las inversiones extranjeras directas, más allá de sus funciones institucionales como entidad encargada de controlar el cumplimiento del Derecho comunitario. No es de extrañar así que, considerando el protagonismo de los principios de buena fe y relatividad de los tratados en sede relacional, la Comisión haya adoptado una aproximación conservadora y respetuosa con la continuidad de los compromisos internacionales previamente celebrados por los Estados miembros. Si bien no es menos cierto que, al reservarse la facultad para iniciar un procedimiento de infracción, la Comisión también ha salvado el papel del polo de la integración y ha sentado las bases jurídicas para una eventual actuación desde una vertiente institucional.

B) *La enmienda y la denuncia de los APPRI celebrados entre los estados miembros*

Otra circunstancia que, desde el plano relacional, evidencia el protagonismo asumido por la Comisión tiene que ver con el debate suscitado en torno a los APPRI intracomunitarios, es decir, aquellos celebrados por dos Estados miembros antes de su adhesión a la UE. Estos acuerdos se han generalizado a partir del año 2004, pues hasta ese momento sólo Alemania había celebrado un par de APPRI con Grecia y Portugal²⁷. En nuestros días, tras las adhesiones de 2004 y 2007, coexisten 191 APPRI intracomunitarios. En el caso de España, por ejemplo, se han celebrado APPRI con todos los nuevos socios, salvo Malta y Chipre²⁸.

La proliferación de estos acuerdos ha generado varios interrogantes, desde la perspectiva de las interacciones entre el DI y el ordenamiento de

²⁷ Vid. el texto del APPRI de 27-3-1961 celebrado entre Alemania y Grecia; y del APPRI de 16-9-1980 celebrado entre Alemania y Portugal, en www.unctadxi.org.

²⁸ Por orden de publicación, *vid.* los APPRI celebrados por España con: República Checa (*BOE* 7-2-1992); Eslovaquia (*BOE* 7-2-1992); Hungría (*BOE* 9-9-1992); Polonia (*BOE* 4-6-1993); Rumania (*BOE* 23-11-1995); Lituania (*BOE* 25-1-1996); Letonia (*BOE* 5-6-1997); Bulgaria (*BOE* 16-6-1998); Estonia (*BOE* 15-7-1998); y Eslovenia (*BOE* 15-5-2000).

la UE. En primer lugar cabe preguntarse si los APPRI intracomunitarios siguen en vigor tras la adhesión. Y, en segundo lugar, conviene reflexionar acerca de la compatibilidad entre las obligaciones internacionales establecidas en tales APPRI y las obligaciones comunitarias asumidas por los Estados miembros tras la adhesión.

Con relación a la primera cuestión planteada, los APPRI intracomunitarios son acuerdos internacionales celebrados entre dos Estados miembros antes de la adhesión y sobre una materia que no ha sido comunitarizada por completo. Por consiguiente, siguiendo la doctrina sedimentada por el *Caso Exportur*²⁹, tales compromisos mantienen su vigencia tras la adhesión, sin perjuicio de que una progresiva comunitarización de la competencia erosione su aplicación por los Estados miembros, hasta el punto de hacerles considerar su enmienda o su denuncia en virtud del principio de cooperación leal.

Desde nuestro punto de vista no resulta aplicable a este supuesto el artículo 59 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*BOE* 13-6-1980), que dispone la terminación de un tratado internacional como consecuencia de la celebración de otro posterior relativo a la misma materia, puesto que los Tratados constitutivos no regulan exactamente la misma materia que los APPRI, ni consta que fuera aquella la intención de las partes en el momento de la adhesión³⁰.

Incluso una vez en vigor el Tratado de Lisboa, tampoco creemos que los Estados miembros pueden solicitar la terminación automática de los APPRI intracomunitarios invocando aquel precepto³¹, sobretodo por el ré-

²⁹ Señala este asunto que «las disposiciones de un Convenio, celebrado después del 1 de enero de 1958 por un Estado miembro con otro Estado, no podían, a partir de la adhesión de ese segundo Estado a la Comunidad, aplicarse en las relaciones entre esos Estados si dichas disposiciones resultan ser contrarias a las normas del Tratado»: *vid.* STJCE 10 de noviembre 1992, *Exportur c. LOR y Confiserie du Tech*, C-3/91, *Rec.*, p. I-5529, apdo. 8 (cursiva añadida).

³⁰ Durante los trabajos preparatorios del Convenio de Viena de 1969, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) siempre sostuvo que este precepto debería ser aplicable cuando se perfeccionara bien un elemento material (incompatibilidad total o parcial entre ambos tratados), o bien un elemento subjetivo (que las partes en ambos tratados hubieran manifestado inequívocamente su intención de suspender o terminar el primer tratado): *vid.* *Anuario CDI*, 1966-I (1ª parte), pp. 56-59; *Anuario CDI*, 1966-I (2ª parte), p. 339; y *Anuario CDI*, 1966-II, p. 35, párr. 7. Esta posición no fue discutida en la posterior Conferencia de Viena: cf. «Documents de la Conférence des Nations Unies sur le Droit des Traités», *A/CONF.39/11/Add. 2*, pp. 78 y 194-195.

³¹ Por idénticas razones no compartimos las tesis de quienes manifiestan que los APPRI intracomunitarios se celebraron como un complemento a la política europea de preadhesión

gimen reforzado de protección de las inversiones que suelen disponer estos compromisos bilaterales, así como por las repercusiones negativas que tal comportamiento podría generar para la seguridad jurídica de los inversores y las inversiones extranjeras. En efecto, la denuncia de los APPRI no suele afectar a las inversiones extranjeras establecidas previamente en el Estado receptor que, por regla general, permanecen protegidas tras la denuncia durante un periodo temporal previsto en propio acuerdo³².

Lo cierto es que, atendiendo a las razones que venimos apuntando, la terminación de los actuales APPRI intracomunitarios no puede despacharse vertiginosamente³³ sino que, por el contrario, debe plantearse con sosiego y resolverse de manera coordinada por todos los Estados miembros. Interesa poner de relieve que durante el año 2008 se produjeron algunos avances al respecto, sobretudo por parte aquellos Estados miembros que con más intensidad están sufriendo las consecuencias de los arbitrajes de inversiones. En este sentido, la República Checa inició los trámites oportunos para denunciar 23 APPRI intracomunitarios y Hungría solicitó la denuncia de su APPRI con Italia³⁴.

En cualquier caso, todo parece indicar que la progresiva terminación de los APPRI intracomunitarios abre las puertas de un periodo transitorio no exento de problemas jurídicos. Una etapa donde los Estados miembros, *ad intra*, se vean obligados a transferir parte de su competencia en materia de inversiones extranjeras directas la hacia la UE y, *ad extra*, deban seguir atendiendo durante cierto tiempo todas las reclamaciones basadas en el incumplimiento de las obligaciones previstas por aquellos APPRI ya denunciados.

y, por tanto, deberían considerarse como obsoletos una vez terminados los acuerdos europeos de asociación que sirvieron para articular aquella política. En este sentido: *vid.* POULAIN, B., «Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union Européenne», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. CXI (2007), 803-828, pp. 811-820.

³² En el caso de los APPRI españoles se han previsto mayoritariamente periodos de diez y quince años. Así, por ejemplo, los APPRI con Rusia (*BOE* 17-12-1991), Argelia (*BOE* 8-3-1996), Venezuela (*BOE* 13-10-1997), Ecuador (*BOE* 10-4-1998), Costa Rica (*BOE* 17-7-1999), Bolivia (*BOE* 16-10-2002) o México (*BOE* 3-4-2008 y corr. err. 19-5-2008) establecen un periodo de diez años. Mientras que los APPRI con Perú (*BOE* 8-3-1996 y corr. err. 29-6-1996) y Marruecos (*BOE* 11-4-2005) disponen un periodo de quince años.

³³ SÖDERLUND, Ch., «Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty», *Journal of International Arbitration*, vol. 24 (2007), 455-468, pp. 467-468.

³⁴ UNCTAD, *Recent Developments in International Investment Agreements (2008-June 2009)*, United Nations Publications, New York/Geneva 2009, p. 5.

En efecto, la compatibilidad material entre las obligaciones establecidas por el régimen internacional y el subsistema comunitario ya se ha planteado en varios arbitrajes de inversiones, donde se denuncian incumplimientos de la obligación internacional de protección por parte de algunos Estados miembros, como consecuencia de los cambios normativos realizados por estos sujetos para adecuar su ordenamiento interno al acervo del subsistema comunitario en materias como el mercado interior³⁵, la política de transportes³⁶ o la lucha contra la corrupción³⁷.

Sin lugar a dudas, el *Caso Eastern Sugar* constituye el precedente más importante dictado hasta la fecha³⁸. El Tribunal arbitral constituido para resolver esta controversia en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo se pronunció abiertamente sobre la vigencia y los efectos del APPRI intracomunitario celebrado entre Holanda y la República Checa. Resulta muy interesante la lectura de sendas comunicaciones de la Comisión dirigidas al Gobierno checo y recogidas expresamente en el laudo, de las que se concluye que esta institución consideraba terminados los APPRI intracomunitarios tras la adhesión de los nuevos Estados miembros y, en todo caso, aconsejaba su denuncia para, entre otras consecuencias, evitar discriminaciones entre los inversores que operan en el mercado comunitario, descartar la generalización del *forum shopping*, así como para proteger el monopolio jurisdiccional del TJUE³⁹.

³⁵ *Cargill c. Polonia* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/04/2, Laudo no publicado 3-2008); y *Rompetrol c. Rumania* (Caso CIADI n.º ARB/06/3, Decisión sobre las objeciones preliminares de competencia y admisibilidad 18-4-2008). Puede accederse al texto de todos los laudos arbitrales citados en el presente trabajo desde la página web del CIADI <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, así como en <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm> (consultadas el 26-6-2009).

³⁶ *ADC c. Hungría* (Caso CIADI n.º ARB/03/16, Laudo 2-10-2006).

³⁷ *Micula y otros c. Rumania* (Caso CIADI n.º ARB/05/20, Decisión sobre competencia 24-9-2008).

³⁸ En este litigio una empresa constituida en Holanda solicitaba que se declarase que la República Checa había incumplido la obligación de concederle un trato justo y equitativo, prevista en el APPRI de 29-4-1991 celebrado entre Holanda y la República Checa. En su defensa, dicho Estado miembro alegó que las disposiciones normativas que presuntamente habían causado el perjuicio a la empresa demandante, se habían adoptado con el objeto de adecuar el derecho interno al ordenamiento comunitario. Asimismo, la República Checa afirmó que, desde su adhesión a la UE en mayo de 2004, el APPRI celebrado con Holanda debía entenderse como terminado: *vid. Eastern Sugar c. República Checa* (Caso CCE n.º 88/2004, Laudo parcial 27-3-2007, párs. 97-108).

³⁹ *Ibid.*, párs. 119 y 126.

El Tribunal arbitral no atendió los argumentos presentados por la República Checa, entre los que figuraba la terminación del APPRI intracomunitario⁴⁰, y concluyó la existencia de una violación por parte de dicho Estado miembro. Respecto a la vigencia del APPRI controvertido, el Tribunal no vaciló en admitirla y asimismo declaró que de existir una incompatibilidad entre este acuerdo y el Derecho originario, la Comisión o los Estados miembros habrían iniciado, desde el ámbito institucional, procedimientos por incumplimiento contra la República Checa y Holanda⁴¹. Además, en este litigio se puso de relieve el delicado equilibrio que deben mantener los órganos arbitrales a la hora de valorar la conformidad con el régimen internacional de las disposiciones normativas nacionales impugnadas, evitando cualquier pronunciamiento relativo a la adecuación de tales medidas al Derecho de la UE; una tarea esta última que le corresponde en exclusiva al TJUE⁴².

Como consecuencia del escaso éxito que tuvieron las alegaciones presentadas por el Gobierno checo en el *Caso Eastern Sugar*, la Comisión ha decidido adoptar una posición más activa en los recientes arbitrajes de inversiones relacionados con los APPRI intracomunitarios y así ha solicitado obtener el estatuto de *amicus curiae*; un atributo que ya ha sido reconocido en diversos sectores del DI económico⁴³.

C) *La intervención de la Comisión Europea en los arbitrajes de inversiones*

En los últimos años, algunos órganos arbitrales creados en el seno del CIADI vienen otorgando esta condición de *amicus curiae* de manera discrecional a ciertos actores internacionales ajenos a las partes⁴⁴, principalmente

⁴⁰ *Ibid*, párs. 123-125.

⁴¹ El Tribunal arbitral no entró a valorar si existía dicha incompatibilidad y tan sólo manifestó su incompetencia para dirimir tal expediente: *Ibid*, párs. 120-122.

⁴² *Ibid*, párs. 220-221.

⁴³ DE LA CRUZ IGLESIAS, L., «Las comunicaciones *amicus curiae* en el Mecanismo de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio: el asunto amianto», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, n.º 1 (2002), 159-179, pp. 167-178; y NISSER, C. y BLANKE, G., «ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings—An Explanatory Note», *European Business Law Review* (2008), 193-216.

⁴⁴ En el ámbito del CIADI destacan los siguientes litigios: *vid. Aguas de Barcelona III c. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de trans-

organizaciones no gubernamentales y asociaciones civiles, con el objeto de permitirles la presentación de documentos que posean una clara conexión con el objeto del caso⁴⁵. Como en la mayoría de los arbitrajes relacionados con los APPRI intracomunitarios la violación alegada nace de una decisión de las autoridades nacionales, adoptada para aplicar el Derecho comunitario europeo, parece razonable e incluso necesario que, dentro de los límites impuestos por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) (*BOE* 13-9-1994), se permita intervenir a la Comisión en estos procedimientos en calidad de *amicus curiae*, especialmente cuando se debatan normas comunitarias como parte del derecho aplicable en el Estado receptor.

En particular, la Comisión ha solicitado participar en calidad de *amicus curiae* de conformidad con la Regla de arbitraje 37.2 del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en una serie de arbitrajes de inversiones que afectan a Estados miembros re-

parencia y participación en calidad de *amicus curiae* 19-5-2005, párs. 18-29); *Aguas de Barcelona I c. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae* 17-3-2006, párs. 18-28); *Biwater Gauff c. Tanzania* (Caso CIADI n.º ARB/05/22, Auto procesal n.º 5 de 2-2-2007, párs. 51-55); y *Piero Foresti, Laura de Carli y otros c. Sudáfrica* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/07/1, Comunicación de la Secretaría del Tribunal sobre la petición para participar como partes no contendientes de 5-9-2009). No obstante, esta práctica se inició en el seno del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, más en particular, en las siguientes controversias: *vid. Methanex c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de terceros de intervenir como *amicus curiae* de 15-1-2001); *United Parcel Service c. Canadá* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de intervención y participación como *amicus curiae* de 17-10-2001); *Glamis Gold c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI, Decisión sobre la solicitud presentada por la tribu india Quechan de 19-9-2005); y *Merrill & Ring Forestry c. Canadá* (Caso CNUDMI, Carta de 31-7-2008).

⁴⁵ Algunos precedentes arbitrales, si bien de manera excepcional y con bastantes cautelas, también han permitido participar a los *amicus curiae* en la fase oral del procedimiento y acceder a ciertos documentos procesales: cf. *United Parcel...* (Caso CNUDMI, Directrices procesales de 4-4-2003, pág. 14); *Aguas de Barcelona III...* (Caso CIADI n.º ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* 19-5-2005, párs. 6-7); *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI n.º ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae* 17-3-2006, párs. 7-8); *Aguas de Barcelona III...* (Caso CIADI n.º ARB/03/19, Resolución en respuesta a la solicitud de autorización de cinco organizaciones no gubernamentales para realizar una presentación en calidad de *amicus curiae* 12-2-2007, párs. 23-25); y *Piero Foresti...* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/07/1, Comunicación de la Secretaría del Tribunal sobre la petición para participar como partes no contendientes de 5-9-2009).

cientemente adheridos: el *Caso Micula*, el *Caso Electrabel* y el *Caso AES Summit*. Tales controversias se refieren a un eventual incumplimiento de las disposiciones previstas por el Tratado de la Carta de la Energía (BOE 17-5-1995) por parte de Hungría⁴⁶, así como del APPRI celebrado entre Suecia y Rumania por parte de las autoridades de este último Estado⁴⁷. La Comisión Europea ha solicitado concurrir como *amicus curiae* para informar a los tribunales arbitrales correspondientes sobre el alcance de las normas comunitarias discutidas en tales procedimientos, pues las medidas nacionales controvertidas (y que supuestamente violan referidos los compromisos internacionales) se decretaron por ambos Estados en cumplimiento de sus obligaciones comunitarias.

Pese a la confidencialidad que envuelve a los tres arbitrajes señalados, en el momento de cerrar este trabajo se puede constatar que la petición efectuada por la Comisión fue aceptada en el *Caso AES Summit*, si bien el auto a través del que se admitió todavía no se ha hecho público⁴⁸ e incluso que aquella institución ya habría presentado sus observaciones por escrito el 15-1-2009 ante el órgano arbitral⁴⁹. Según ha trascendido a través de canales oficiosos, en este último litigio la Comisión Europea no sólo habría solicitado presentar alegaciones jurídicas sobre el fondo, sino que también habría intentado impugnar parcialmente su competencia. Esta última pretensión habría sido rechazada de plano por el Tribunal, quien simplemente habría autorizado a la Comisión a presentar un escrito donde se expusieran las relaciones jurídicas entre el Derecho comunitario europeo y el Tratado de la Carta de la Energía⁵⁰.

No debe sorprender que la Comisión Europea solicitara intervenir en estas controversias como *amicus curiae*, sobretudo si se consideran los intereses económicos y jurídicos en presencia y también que esta institución no ha sido ajena al empleo de dicho estatuto procesal en otros ámbitos tanto *ad intra* como *ad extra*⁵¹. Así, por ejemplo, en virtud del artículo 15.3 del

⁴⁶ *Electrabel c. Hungría* (Caso CIADI n.º ARB/07/19, petición de intervención efectuada por la Comisión el 3-9-2008); y *AES Summit Generation c. Hungría* (Caso CIADI n.º ARB/07/22, petición de intervención efectuada por la Comisión el 3-9-2008).

⁴⁷ *Micula...* (Caso CIADI n.º ARB/05/20, petición de intervención efectuada por la Comisión el 20-7-2009). Dicho APPRI entre Suecia y Rumania fue celebrado el 29-5-2002.

⁴⁸ *AES Summit...* (Caso CIADI n.º ARB/07/22, Auto procesal n.º 3 de 26-11-2008).

⁴⁹ *Vid.* www.encharter.org.

⁵⁰ *Vid.* <http://kluwerarbitrationblog.com>.

⁵¹ NISSER, C. y BLANKE, G., «Reflections on the Role of the European Commission as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings», *European Competition Law Review*, vol. 27 (2006), 174-183, pp. 175-179.

Reglamento n.º 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 TFUE⁵², tal y como ha reconocido el propio TJUE⁵³, la Comisión puede presentar observaciones escritas y verbales ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, cuando estos últimos dirimen asuntos en los que resulta de aplicación el Derecho comunitario europeo de la competencia⁵⁴. En la esfera internacional, asimismo, la UE ha invocado tal estatuto de *amicus curiae* ante el Tribunal Supremo de los EUA en varias ocasiones. Por ejemplo, con el objeto de presentar alegaciones en cuestiones relacionadas con la protección de los derechos humanos en el *Caso Sosa v. Álvarez-Machain*, relativo a la competencia de los tribunales estadounidenses para enjuiciar a individuos que hubieran sido introducidos por la fuerza en el territorio de los Estados Unidos⁵⁵; y en el *Caso Roper v. Simmons*, donde se dirimió la inconstitucionalidad de la pena capital por los delitos cometidos a una edad inferior a dieciocho años⁵⁶. Y también en aquellos casos de naturaleza eminentemente comercial⁵⁷, como el suscitado entre las empresas *Intel v. Advanced Micro Devices*.

Toda esta diversa práctica que ha venido desarrollando la Comisión⁵⁸ debería allanar su participación como *amicus curiae* en los arbitrajes de in-

⁵² Vid. DO L 1, 4-1-2003, p. 1.

⁵³ La naturaleza de esta intervención, al menos por lo que respecta a la presentación de observaciones escritas, ha sido confirmada por el TJUE al interpretar que el Artículo 15.3 del Reglamento «(...) autoriza a la Comisión a presentar por propia iniciativa observaciones escritas a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conoce de un litigio relativo a la posibilidad de deducir de la base imponible de una empresa una multa, o parte de ésta, impuesta por una decisión de la Comisión por la vulneración de los artículos 81 y 82 del Tratado»: vid. STJCE 11-6-2009, *Inspecteur van de Belastingdienst y X*, C-429/07, párs. 30-39 (DO C 180, 1-8-2009, p. 5).

⁵⁴ Vid. «Avis de la Commission Européenne suite à la demande de la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire 2004/MR/8, Wallonie Expo c. Febiac», D(2005)/PYA/CG; «Avis de la Commission Européenne suite à la demande de la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire 2004/MR/7, Sabam c. Productions et Marketing», D(2005)/C2/AA/LVP; «Avis de la Commission Européenne suite à la demande de la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire 2004/MR/6, Laurent Emmond c. Brasserie Haacht», COMP/A4/EDS D (2005); y «Opinion of the European Commission in Application of Article 15.1 of Council Regulation 1/2003 before the Supreme Administrative Court of Lithuania (Case No. A502-337/2008)».

⁵⁵ *United States Supreme Court Reports*, vol. 542 (2004), p. 692.

⁵⁶ *United States Supreme Court Reports*, vol. 543 (2005), p. 551.

⁵⁷ *United States Supreme Court Reports*, vol. 542 (2004), p. 241.

⁵⁸ RYNGAERT, C., «The European Commission's *Amicus Curiae* Brief in the *Álvarez-Machain* Case», *International Law Forum du droit international*, vol. 6, n.º 2 (2004),

versiones, sobretodo si consideramos que, tras la progresiva comunitarización de la competencia sobre las inversiones extranjeras directas que se debe producir con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dicha institución es responsable de velar por el interés comunitario también sobre esta materia.

En tanto que la UE no sea parte del Convenio CIADI, la concesión del estatuto de *amicus curiae* se presenta como una fórmula intermedia que permitiría hacer permeable el principio de cooperación leal en un sector de carácter eminentemente relacional, donde prevalece la soberanía de los Estados. No puede descartarse que con motivo del *Caso Vattenfall*, donde Alemania ha sido demandada ante un Tribunal arbitral creado en el seno del CIADI por unos inversores extranjeros —entre los que se encuentra una empresa pública controlada por el Estado sueco—, este mecanismo de participación de la Comisión conozca nuevos desarrollos, siempre que dicho procedimiento arbitral iniciado el 30-3-2009 se reanude⁵⁹.

Ahora bien, esta solución sólo resuelve parcialmente los problemas derivados de un arbitraje de inversiones relativo a un APPRI intracomunitario. En efecto, si dicha controversia fuera planteada ante un órgano judicial interno en el Estado miembro receptor de la inversión, se podrían presentar nuevos interrogantes jurídicos. Las autoridades nacionales, apelando al deber de los Estados miembros de cumplir con el Derecho comunitario, podrían solicitar al juez interno competente la presentación de una cuestión prejudicial ante el TJUE con el objeto de que esta institución comunitaria dirimiera si la norma nacional, que presuntamente conculca los derechos de un inversor extranjero, se ajusta a los parámetros del subsistema regional comunitario. Al adoptar esta posición, en el bien entendido de que sería el juez nacional quien debería decidir si cabe remitir la cuestión prejudicial al TJUE, el Estado miembro podría dilatar y/o paralizar el procedimiento, así como dificultar un posterior arbitraje de inversiones⁶⁰.

55-60, pp. 58-59; y WRIGHT, K., «European Commission Interventions as *Amicus Curiae* in National Competition Cases: The Preliminary Reference in X BV», *European Competition Law Review*, vol. 30 (2009), 309-313, p. 313.

⁵⁹ *Vattenfall...* (Caso CIADI n.º ARB/09/6, Solicitud de demanda 30-3-2009). Conviene advertir que las partes en esta controversia llegaron a un acuerdo el 15-3-2010 para suspender el procedimiento, tal y como figura en la página web del CIADI <http://icsid.worldbank.org>.

⁶⁰ Pese al carácter confidencial de ambos procedimientos, tenemos constancia de que los Gobiernos de la República Checa, en el *Caso Binder*, y Polonia, en el *Caso Vivendi*, podrían haber solicitado a sus órganos jurisdiccionales nacionales el recurso a esta opción prejudicial, respectivamente: *vid.* www.iareporter.com/Archive/IAR-07-01-08.pdf; y <http://kluweraarbitrationblog.com/blog>.

Por todo ello debe concluirse que los citados mecanismos resultan insuficientes para hacer compatible la interacción entre el subsistema comunitario y el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras directas. Se ha hecho necesaria la intervención de la Comisión desde el sector de la integración, aunque gran parte de la competencia sobre la materia todavía sea ejercida por los Estados miembros.

2. LAS SOLUCIONES ADOPTADAS *AD INTRA* DESDE LA VERTIENTE INSTITUCIONAL

Sólo unos días después de que se produjera la adhesión de diez nuevos Estados en mayo de 2004, la Comisión reaccionó desde el ámbito institucional a propósito de las relaciones entre el subsistema comunitario y el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras directas. En efecto, esta institución inició varios procedimientos de infracción contra Austria, Suecia, Finlandia y Dinamarca, pues consideraba que algunos APPRI celebrados por estos Estados miembros con terceros podían coartar la capacidad que los artículos 57.2, 59 y 60.1 TCE⁶¹ le atribuirían al Consejo para establecer límites a la libre transferencia de capitales desde los Estados miembros hacia terceros Estados⁶². En tales procedimientos la Comisión alegó, adicionalmente, que los Estados miembros no habían cumplido con la obligación de adecuar sus compromisos bilaterales al Derecho originario *ex* artículo 307.2 TCE⁶³.

⁶¹ Los actuales artículos 64.2, 66 y 75 TFUE.

⁶² *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, «Libre circulación de capitales: procedimientos de infracción contra Dinamarca, Austria, Finlandia y Suecia relativos a los tratados bilaterales de inversión con países no pertenecientes a la UE», *IP/04/618*, 10-5-2004. En el mismo sentido puede consultarse, por ejemplo, el contenido de la demanda (*JURM (2006) 10009*, 3-5-2006, párs. 23-24) y la réplica (*JURM (2006) 10045*, 11-10-2006, párs. 17-22) de la Comisión durante la fase contenciosa del procedimiento por incumplimiento contra Austria.

⁶³ El artículo 307 TCE establecía que «las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros, por otra. *En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común*» (cursiva añadida). El tenor de este precepto ha sido reproducido en el artículo 351 TFUE.

Aunque en la trastienda de estos litigios se encontraba el debate sobre el alcance de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas, la Comisión descartó presentar este argumento en sede jurisdiccional. El planteamiento de la Comisión resulta comprensible, sobre todo si consideramos que el TJUE ha mantenido una interpretación progresista en todo lo que atañe al reconocimiento de las libertades comunitarias⁶⁴, pero no así a la hora de interpretar la dimensión exterior de la competencia en materia de política comercial común⁶⁵. Tres de los cuatro procedimientos de infracción iniciados llegaron a la fase contenciosa y, en el momento de cerrar este trabajo, todos ellos ya han sido enjuiciados. Por el contrario, Dinamarca procedió a denunciar y renegociar su APPRI con Indonesia, precisamente aquel que la Comisión consideraba contrario al ordenamiento comunitario⁶⁶ y, por tanto, no fue necesario continuar el procedimiento de infracción.

Así las cosas, dedicaremos las siguientes líneas al análisis de los precedentes relativos a Austria, Suecia y Finlandia⁶⁷. Estos tres Estados miembros trataron de justificar su actuación y eludir la responsabilidad apelando al carácter presunto y eventual de la violación que se les imputaba. Todos los Estados miembros intervinientes en el procedimiento, como partes o coadyuvantes⁶⁸, coincidieron en que no podía atribuirse responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario a Austria, Suecia y Finlandia por dos razones.

En primer lugar, porque el Consejo no había dictado efectivamente ninguna de las medidas restrictivas de la libre transferencia de capitales que los APPRI celebrados por estos Estados permitían soslayar⁶⁹. En este senti-

⁶⁴ PASCUAL VIVES, F.J., *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2009, pp. 198-207.

⁶⁵ *Supra*, nota 4.

⁶⁶ El Artículo III del APPRI de 30-1-1968 celebrado entre Dinamarca e Indonesia disponía la concesión del trato de NMF a las inversiones extranjeras, sin prever las repercusiones derivadas de la pertenencia de Dinamarca a la UE.

⁶⁷ Al tratarse de tres decisiones prácticamente idénticas, salvo cuando pudiera destacarse alguna diferencia entre ellas, sólo se cita oficialmente el *Caso de los APPRI austriacos* (C-205/06) y, entre paréntesis, se indica el apartado correspondiente del *Caso de los APPRI suecos* (C-249/06) y el *Caso de los APPRI finlandeses* (C-118/07).

⁶⁸ En el *Caso de los APPRI austriacos* participaron como coadyuvantes Alemania, Lituania, Hungría y Finlandia; en el *Caso de los APPRI suecos* también lo hicieron estos tres últimos Estados miembros; mientras que en el *Caso de los APPRI finlandeses* participaron Alemania, Lituania, Hungría y Austria.

⁶⁹ STJCE 3 de marzo 2009, *Comisión c. Austria*, C-205/06, *cit.*, apdos. 18-23 (cf. C-249/06, apdos. 17-24; y C-118/07, apdo. 16).

do, no existía más que un riesgo potencial de que, ante el ejercicio de esta actividad normativa por parte del Consejo, los Estados miembros incumplieran sus obligaciones comunitarias al estar compelidos por los APPRI a garantizar la transferencia de capitales sin excepción alguna. Y, en segundo lugar, porque ante el advenimiento de este escenario, los Estados miembros podían resolver⁷⁰ cualquier inconsistencia entre el subsistema comunitario y los acuerdos bilaterales empleando algunas instituciones del Derecho de los Tratados tales como la denuncia, la enmienda⁷¹ o simplemente la suspensión del APPRI por razón de un cambio fundamental de las circunstancias⁷².

Los argumentos de los Estados miembros no conmovieron en exceso al TJUE, quien en los últimos años ha definido la obligación prevista por el artículo 307.2 TCE como un mandato de resultado⁷³, que obliga a adoptar todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades⁷⁴ existentes entre las obligaciones internacionales anteriores que vinculan a los Estados miembros y el Derecho comunitario europeo. En particular, correspondería a los Estados miembros instar la enmienda del acuerdo controvertido y, cuando se encuentren con dificultades que hacen imposible la modificación de un Acuerdo, le(s) incumbe denunciarlo⁷⁵, siempre que la referida incompatibilidad fuera suficientemente clara⁷⁶.

En esta línea de principio, el TJUE exigió que Austria, Suecia y Finlandia adoptaran medidas concretas tendentes a eliminar cualquier incom-

⁷⁰ Díez-Hochleitner Rodríguez, J., *La posición del Derecho Internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid 1998, pp. 190-193.

⁷¹ Austria, por ejemplo, se había comprometido a introducir una cláusula que permitiera exceptuar las obligaciones recíprocas bilaterales por razón de su pertenencia a la UE, pero sólo en aquellos APPRI que fuera celebrando a partir del año 2005: *vid. JURM (2006) 10009*, 3-5-2006, p. 20; y *JURM (2006) 10045*, 11-10-2006, párs. 29-34.

⁷² STJCE 3 de marzo 2009, *Comisión c. Austria*, C-205/06, *cit.*, apdo. 7 (cf. asunto C-118/07, apdo. 17).

⁷³ Conclusiones AG Maduro 10 de Julio 2008, *Comisión c. Austria*, C-205/06, puntos 68 y 70.

⁷⁴ STJCE 2 de Agosto 1993, *Ministère public c. Levy*, C-158/91, *Rec.*, p. I-4287, apdo. 20; STJCE 14 de Septiembre 1999, *Comisión c. Bélgica y Luxemburgo*, C-171/98, C-201/98 y C-202/98, *Rec.*, p. I-5517, apdos. 32-37; y STJCE 18 de Noviembre 2003, *Budvar c. Ammersin*, C-216/01, *Rec.*, p. I-13617, apdos. 169-172.

⁷⁵ STJCE 14 de Septiembre 1999, *Comisión c. Bélgica*, C-170/98, *Rec.*, p. I-5493, apdo. 42; STJCE 4 de Julio 2000, *Comisión c. Portugal*, C-62/98, *Rec.*, p. I-5171, apdo. 49; y STJCE 4 de Julio 2000, *Comisión c. Portugal*, C-84/98, *Rec.*, p. I-5215, apdo. 58.

⁷⁶ STJCE 1 de Febrero 2005, *Comisión c. Austria*, C-203/03, *Rec.*, p. I-935, apdo. 62.

patibilidad, no siendo suficiente que tales Estados manifestaran su intención de denunciar o solicitar la enmienda del APPRI⁷⁷, ante la aparición de un conflicto entre ambos ordenamientos en presencia. Según el TJUE se debían haber puesto en práctica tales soluciones desde el momento de la adhesión, para no privar de efecto útil a los artículos 57.2, 59 y 60.1 TCE⁷⁸, puesto que la posibilidad de recurrir a otros medios ofrecidos por el Derecho internacional como la suspensión del convenio, o incluso la denuncia de los acuerdos de que se trata o de alguna de sus cláusulas es demasiado incierta en sus efectos para garantizar que las medidas adoptadas por el Consejo puedan ser eficazmente aplicadas⁷⁹.

Como se ha señalado *supra*, los APPRI generalmente incorporan una cláusula que permite continuar aplicándolos temporalmente sobre las inversiones extranjeras constituidas con anterioridad a su denuncia⁸⁰. Así, ponderando las distintas opciones barajadas por la jurisprudencia comunitaria, la renegociación del APPRI parece la alternativa más funcional, si bien quedaría por determinar la fórmula que ésta debería adoptar. Los Estados miembros podrían optar por renegociar sus APPRI conforme al Derecho originario, como viene haciendo la República Checa. O bien, sobretodo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, podrían explorarse otras vías técnicamente más complejas, como la renegociación conforme a un modelo uniforme de APPRI comunitario o incluso la renegociación por la UE, en sustitución de los Estados miembros.

Las decisiones que declaran el incumplimiento de Austria, Suecia y Finlandia constituyen importantes precedentes para la materia estudiada. En efecto, con carácter más general el TJUE señaló que la inclusión en los APPRI de cláusulas que restrinjan el alcance de ciertas obligaciones convencionales y reconozcan las particularidades derivadas de la pertenencia

⁷⁷ Tampoco fructificó la posible alegación del cambio fundamental de las circunstancias por parte de los Estados miembros, pues ya el AG Maduro había señalado que esta institución jurídica resulta excepcional y «se aplica en circunstancias muy concretas»: *vid.* Conclusiones AG Maduro 10-7-2008, C-205/06, punto 61; y asunto C-118/07, apdos. 30-35.

⁷⁸ STJCE 3 de Marzo 2009, C-205/06, apdos. 34-37 (cf. C-249/06, apdos. 35-38).

⁷⁹ *Ibid.*, apdo. 40 (cf. C-249/06, apdo. 41; y C-118/07, apdo. 31).

⁸⁰ Como también sucede en la práctica española, este periodo suele oscilar entre los diez y quince años, por ejemplo: *vid.* el Artículo 14 del APPRI de 24-2-1967 celebrado entre Suecia y Senegal; el Artículo 11 del APPRI de 29-10-1983 celebrado entre Suecia y Yemen; el Artículo 8.2 del APPRI de 15-9-1984 celebrado entre Suecia y Túnez; el Artículo 12.4 del APPRI de 12-4-1986 celebrado entre Austria y Malasia; y el Artículo 11.2 del APPRI de 3-9-1991 celebrado entre Austria y Cabo Verde.

de un Estado a la UE puede hacer desaparecer⁸¹ una incompatibilidad como la controvertida en los referidos litigios. La presencia de este tipo de cláusulas en los APPRI se convierte, por lo tanto, en una pieza fundamental para ponderar el grado de cumplimiento de la obligación de resultado consistente en adaptar los compromisos internacionales anteriores al Derecho originario. De no haberla previsto en su política convencional, como sucede en los tres asuntos comentados, el Estado miembro en cuestión quedaría en una situación muy precaria y podría ser sujeto pasivo de un procedimiento de infracción.

En el más reciente *Caso de los APPRI finlandeses*, además, el TJUE descartó que una de las disposiciones previstas por algunos APPRI celebrados por Finlandia con terceros Estados, cuyo contenido establecía la posibilidad de decretar ciertas excepciones de tales regímenes bilaterales⁸², fuera suficiente para eludir el incumplimiento de las obligaciones comunitarias; exigiendo implícitamente, por tanto, la inclusión en los APPRI de cláusulas que excluyan la aplicación del principio de NMF a los Estados que no participan en la UE.

Las cláusulas mencionadas por el TJUE, que Austria se comprometió a introducir progresivamente en su política convencional⁸³, son disposiciones que impiden extender a la contraparte por la vía del TN y de NMF, aquellos beneficios resultantes de la participación de un Estado en una organización de integración. Por lo tanto, estas disposiciones permitirían a un Estado miembro de la UE adoptar medidas de origen comunitario inconsistentes con el tenor de un APPRI, sin que ello generase un hecho internacionalmente ilícito susceptible de ser invocado por su contraparte⁸⁴.

Con referencia al papel que debe desempeñar la Comisión, el TJUE afirmó adicionalmente que le corresponde adoptar cualquier iniciativa que

⁸¹ STJCE 3 de Marzo 2009, C-205/06, *cit.*, apdo. 42.

⁸² Este precepto se reproduce íntegramente en el apdo. 5 de la Sentencia en el *Caso de los APPRI finlandeses*: «Cada Parte contratante garantiza en cualquier circunstancia, dentro de los límites autorizados por sus 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».

⁸³ *Supra*, nota 71.

⁸⁴ *Vid. Anuario CDI, 1978-II (1ª parte)*, párs. 197-228; y UNCTAD, *The REIO Exception in MFN Treatment Clauses*, United Nations Publications, New York/Geneva 2004, pp. 21-27. En la doctrina, por ejemplo, *vid. VIGNES, D.*, «La clause de la nation plus favorisée et sa pratique contemporaine. Problèmes posés par la Communauté Économique Européenne», *Recueil des Cours*, t. 130 (1970), 207-349.

pueda facilitar la asistencia mutua entre los Estados interesados, así como la adopción por dichos Estados de una posición común⁸⁵. Con dicha declaración se impulsa el protagonismo de esta institución, desde la vertiente institucional, reforzando su condición de entidad investida con la facultad de coordinar la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas a través de medidas tales como la *Minimum Platform on Investment*. Esta iniciativa, de la que sólo se tiene noticia como documento preparatorio⁸⁶, establece un conjunto de disposiciones que pueden ser utilizadas como guía o modelo por la Comisión y los Estados miembros en la negociación de acuerdos de asociación y tratados de libre comercio (TLC) con terceros sujetos⁸⁷.

La *Minimum Platform on Investment* pretende, en primer lugar, consolidar el conjunto de preceptos relacionados con la protección de las inversiones extranjeras directas⁸⁸, entre los que figura: el reconocimiento del TN en la fase de acceso y establecimiento de la inversión; la concesión de facilidades para la entrada en el Estado receptor de personal laboral relacionado con la inversión; y la obligación de libre transferencia de capitales⁸⁹. Como principal novedad, la *Minimum Platform on Investment* señala cuatro interesantes propuestas para la negociación de la parte de los acuerdos de asociación y de los TLC relacionada con las inversiones extranjeras directas.

En primer lugar, la Comisión apuesta por una consolidación de la cláusula de NMF en lo que respecta al libre establecimiento, para así evitar que las inversiones de la UE sean discriminadas y obtengan, como mínimo, el mismo trato recibido por los EUA. En segundo término, en línea con los precedentes examinados en este mismo apartado, la Comisión in-

⁸⁵ STJCE 3 de Marzo 2009, C-205/06, *cit.*, apdo. 44 (cf. C-249/06, apdo. 44; y C-118/07, apdo. 35).

⁸⁶ EUROPEAN COMMISSION, «Note for the Attention of the 133 Committee: Upgrading the EU Investment Policy», 30-5-2006. Debe señalarse que el Consejo de la UE ha denegado el acceso a la versión definitiva de esta propuesta (Documento 15375/06), alegando que su difusión perjudicaría la posición de la UE en las negociaciones comerciales presentes y futuras: cf. COUNCIL, *Doc. 10193/09 (Annex)*, 4-6-2009, párs. 5-7.

⁸⁷ Según se desprende de su texto, la *Minimum Platform on Investment* pretende reforzar el contenido de las disposiciones convencionales para así mejorar el nivel de protección de los inversores europeos: *vid.* EUROPEAN COMMISSION, «Note for the Attention...», *loc. cit.*, punto 2.

⁸⁸ MAYDELL, N., «The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence», REINISCH, A. y KNAHR, Ch. (eds.), *International Investment...*, *op. cit.*, 73-92, pp. 75-80.

⁸⁹ EUROPEAN COMMISSION, «Note for the Attention...», *loc. cit.*, pág. 3.a).

terpreta la cláusula de NMF prevista en los acuerdos de asociación y los TLC de manera restrictiva, limitando su alcance a las cuestiones relacionadas con el establecimiento y excluyendo del mismo al arreglo de las controversias⁹⁰. Tercero, se propone que los beneficios concedidos por la UE en los acuerdos celebrados con los Estados balcánicos no puedan extenderse al resto de contrapartes con quienes la UE hubiera celebrado acuerdos de asociación y TLC. En cuarto y último lugar, la Comisión defiende que la puesta en práctica de una política de promoción y protección de las inversiones extranjeras directas no suponga una rebaja de los estándares ambientales⁹¹.

En suma, al calor de las anteriores consideraciones podría concluirse que, a través de los precedentes examinados, el TJUE ha exhortado a todos los Estados miembros para que adecuen sus compromisos internacionales en materia de protección de las inversiones directas al Derecho originario; en el bien entendido de que la Comisión, desde el ámbito de la integración, no sólo tendrá la vía expedita para ejercer contra ellos el recurso por incumplimiento si constata la existencia de incompatibilidades manifiestas, sino también para ejercer su derecho de iniciativa normativa a medida que se consolide su competencia sobre la protección de las inversiones directas en el subsistema comunitario europeo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. Los APPRI han sido concebidos por los Estados miembros en torno a los principios de soberanía y reciprocidad, hecho que dificulta su adecuación en la estructura institucional del ordenamiento internacional. A medida que progresa la comunitarización de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas, se hacen más evidentes algunos problemas de compatibilidad entre los distintos ordenamientos en presencia.

Entre ellos, los Estados miembros quedan obligados a hacer compatibles sus APPRI con el Derecho comunitario europeo y las normas naciona-

⁹⁰ Esta declaración sirve para rechazar expresamente la doctrina asentada en el *Caso Maffezini*. Sobre el alcance de este precedente en el arbitraje de inversiones: cf. FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 13 (2007); y PASCUAL VIVES, F.J., «El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 18 (2009), pp. 23-29.

⁹¹ EUROPEAN COMMISSION, «Note for the Attention...», *loc. cit.*, párs. 3.b.i) y 3.b.ii).

les dictadas para ejecutarlo pero, al mismo tiempo, deben mantener protegidas las inversiones extranjeras directas. La concesión del trato de NMF resulta una característica esencial del régimen internacional establecido por los APPRI, que debe convivir con la necesidad de proteger el conjunto de beneficios jurídicos reconocidos en exclusiva por el subsistema regional de integración comunitario a sus miembros. Asimismo, los Estados miembros no deben servirse de los medios procesales que ofrece la jurisdicción comunitaria para dilatar y paralizar los mecanismos de arreglo de las controversias inversor-Estado.

2. Aunque las interacciones entre los ordenamientos internacional, comunitario e interno no suelen ser pacíficas, e incluso en ciertas ocasiones plantean riesgos para la unidad del DI público, se aprecia una voluntad decidida tanto en la Comisión como en los Estados miembros por establecer fórmulas que permiten mitigar y sortear tal amenaza en el caso que nos ocupa. La Comisión ha adoptado diversas medidas desde una vertiente relacional e institucional, pero todas ellas chocan con la relatividad inherente a sus APPRI y con el escaso desarrollo de la competencia comunitaria sobre la materia. Sin embargo, nos parece que la exigencia en los APPRI celebrados por los Estados miembros de cláusulas que excluyan la aplicación del trato de NMF a los Estados que no son miembros de la UE constituye una solución necesaria, aunque insuficiente, para salvar las eventuales incompatibilidades entre el régimen internacional y el subsistema comunitario. Por esta razón, se hace indispensable que los Estados miembros coordinen su actividad y adopten medidas comunes para superar tales incoherencias.

En este orden de cosas, la mayoría de los Estados miembros ha tratado de compatibilizar razonadamente sus obligaciones internacionales y comunitarias. Por una parte, aquellos Estados de reciente adhesión han renegociado varios APPRI con los EUA y Canadá, para dar confianza así a las inversiones procedentes de Norteamérica. Por otra parte, algunos Estados miembros como la República Checa parecen decantarse por la denuncia de los APPRI intracomunitarios. Una solución que resulta menos ortodoxa desde la perspectiva del DI general, pero que podría adaptarse a las características del subsistema de integración comunitario, dadas las amplias herramientas de coordinación que disponen los Estados miembros en sede institucional.

La solución recetada por la Comisión Europea para ventilar los problemas de compatibilidad entre el subsistema comunitario y el régimen inter-

nacional respeta la coherencia entre los distintos ordenamientos en presencia. El devenir de los APPRI intracomunitarios podría resolverse *ad intra*, conforme a mecanismos y herramientas comunitarias. Mientras que las incompatibilidades aparecidas en los APPRI celebrados con terceros Estados deberían ventilarse *ad extra*, esto es, aplicando las normas generales del DI.

En el caso de España, se debería adoptar una posición común sobre el devenir de los diez APPRI intracomunitarios vigentes. Asimismo, en la política convencional española se aprecia una tímida asunción de las pautas generales establecidas por la Comisión Europea desde el subsistema comunitario. Así, sólo el APPRI celebrado con Libia (*BOE* 1-10-2009) ha establecido un precepto que, en línea con la *Minimum Platform on Investment*, habilita al Estado receptor para imponer medidas de garantía del cumplimiento de las obligaciones ambientales y reitera el compromiso de las partes por no rebajar los estándares ambientales en beneficio de la promoción de las inversiones extranjeras.

3. Sería deseable que los Estados miembros intensificaran sus esfuerzos por establecer nuevos resortes jurídicos que permitan hacer compatibles todos los ordenamientos en presencia. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, entendemos que también corresponde a los Estados miembros y a la Comisión consensuar e impulsar la elaboración de un modelo de APPRI comunitario, que facilite la renegociación de los acuerdos ya vigentes y, adicionalmente, permita sentar las bases de una futura política convencional común en materia de protección de las inversiones extranjeras directas.

EL SUBSISTEMA REGIONAL COMUNITARIO ANTE EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

RESUMEN: En los últimos años se viene experimentando una progresiva comunitarización de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas. La Comisión Europea ha desplegado numerosos esfuerzos para superar los problemas que plantea la compatibilidad entre el régimen internacional previsto por los APPRI y el incipiente marco normativo creado por el subsistema regional comunitario. En el plano internacional, debe valorarse positivamente su participación en el acuerdo político celebrado para adecuar al subsistema comunitario algunos APPRI convenidos por los Estados del Centro y del Este de Europa con los EUA, así como sus intentos por alcanzar el estatus de *amicus curiae* ante los órganos arbitrales constituidos en el seno del CIADI. Ambas medidas, dadas las escasas facultades que posee la Comisión en el medio relacional, sólo ofrecen soluciones parciales y resultan insuficientes para resolver todos los problemas que se plantean en el estado actual de desarrollo de la competencia comunitaria en materia de protección de las inversiones

extranjeras directas. Es por esto que la Comisión ha arbitrado soluciones adicionales desde el sector de la integración. Diversos precedentes jurisprudenciales reconocen la existencia de una obligación de resultado a cargo de los Estados miembros, consistente en hacer compatibles con el subsistema comunitario los APPRI celebrados con terceros sujetos antes de su adhesión a la UE, a través de su denuncia o renegociación. Mediante la *Minimum Platform on Investment* la Comisión ha propuesto un conjunto de pautas elementales que fijan su posición durante la negociación de acuerdos internacionales con terceros sujetos. Además de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, quien reconoce tal competencia, la asunción de un modelo de APPRI comunitario permitiría superar las distintas aproximaciones nacionales y aportaría soluciones susceptibles de eliminar los conflictos normativos entre el subsistema regional comunitario y el régimen internacional.

PALABRAS CLAVE: subsistema regional comunitario, régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras, APPRI intracomunitario, procedimiento de infracción, modelo de APPRI comunitario, pluralismo de sistemas jurídicos.

THE REGIONAL COMMUNITY SUBSYSTEM WITHIN THE INTERNATIONAL FOREIGN INVESTMENT PROTECTION SYSTEM

ABSTRACT: Recent years have evidenced a progressive *communitarization* of competence over the protection of foreign direct investment. The European Commission has made numerous efforts to affront the problems regarding the compatibility between the international system established under BITs and the fledgling regulatory system created by the regional community subsystem. The participation of the European Commission in a political agreement celebrated to adequate the community subsystem to some BITs concluded by Central European and Eastern European States with the USA as well as its attempts to incorporate some *amicus curiae* submissions before ICSID tribunals, should be valued positively in the international arena. As a result of the Commission's limited powers in the «relational structure», both measures offer only partial and insufficient solutions to the problems set forth in the present state of development of the EU competence in the protection of foreign direct investment. For this reason, the Commission has created additional solutions from the integration sector. Diverse case law precedents recognize the existence of an obligation of result on behalf of member States, consisting in adapting their BITs celebrated with third parties prior to adhesion to the EU with the Community subsystem through denunciation or renegotiation. Furthermore, through its Minimum Platform on Investment, the Commission has proposed a combination of elements which determine its initial position during the negotiation of international agreements with third parties. In addition to the entry into force of the Treaty of Lisbon, which recognizes such a competence, the adoption of a community model BIT would aid in overcoming the different national positions and would also offer solutions which might eliminate some regulatory conflicts between the regional community subsystem and the international system.

KEY WORDS: Regional community subsystem, international system for the protection of foreign investment, intra-community BIT, infraction procedure, community model BIT, plurality of legal systems.

LE SOUS-SYSTÈME RÉGIONAL COMMUNAUTAIRE DANS LE SYSTÈME INTERNATIONAL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

RÉSUMÉ: Ces dernières années ont mis en évidence une communautarisation progressive de la compétence sur la protection des investissements étrangers directs. La Commission Européenne a fait des nombreux efforts pour affronter les problèmes liés à la compatibilité entre le système international établi en vertu des TBI et le système créé par le sous-système régional communautaire. La participation de la Commission dans l'accord politique célébré pour adapter certains TBI conclus par les États de l'Europe centrale et orientale avec les EUA dans le sous-système régional communautaire ainsi que ses tentatives pour intégrer certaines mémoires d'*amicus curiae* devant les tribunaux d'arbitrage du CIRDI, doivent être considérés comme deux mesures positives sur la scène internationale. En raison des pouvoirs limités de la Commission dans la «structure relationnel», ces deux mesures n'offrent que des solutions partielles et insuffisantes dans l'état actuel du développement de la compétence de l'UE dans la protection des investissements étrangers directs. Pour cette raison, la Commission a créé des solutions supplémentaires provenant du secteur de l'intégration. Divers précédents reconnaissent l'existence d'une obligation de résultat au nom des États membres consistant à faire leur TBI, célébrés avec des États tiers avant l'adhésion à l'UE, compatibles avec le sous-système régional communautaire, par le biais de la dénonciation ou la renégociation. À travers la *Minimum Platform on Investment*, la Commission a proposé des éléments qui déterminent sa position initiale lors de la négociation d'accords internationaux avec des tiers. En plus de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, qui reconnaît cette compétence, l'adoption d'un modèle communautaire de TBI doit aider à surmonter les différentes positions nationales et aussi présente des solutions qui pourraient éliminer certains conflits réglementaires entre le sous-système régionale communautaire et le système international.

MOTS CLÉS: Sous-système régional communautaire, système international de protection des investissements étrangers, TBI intra-communautaire, procédure d'infraction, modèle communautaire de TBI, pluralité des systèmes juridiques.

