

# Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el Derecho de la Unión Europea\*

*Francisco José Pascual Vives*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.  
Universidad de Alcalá

## RESUMEN:

El trabajo analiza las medidas legislativas propuestas por la Comisión para garantizar la compatibilidad con el ordenamiento de la Unión Europea de los acuerdos bilaterales de inversiones celebrados por los Estados miembros, después de que la Unión Europea haya sido investida con el ejercicio de esta competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas. Primero, se afirma que la competencia de la Unión Europea posee carácter exclusivo ad intra, aunque ad extra deberá desarrollarse junto a los Estados miembros. En segundo lugar, a la luz de los criterios generales establecidos por el Derecho de los tratados, se estudian los mecanismos dispuestos por el Derecho de la Unión Europea para hacer compatibles con este ordenamiento jurídico los compromisos internacionales celebrados por los Estados miembros antes de su adhesión a esta Organización internacional. Tales mecanismos, previstos por el Artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, resultan insuficientes e imprecisos. En tercer lugar, se analiza el régimen transitorio propuesto por la Comisión para los acuerdos bilaterales de inversiones celebrados entre un Estado miembro y un tercero, que

## ABSTRACT:

The paper analyzes the legislative measures proposed by the Commission in order to guarantee the compatibility within the European Union Legal system of those bilateral investment treaties concluded by the European Union Member States, after the European Union has been invested with the exercise of competences in matters concerning the protection of foreign direct investments. Firstly, it argues that this European Union competence has exclusive character ad intra, but ad extra shall be jointly developed with the Member States. Secondly, in light of the general criteria envisaged by the Law of the Treaties, it studies the mechanisms set up by European Union Law so as to make the international agreements concluded by the Member States before their accession to this international organization compatible with this Legal system. Such mechanisms, laid down in Article 351 of the Treaty of Functioning of the European Union, are neither precise nor sufficient enough to rule this subject-matter. Thirdly, it addresses the transitional regime provided for by the Commission to the bilateral investments treaties concluded between a Member State and a third State, which seems far too integra-

\* La presente investigación se enmarca dentro del Proyecto «La protección de las inversiones exteriores españolas en materia de energía (Estudio de la práctica arbitral sobre disputas de petróleo y gas natural)» (Ref. DER2008/04174/JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

resulta demasiado orientado hacia la integración, y también se discute sobre el régimen que debería aplicarse a los acuerdos celebrados entre dos Estados miembros. Para resolver la cuestión examinada debe lograrse un equilibrio entre los principios generales de buena fe y relatividad de los tratados internacionales y los principios de cooperación leal y equilibrio institucional. De esta forma se asegura la protección de los derechos adquiridos por los particulares en virtud de los acuerdos bilaterales sobre inversiones celebrados por los Estados miembros antes de su adhesión a la Unión Europea.

**Palabras clave:** Conflicto de tratados; *pacta sunt servanda*; APPRI celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea; protección de las inversiones extranjeras directas; seguridad jurídica y cooperación leal en la Unión Europea; modelo de APPRI de la Unión Europea; acuerdos mixtos; derecho de iniciativa normativa; derechos adquiridos por los particulares; equilibrio institucional; régimen transitorio; Derecho internacional general y particular; unidad del Derecho internacional.

**Keywords:** Treaty conflict; *pacta sunt servanda*; BITs concluded by the European Union Member States; Protection of foreign direct investments; Legal certainty and loyal cooperation within the European Union; European Union model BIT; mixed agreements; right of legislative proposal; rights acquired by individuals; institutional balance; transitional regime; general and particular International Law; unity of International Law.

**Fecha recepción original:** 28 de julio de 2011

**Fecha aceptación:** 20 de septiembre de 2011

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA SUPERPOSICIÓN NORMATIVA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INVERSIONES—A) *La atribución a la Unión Europea del ejercicio de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directa*—B) *Las materias que se solapan con el Derecho de la Unión Europea*—1. Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones celebrados por los Estados miembros con terceros—2. Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones celebrados entre los Estados miembros—C) *Las consecuencias jurídicas de la superposición normativa desde la perspectiva del Derecho internacional*
- III. LOS MECANISMOS PREVISTOS PARA RESOLVER LA SUPERPOSICIÓN NORMATIVA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INVERSIONES—A) *El marco general de referencia establecido por el Derecho internacional público*—B) *El carácter incompleto del Artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*
- IV. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA RESOLVER LA SUPERPOSICIÓN NORMATIVA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INVERSIONES—A) *El régimen especial propuesto por la Comisión para suplir las carencias del Artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*—1. La autorización para mantener la vigencia

de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones vigentes celebrados por los Estados miembros con terceros—2. La autorización para mantener la vigencia de los futuros Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones que celebren los Estados miembros con terceros—B) *Los acuerdos excluidos del régimen especial: los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones celebrados entre dos Estados miembros de la Unión Europea*

V. CONSIDERACIONES FINALES

---

## I. INTRODUCCIÓN

La acción exterior de la Unión Europea (UE) se ha reforzado indiscutiblemente tras la entrada en vigor el 1.12.2009 del Tratado de la UE (TUE) y del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)<sup>1</sup>. Pueden destacarse varios logros como, por ejemplo, la creación de un servicio europeo de acción exterior que, en colaboración de los servicios diplomáticos de los Estados miembros, está llamado a representar eficazmente a la UE ante otros sujetos de Derecho internacional (DI) público (Artículo 27.3 del TUE); la definitiva codificación de la doctrina de los poderes implícitos para la celebración de acuerdos internacionales (Artículo del 3.2 del TFUE), reconocida tradicionalmente en la vía jurisprudencial; o la ampliación del alcance material de la política comercial común (Artículos 206 y 207 del TFUE).

El presente trabajo versa precisamente sobre este último aspecto, la ampliación del alcance de la política comercial común, a través de la atribución a la UE del ejercicio de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas. En primer lugar, este trabajo tiene como objeto examinar el régimen jurídico que se está diseñando por la UE para asegurar la compatibilidad con el Derecho de la UE (DUE) de los Acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) celebrados por los Estados miembros. Y, en segundo lugar, a partir de este estudio se pretenden extraer algunas consideraciones en torno a las interacciones entre el DI económico y el DUE.

Tras un exhaustivo análisis de la situación jurídica existente antes de la entrada en vigor del TFUE, ya en un número anterior de esta publicación se vaticinó que el futuro de los APPRI celebrados por los Estados miembros resulta incierto<sup>2</sup>. Así, se hace necesario reflexionar si el régimen jurídico propuesto por la Comisión para tales APPRI permite disipar algunas incertidumbres<sup>3</sup>. El trabajo se centra en el análisis de la propuesta de reglamento formulada por la Comisión el 7.7.2010, mediante la que se pretende establecer un régimen transitorio para los APPRI celebrados por los Estados miembros.

<sup>1</sup> La versión consolidada del TUE y del TFUE puede consultarse en *DOUE*, nº C 83, de 30.3.2010.

<sup>2</sup> DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 33, 2010, 5-43.

<sup>3</sup> Para comprender la dimensión del problema resulta útil revisar todos los interrogantes formulados por IRURETAGOENA AGIRREZABALAGA, I., «Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado», *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, nº 1, 2011, 117-136, pp. 125-126 y 135-136.

bros con terceros Estados<sup>4</sup>. Si bien, a los efectos de ofrecer un examen completo de la materia, el trabajo también se ocupa del régimen jurídico aplicable a los APPRI celebrados entre dos Estados miembros, excluidos de la citada propuesta<sup>5</sup>.

En la parte II del trabajo se analizan una serie de cuestiones necesarias para contextualizar el grado de superposición normativa existente entre el DI económico y el DUE, tales como el carácter de la competencia asumida por la UE en materia de protección de las inversiones extranjeras directas, aquellas materias sobre las que se produce esta superposición normativa y sus consecuencias jurídicas desde la perspectiva del DI. La parte III del trabajo estudia el alcance del Artículo 351 del TFUE, que regula en el DUE las situaciones donde se solapan dos tratados sucesivos relativos a una misma materia. La parte IV del trabajo examina la propuesta de régimen transitorio prevista por la Comisión para resolver la superposición entre los APPRI celebrados por un Estado miembro con un tercer sujeto (APPRI extracomunitarios), así como el régimen jurídico que debe emplearse para los APPRI celebrados entre dos Estados miembros (APPRI intracomunitarios). Aunque la propuesta de reglamento de la Comisión todavía no constituye derecho positivo, presenta algunos aspectos controvertidos desde la perspectiva tanto del DI como del DUE. Por último, en la parte V del trabajo se ofrecen unas consideraciones finales respecto a las interacciones existentes entre los distintos ordenamientos en presencia.

## II. LA SUPERPOSICIÓN NORMATIVA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INVERSIONES

Este epígrafe analiza la competencia asumida por la UE en materia de protección de las inversiones extranjeras directas, aquellas materias sobre las que se produce la superposición normativa entre los APPRI y el DUE y las consecuencias jurídicas de la misma desde la perspectiva del DI. Conviene

<sup>4</sup> *Vide.* COM (2010) 344 final, de 7.7.2010. En el momento de cerrar este trabajo, la propuesta de la Comisión se debate en el Parlamento Europeo (PE) y el Consejo conforme al procedimiento legislativo ordinario (codecisión) establecido en el Artículo 294 del TFUE, con la referencia COD/2010/197. El 10.5.2011, en primera lectura, el PE adoptó por 345 votos a favor, 246 en contra y 14 abstenciones una resolución que, como se estudia en la parte IV del trabajo, modifica parcialmente la propuesta de la Comisión: *vide.* P7\_TC1-COD(2010)0197. Tres días más tarde, el 13.5.2011, el Consejo manifestó su intención de llegar a un acuerdo con el PE para modificar la propuesta sobre la base de dos principios básicos: primero, garantizar la seguridad jurídica de todos los actores involucrados y, segundo, mantener la posición de la UE como un atractivo destino para las inversiones extranjeras directas.

<sup>5</sup> El trabajo no se ocupa de las relaciones entre el DUE y el Tratado de la Carta de la Energía, celebrado por la UE, sus Estados miembros y terceros sujetos, donde también se establece un capítulo relacionado con la protección de las inversiones extranjeras y existe un precepto encargado de regular la sucesión de tratados relativos a la misma materia (Artículo 16).

referirse a todas estas cuestiones para considerar la verdadera dimensión que presenta tanto la superposición normativa como el conflicto entre el DI económico y el DUE en lo que respecta a la promoción y la protección de las inversiones extranjeras.

### **A) La atribución a la Unión Europea del ejercicio de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directa**

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se atribuye a la UE del ejercicio de la competencia sobre la protección de las inversiones extranjeras directas, después de que la inclusión de esta materia en su esfera de competencias se hubiera ya planteado y discutido durante las negociaciones previas a las reformas de los tratados constitutivos operadas tanto en Ámsterdam como en Niza<sup>6</sup>. Así, se genera un solapamiento con la competencia que tradicionalmente han venido ejerciendo en el marco del DI económico los Estados miembros en materia de promoción y protección de las inversiones extranjeras, a través de la celebración de APPRI y acuerdos multilaterales sobre inversiones.

La nueva competencia sobre la protección de las inversiones extranjeras directas se recoge en los Artículos 206 y 207 del TFUE, como parte de la política comercial común<sup>7</sup>. A tenor de lo establecido en tales preceptos pueden realizarse una serie de consideraciones preliminares sobre el alcance y la naturaleza de esta nueva competencia. Primera, se refiere sólo a las inversiones extranjeras directas, excluyéndose en principio las indirectas, que se desarrollan a través de la negociación y el intercambio de valores bursátiles. Segunda, se integra en el contexto más general de la política comercial común<sup>8</sup>. Tercera, asume carácter exclusivo *ex* Artículo 3.1.e) del TFUE, al menos por lo que respecta a su vertiente *ad intra*, al formar parte de la política comercial común. Cuarta, se ejerce sin perjuicio de las competen-

<sup>6</sup> *Vide.* «Adapting the Institutions to Make a Success of Enlargement», COM (2000) 34 final, de 26.1.2000, pp. 26-27. En la doctrina: *vide.* KRAJEWSKI, M., «External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy?», *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, 91-127, pp. 111-112.

<sup>7</sup> El Artículo 206 del TFUE señala 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». En segundo lugar, el Artículo 207 del TFUE establece 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».

<sup>8</sup> *Vide.* «Draft Articles on External Action in the Constitutional Treaty», CONV 685/03, de 23.4.2003, pp. 52-53.

cias atribuidas a la UE en virtud del Artículo 64.2 del TFUE, en materia de libre circulación de los capitales que supongan inversiones directas y también indirectas. Y, quinta, la UE también asume una competencia *ad extra* y, por tanto, puede celebrar acuerdos internacionales sobre la materia con terceros sujetos (Artículos 207.3 y 218 del TFUE).

En rigor, pese a la atribución del ejercicio de esta competencia en exclusiva a la UE, los Estados miembros conservan excepcional y transitoriamente la facultad para seguir adoptando medidas de carácter interno e internacional, mientras las Instituciones no tomen medidas en el seno de la UE<sup>9</sup>. Ante la ausencia de propuestas normativas, varios Estados miembros como Alemania, Eslovaquia, Chipre, Austria, Bélgica o Letonia han continuado celebrando APPRI con terceros Estados tras la entrada en vigor del TFUE<sup>10</sup>. España ha sometido al procedimiento interno de manifestación del consentimiento *ex* Artículo 94.1 de la Constitución, por ejemplo, el acuerdo firmado con Vietnam<sup>11</sup>, de 20.2.2006. Una vez finalizado el periodo transitorio, los Estados miembros deben cesar cualquier actividad normativa, salvo que medie autorización por parte de la Comisión<sup>12</sup>. En todo caso, éstos deben actuar siempre de conformidad con el principio de cooperación leal cuando se hayan iniciado propuestas que constituyan el punto de partida de una acción concertada de la UE<sup>13</sup>, con independencia del carácter exclusivo o no de la competencia<sup>14</sup>.

En estos momentos, el alcance de la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas todavía no se ha fijado completamente<sup>15</sup>. La Comisión ha publicado una comunicación titulada «Towards a Comprehensive European International Investment Policy» en la misma fecha que la propuesta de reglamento examinada en la parte IV de este trabajo (2010)<sup>16</sup>, así como otro documento de reflexión anterior (2006), titu-

<sup>9</sup> Vide. STJ, de 5.5.1981, as. *Comisión c. Reino Unido* (804/79), apartado 30.

<sup>10</sup> Vide. «Investment Policy Monitor», nº 2, de 20.4.2010, p. 7.

<sup>11</sup> Vide. *BOCG, Cortes Generales, IX Legislatura, Serie A*, nº 346, de 24.9.2010.

<sup>12</sup> Vide. STJ, de 15.12.1976, as. *Suzanne Criel, née Donckerwolcke and Henri Schou c. Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille and Director General of Customs* (41/76), apartado 32.

<sup>13</sup> Vide. STJ, de 2.6.2005, as. *Comisión c. Luxemburgo* (C-266/03), apartado 59.

<sup>14</sup> Vide. STJ, de 14.6.2005, as. *Comisión c. Alemania* (C-433/03), apartado 64.

<sup>15</sup> El ponente encargado de examinar en la Comisión de Comercio Internacional del PE la propuesta de reglamento presentada por la Comisión y estudiada en la parte IV del presente trabajo, C. SCHLYTER, reclama «the need for being able to define the emerging policies on investment of the Union suggest the need for specificity, which must be based on tangible manifestations of such policy in the field of the common commercial policy as well as the basic principles governing all exercise of the Union's powers»: *vide*. PE452.807v01-00, de 18.11.2010, p. 23.

<sup>16</sup> En otro lugar se ha discutido acerca del contenido de esta comunicación de la Comisión: *vide*. PASCUAL VIVES, F. J., «La competencia de la Unión Europea sobre las inversiones extranjeras directas», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (dir.), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española*, Colección de la Escuela Diplomática nº 17, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2011, 311-323, pp. 315-319.

lado «Upgrading the EU Investment Policy»<sup>17</sup>. Ambos documentos prevén unas consideraciones muy generales sobre el alcance de esta competencia y ponen de relieve el carácter tan heterogéneo que posee en los distintos Estados miembros<sup>18</sup>. Aunque este trabajo no tiene como objeto analizar ni el alcance ni la naturaleza de esta competencia, pues pretende examinar exclusivamente las medidas propuestas por la Comisión para superar la superposición entre los APPRI y el DUE, resulta necesario referirse a aquellas cuestiones para valorar la completa dimensión del conflicto normativo creado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Por lo que se refiere al alcance de la competencia, en primer lugar, en el documento preparado por la Comisión en 2010 se aprecia una voluntad por ampliarlo más allá de las inversiones extranjeras directas<sup>19</sup>. En efecto, la Comisión admite que el Artículo 207 del TFUE presenta un alcance restringido, pero propone que las futuras normas dictadas por la UE en la materia, por ejemplo, protejan todas las operaciones que acompañan a una inversión y se refieran no sólo a los aspectos relacionados con la no discriminación, sino que también se ocupen del trato justo y equitativo, de la plena protección y seguridad, de las cuestiones relacionadas con la protección del derecho de propiedad frente a las expropiaciones y de los mecanismos de arreglo de las controversias internacionales inversor-Estado<sup>20</sup>. La Comisión, por tanto, aboga por interpretar extensivamente el Artículo 207 del TFUE<sup>21</sup> e

<sup>17</sup> Este documento, denominado *Minimum Platform on Investment*, fue elaborado por la Comisión el 30.5.2006 bajo la rúbrica «Note for the Attention of the 133 Committee: Upgrading the EU Investment Policy». Para un análisis detallado del mismo: *vide* MAYDELL, N., «The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence», en REINISCH, A. y KNAHR, Ch. (eds.), *International Investment Law in Context*, Eleven International, Utrecht, 2008, pp. 73-92.

<sup>18</sup> WOOLCOCK, S., «The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty», EXPO/B/INTA/FWC/2009-01/Lot7/07-08-09, 2010, pp. 31-40.

<sup>19</sup> Señala la Comisión que «mientras los Estados miembros se centran en promover todas las formas de inversión, la Comisión elaboraba un programa de liberalización focalizado en el acceso a los mercados de las inversiones directas. (...) Con vistas a garantizar la competitividad exterior, el trato uniforme para todos los inversores de la UE y el máximo grado de influencia en las negociaciones, una política común en materia de inversión internacional debería abordar todos los tipos de inversión y, en particular, los aspectos relativos a la protección de las inversiones»: *vide* COM (2010) 343 final, de 7.7.2010, p. 12.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 8-10.

<sup>21</sup> La doctrina ya ha advertido que cabe realizar una interpretación extensiva del Artículo 207 del TFUE: *cf.* WOOLCOCK, S., «The Potential Impact of the Lisbon Treaty on European Union External Trade Policy», *European Policy Analysis*, nº 8, 2008, 1-6, pp. 4-5; MOLA, L., «Which Role for the EU in the Development of International Investment Law?», *Society of International Economic Law – Working papers*, nº 26, 2008, pp. 13-15; VAN AAKEN, A., «Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection», *University of St. Gallen Law School – Law and Economics Research Paper Series*, nº 1, vol. 2008, pp. 28-30; CEYSSENS, J., «Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, 2005, 259-291, p. 274; BURGSTALLER, M., «European Law and Investment Treaties», *Journal of International Arbitration*, vol. 26, 2009, 181-216, pp. 190-191; EILMANSBERGER, T., «Bilateral

incluir dentro de la competencia de la UE todas aquellas cuestiones materiales y procesales reguladas en los APPRI celebrados por los Estados miembros.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas, en segundo lugar, el Artículo 207 del TFUE establece su carácter exclusivo *ad intra*. Hasta ahora los Estados miembros y la UE han venido ejerciendo de manera compartida esta competencia *ad extra*<sup>22</sup>. Así, en algunos acuerdos internacionales celebrados por la UE y sus Estados miembros con terceros sujetos se conviene<sup>23</sup> o simplemente se promueve<sup>24</sup> la celebración de APPRI, pero siempre entre los Estados miembros y la contraparte. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, como se indica en el anterior párrafo, la Comisión trata de acumular los distintos ámbitos materiales sobre los que se ejerce esta competencia. Si esta pretensión prosperase se sentarían las bases para configurar *ex* Artículo 3.2 del TFUE una verdadera competencia exclusiva de la UE *ad extra*<sup>25</sup>.

En suma, al margen del definitivo alcance y naturaleza que asuma la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa genera una evidente situación de solapamiento

Investment Treaties and EU Law», *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, 383-429, p. 395; 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. 546-552; ANDERER, C. E., «Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 35, nº 3, 2010, 851-882, pp. 875-876; SHAN, W. y ZHANG, S., «The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy», *European Journal of International Law*, vol. 21, nº 4, 2010, 1049-1073, pp. 1057-1065; EL BOUDOUHI, S., «L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec des États tiers», *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 1, 2011, 85-116, pp. 107-108; y LEBEN, Ch., «Le droit européen et l'investissement international», en RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. y GARCÍA SEGURA, C., (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la Comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 226-240.

<sup>22</sup> DIMOPOULOS, A., «Shifting the Emphasis from Investment Protection to Liberalization and Development: The EU as a New Global Actor in the Field of Foreign Investment Policy», *Journal of World Investment & Trade*, vol. 11, 2010, 3-26, pp. 5-8.

<sup>23</sup> *Vide* el Artículo 15 del Anexo II al Acuerdo de asociación entre los Estados de África, Caribe y Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (*DOUE*, nº L 317, de 15.12.2000, p. 73).

<sup>24</sup> *Vide* el Artículo 20 del Acuerdo de asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía (*JOCE*, nº L 361, de 31.12.1977, p. 1); y el Artículo 58.2 del Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación Rusa, por otra (*DOUE*, nº L 327, de 28.11.1997, p. 3).

<sup>25</sup> Afirma la Comisión, por ejemplo, que «en la medida en que los acuerdos internacionales sobre inversiones afecten al ámbito de aplicación de las normas comunes establecidas en el capítulo del Tratado sobre capital y pagos, la Unión tendría la competencia exclusiva para celebrar acuerdos en este ámbito»: *vide* COM (2010) 343 final, de 7.7.2010, p. 9.

o superposición normativa entre los APPRI celebrados por los Estados miembros y el DUE. En el siguiente apartado se estudian las materias o aspectos sobre los que se constata este conflicto normativo.

## **B) Las materias que se solapan con el Derecho de la Unión Europea**

La superposición de distintos regímenes jurídicos internacionales relativos a una misma materia resulta un fenómeno común en el ordenamiento internacional contemporáneo, como se pone de relieve en el Informe del grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la fragmentación del Derecho internacional<sup>26</sup>, a resultas de los sucesivos y múltiples procesos de sectorialización y regionalización acaecidos en las últimas décadas. Antes de analizar las materias incluidas en los APPRI que se solapan con el DUE cabe realizar dos consideraciones previas.

En primer lugar, puede manifestarse un conflicto entre dos obligaciones internacionales convencionales sucesivas, cuando ambas abordan la misma materia y, al menos, un Estado es parte en ambas<sup>27</sup>. No se requiere una superposición total y completa entre los tratados, sino una incompatibilidad entre las obligaciones que ambos establecen. La CDI ha señalado que basta con que la aplicación de un tratado dificulte o afecte la aplicación del otro tratado<sup>28</sup>. Por tanto, la expresión «tratados relativos a la misma materia» queda sujeta a la interpretación del operador jurídico, a quien corresponde determinar si existe un solapamiento material entre los tratados, susceptible de generar problemas de compatibilidad.

En segundo lugar, en el caso de los APPRI celebrados por los Estados miembros, si bien no existe un modelo común, pueden identificarse varias materias incluidas en todos ellos. Estos APPRI, por ejemplo, extienden su ámbito de aplicación sobre las inversiones directas e indirectas y establecen una serie de mandatos de carácter sustantivo que tienen como finalidad última garantizar a los inversores y las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo, proporcionarles plena protección y seguridad, ampararles bajo el trato nacional (TN) y de nación más favorecida (NMF), asegurarles una indemnización en caso de sufrir una expropiación injustificada o daños en

<sup>26</sup> *Vide.* A/CN.4/L.682, de 13.4.2006, pp. 131-152.

<sup>27</sup> AUFRIGHT, H., «Supersession of Treaties in International Law», *Cornell Law Quarterly*, vol. 37, 1951-1952, 655-700, p. 656.

<sup>28</sup> Señala la CDI que «two treaties have the same subject matter to the extent that the fulfilment of the obligation under one treaty affects the fulfilment of the obligation of another»: *vide.* A/CN.4/L.682, de 13.4.2006, pár. 254. Por ejemplo, en el ámbito de la UE, el noveno considerando del Reglamento (UE) 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.7.2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales (*DOUE*, nº L 200, de 31.7.2009, p. 25) establece que «dos acuerdos tratan sobre la misma materia cuando regulen en cuanto al fondo las mismas cuestiones jurídicas concretas. No debe considerarse que abordan una misma materia aquellas disposiciones que se limiten a una declaración general de intenciones de cooperar respecto a dichas cuestiones».

la inversión, así como proteger la libre transferencia de los capitales relacionados con la inversión. Como medio de hacer efectivas todas estas obligaciones, los APPRI facultan a los inversores extranjeros para iniciar un arbitraje de inversión institucional o *ad hoc* contra el Estado receptor<sup>29</sup>, sorteando la exigencia agotar los recursos internos en el Estado receptor de la inversión y exceptuando el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad del inversor.

A la luz de lo apuntado en el anterior apartado sobre el alcance de la competencia de la UE sobre protección de las inversiones extranjeras directas, conviene examinar las materias previstas en los acuerdos internacionales celebrados por los Estados miembros que se solapan y eventualmente podrían resultar incompatibles con el DUE. Se estudian separadamente los APPRI celebrados por los Estados miembros con terceros y los APPRI celebrados entre dos Estados miembros.

#### 1. *Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones celebrados por los Estados miembros con terceros*

En cuanto a los APPRI celebrados entre un Estado miembro y un tercero, tanto un acuerdo celebrado entre varios Estados del Este de Europa, la Comisión Europea y los Estados Unidos de América (EUA) como tres sentencias del TJ ponen de relieve un solapamiento entre aquellos APPRI y el DUE, así como la existencia de cierta incompatibilidad entre ambos.

En primer lugar, en 2003 se celebró un Entendimiento<sup>30</sup> entre varios Estados del Este de Europa, por entonces candidatos a la adhesión, la Comisión y los EUA con el objeto de evitar que la adhesión a la UE de los primeros pudiera suponer una merma en los derechos y las garantías otorgadas a los inversores estadounidenses por los APPRI que aquellos Estados habían celebrado con los EUA. El Entendimiento permitió a los Estados miembros establecer requisitos de desempeño en determinados sectores como el agrícola o el audiovisual<sup>31</sup>, las pesquerías, los hidrocarburos, los servicios financieros o el transporte<sup>32</sup>, entre otros; sin que ello haya supuesto la vulneración de la obligación de conceder el TN a los inversores estadounidenses reconocida en los APPRI. Fue, por tanto, la adhesión a la UE la que motivó la celebración de este acuerdo que, aunque no resulta vinculante para las

<sup>29</sup> Para un análisis de la práctica convencional española, por ejemplo: *vide* GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores. Los Acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por España*, Tirant, Valencia, 2005, pp. 121-421; CHAMORRO CORONADO, L. M., *Los Acuerdos españoles de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Alhulia, Granada, 2006, pp. 399-516; y GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «Spanish Practice on Investment Treaties», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *The Legal Practice in International Law and European Community Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, 567-598.

<sup>30</sup> El texto del Entendimiento, firmado el 22.9.2003, puede revisarse en el siguiente enlace del Departamento de Estado de los EUA: <http://www.state.gov/s/1/2003/44366.htm> (consultada el 4.7.2011).

<sup>31</sup> *Vide* Anexo C del Entendimiento.

<sup>32</sup> *Vide* Anexo D del Entendimiento.

partes desde la perspectiva del DI público, permite allanar las incompatibilidades producidas por la superposición de normas relativas a una misma materia y, en particular, sirvió para conciliar las obligaciones internacionales asumidas previamente por algunos Estados miembros con los más recientes compromisos adquiridos en el marco del proceso de integración europea.

En segundo lugar, durante 2009 el TJ dictó tres sentencias declarando el incumplimiento del DUE por parte de Austria, Suecia y Finlandia. En concreto, el TJ señaló que los tres Estados miembros no habían adecuado al ordenamiento de la UE algunos de sus APPRI celebrados con terceros Estados<sup>33</sup> y, en consecuencia, habían mantenido en estos APPRI normas inconsistentes con la libre circulación de capitales<sup>34</sup>. Para justificar el incumplimiento del DUE el TJ se amparó en la obligación de cooperación leal prevista en el Artículo 351.2 del TFUE<sup>35</sup>. En estos asuntos, además, el TJ recetó una solución técnica que permitiría salvar esta incompatibilidad entre los APPRI y el DUE, a través de la inclusión en los primeros de una cláusula que restrinja la extensión del TN y de NMF otorgados por un Estado miembro a los inversores de la otra parte<sup>36</sup>. En efecto, los APPRI celebrados por los Estados miembros no deberían permitir la extensión a terceros sujetos, en virtud ni del TN ni del trato de NMF, de los beneficios concedidos por el sistema de integración de la UE<sup>37</sup>.

Admitida la incompatibilidad entre algunos APPRI celebrados por Austria, Suecia y Finlandia con terceros Estados, cabe determinar si esa patología se limita sólo a aquellos APPRI o si podría extenderse a los APPRI concluidos por otros Estados miembros. Es cierto que los acuerdos celebrados por Aus-

<sup>33</sup> Todo ello pese a que en su defensa, los Estados miembros afirmaron que el conflicto entre las obligaciones internacionales anteriores y los compromisos posteriores asumidos por los Estados miembros con la UE era potencial y, en todo caso, existiría sólo cuando la UE adoptara medidas internas para desarrollar los preceptos que consagran la libre circulación de capitales. Los argumentos formulados por Austria y Suecia se discuten en los escritos de réplica presentados por la Comisión (JURM[2006]10045, de 11.10.2006, apartados 15-23 y JURM[2006]10044, de 11.10.2006, apartados 5-9, respectivamente), que pueden accederse desde <http://ita.law.uvic.ca/Enforcement.html> (consultado el 14.6.2011).

<sup>34</sup> Vide STJ, de 3.3.2009, as. *Comisión c. Austria* (C-205/06), apartado 42; STJ, de 3.3.2009, as. *Comisión c. Suecia* (C-249/06), apartado 42; y STJ, de 19.11.2009, as. *Comisión c. Finlandia* (C-118/07), apartado 34.

<sup>35</sup> Cfr. LAVRANOS, N., «New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, 2010, 409-441, pp. 421-422.

<sup>36</sup> Vide STJ, de 19.11.2009, as. *Comisión c. Finlandia* (C-118/07), apartados 41-42.

<sup>37</sup> Si sólo se restringiera el segundo los inversores podrían solicitar el mismo trato que el Estado miembro le confiere a sus propios nacionales en determinadas materias atribuidas a la competencia de la OI y, en definitiva, beneficiarse de un tratamiento similar al concedido por la OI: vide EILMANSBERGER, T., «Bilateral Investment...», *loc. cit.*, pp. 407-408 y 411; y 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, p. 249.

tria, Suecia y Finlandia adolecen de una cláusula que restrinja la extensión del TN y de NMF a los sujetos ajenos a una Organización internacional (OI). Este es el caso, por ejemplo, del APPRI celebrado entre Austria y Corea<sup>38</sup>, de 14.3.1991 o del APPRI celebrado entre Finlandia y Malasia<sup>39</sup>, de 15.4.1985. En sus sentencias contra Austria, Suecia y Finlandia, además, el TJ advirtió que la incompatibilidad con el DUE no se limitaba sólo a algunos APPRI celebrados por aquellos Estados miembros<sup>40</sup>. De hecho, la Comisión inició un procedimiento contra Dinamarca, pues consideraba contrarias al DUE las disposiciones del APPRI celebrado con Indonesia<sup>41</sup>, de 30.1.1968; procedimiento que nunca llegó al TJ tras renegociarse el APPRI por los Estados partes.

Por tanto, cualquier APPRI celebrado por otro Estado miembro que carezca de la referida cláusula caería bajo el mismo vicio y, en principio, también sería incompatible con el DUE. En este sentido, importa constatar la similitud de las cláusulas pactadas en el APPRI celebrado entre Suecia y Filipinas<sup>42</sup>, de 18.8.1999, uno de los que cuya incompatibilidad con el DUE fue

<sup>38</sup> Tras reconocerse el TN y de NMF en el Artículo 3.1 de dicho APPRI, el Artículo 3.3 establece una cláusula para limitar la extensión de los beneficios derivados de la pertenencia de Austria a la UE sobre la base del trato de NMF, pero no en virtud del TN: «The provisions of this Agreement relative to the granting of treatment not less favourable than that accorded to the investors of any third State and their investments shall not be construed as to oblige one Contracting Party to extend to their investors of the other Contracting Party and their investments the present or future benefit of any treatment, preference or privilege resulting from: a) any customs union, common market, free trade area or membership in an economic community». En cambio, por ejemplo, el Artículo 3.3 del APPRI celebrado entre Corea del Sur y España, de 17.1.1994 (*BOE* de 13.12.1994) se refiere expresamente al TN y de NMF cuando introduce la referida cláusula.

<sup>39</sup> En este APPRI se reconoce el trato de NMF en su Artículo 3.1 y, en consecuencia, el Artículo 3.3 establece una cláusula para limitar la extensión de los beneficios derivados de la pertenencia de Austria a la UE, sobre la base del trato de NMF: «The provisions of this Agreement relative to the granting of treatment not less favourable than that accorded to the nationals or companies of any third State shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the nationals or companies of the other the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from: a) any existing or future customs union or free trade area or a common external tariff area or a monetary union or similar international agreement or other forms of regional cooperation to which either of the Contracting Parties is or may become a party».

<sup>40</sup> *Vide.* STJ, de 3.3.2009, as. *Comisión c. Austria* (C-205/06), apartado 43; STJ, de 3.3.2009, as. *Comisión c. Suecia* (C-249/06), apartado 43; y STJ, de 19.11.2009, as. *Comisión c. Finlandia* (C-118/07), apartado 34.

<sup>41</sup> El Artículo III de dicho APPRI señalaba: «Neither Contracting Party shall in its territory impose on the activities of enterprises in which such approved investments are made by nationals or corporations of the other Contracting Party conditions which are less favourable than those imposed in its territory on activities in connection with any similar enterprise, whether owned by its own nationals or corporations or by nationals or corporations of third countries».

<sup>42</sup> Después de consagrar el TN y de NMF, el Artículo IV.4 de este APPRI dispone que: «The provisions of this Agreement relative to the grant of treatment not less favourable than that accorded to investors of any third State shall not be construed as to oblige one Contracting Party to extend to investors of the other, the benefit of any treatment, preference

declarada por el TJ, y las del APPRI celebrado entre España y Filipinas<sup>43</sup>, de 19.10.1993. Si la Comisión todavía no ha iniciado un procedimiento por incumplimiento contra España y otros Estados miembros es porque los APPRI por ellos celebrados fueron concluidos tras su adhesión a la UE y el Artículo 351.2 del TFUE, que obliga a los Estados miembros a hacer compatibles sus compromisos anteriores con el DUE, no podría ser utilizado por la Comisión como base jurídica para discutir su compatibilidad con el DUE. La Comisión ha demandado únicamente a aquellos Estados miembros que celebraron APPRI incompatibles con el DUE antes de su adhesión a la UE. Una estrategia que, por una parte, le ha asegurado obtener decisiones del TJ favorables a sus pretensiones *ex* Artículo 351.2 del TFUE; y, por otra parte, le ha permitido enviar un mensaje al resto de Estados miembros sobre el comportamiento que se espera de ellos cuando se ejercite plenamente la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas.

Sin perjuicio de lo anterior, el PE<sup>44</sup> y también la propia Comisión han señalado que existen dudas acerca del grado de compatibilidad que presentan los APPRI celebrados por los Estados miembros con terceros sujetos<sup>45</sup>. Incertidumbres que surgen ante la incompleta definición de esta competencia y cuyos efectos se ponen de relieve en la sentencia del TJ que dirimió la compatibilidad de ciertas medidas adoptadas por Eslovaquia en el sector energético antes de su adhesión a la UE, con las disposiciones del DUE que garantizan el acceso no discriminatorio de los operadores jurídicos a los sistemas de transmisión eléctrica en los Estados miembros (caso *Atel*)<sup>46</sup>.

rence or privilege resulting from: a) any existing or future customs union, common market, free trade area, or regional economic organization, or measures leading to the formation of a customs union or free trade area of which either Contracting Party is or may become a member».

<sup>43</sup> BOE de 17.11.1994. El Artículo 3.3 de este APPRI establece que «Lo dispuesto en el presente Acuerdo en relación con la concesión de un tratamiento no menos favorable que el otorgado a los inversores de cualquier tercer Estado no se interpretará en el sentido de que obliga a una Parte a extender a los inversores de la otra Parte los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de: a) Cualquier unión aduanera, mercado común, zona de libre cambio o cualquier organización económica regional existente o futura de la que sea o llegue a ser miembro cualquiera de las Partes, o de medidas encaminadas a la formación de una unión aduanera o zona de libre cambio».

<sup>44</sup> Varios documentos preparatorios elaborados por el PE también reproducen esta idea: *vide* WOOLCOCK, S., «The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty», EXPO/B/INTA/FWC/2009-01/Lot7/07-08-09, 2010; y ARIF, K., «Draft Report on the Future European International Investment Policy», PE454.567v01-00, de 20.12.2010. En la página 5 del segundo, por ejemplo, se aboga porque esta competencia no se extienda a las inversiones indirectas.

<sup>45</sup> En el memorando explicativo que antecede a la propuesta de reglamento, la propia Comisión reconoce que «the extent to which investment agreements of Member States are compatible with EU law can be the subject of discussions»: *vide* COM (2010) 344 final, de 7.7.2010, p. 2.

<sup>46</sup> *Vide* Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26.6.2003, relativa a las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (DOUE, n° L 176, de 15.7.2003, p. 37).

En primer lugar, sorprende la argumentación mantenida por la Comisión para justificar el incumplimiento de Eslovaquia, pues resulta contraria a la posición de principio sostenida por esta Institución hasta la fecha respecto a los APPRI extracomunitarios. En efecto, tanto en el caso del Entendimiento de 2003 como de los procedimientos por incumplimiento contra Austria, Suecia y Finlandia de 2009, la Comisión había sostenido la incompatibilidad entre estos acuerdos y el DUE. Por el contrario, en el caso *Atel* la Comisión afirmó que el APPRI celebrado entre Suiza y Eslovaquia, de 5.10.1990, no resultaba inconsistente con el DUE<sup>47</sup>. En segundo lugar, tras reconocer la exclusiva competencia interpretativa de los tribunales arbitrales sobre el citado APPRI, el TJ ponderó si el acuerdo impone obligaciones exigibles por los inversores suizos a Eslovaquia<sup>48</sup>. El TJ, por tanto, invocó el APPRI como un elemento fáctico y no jurídico, utilizando una técnica similar a la empleada por los tribunales que, como en el caso *AES Summit*, resuelven arbitrajes de inversión donde resulta aplicable el DUE<sup>49</sup>. Y, en tercer lugar, el TJ se basó únicamente en el Artículo 351.1 del TFUE para proteger las medidas adoptadas por Eslovaquia. Una argumentación jurídica que difiere sustancialmente de la que mantuvo el propio TJ en los procedimientos por incumplimiento contra Austria, Suecia y Finlandia<sup>50</sup>.

En definitiva, mientras que en los procedimientos por incumplimiento iniciados por la Comisión contra Austria, Suecia y Finlandia el TJ se comportó como un tribunal de una OI de integración, en el caso *Atel* ha prevalecido su naturaleza como tribunal internacional sensible a la posición de los Estados y al principio de soberanía. Ello explicaría la alambicada argumentación jurídica empleada para no reconocer aplicación del Artículo 351.2 del TFUE al litigio, el que haya aceptado la eficacia directa de un APPRI extracomunitario en el DUE y la que admitiera, al menos indirectamente, que las preferencias otorgadas por Eslovaquia podrían resultar incompatibles con el DUE<sup>51</sup>. El caso *Atel* pone de relieve las tensiones que plantea la ausencia de una competencia bien definida sobre protección de las inversiones extranjeras directas en las relaciones entre el DI económico y el DUE<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Vide. STJ, de 15.9.2011, as. *Comisión c. Eslovaquia* (C-264/09), apartado 18.

<sup>48</sup> *Ibid.*, apartado 40.

<sup>49</sup> Vide. Conclusiones del Abogado General N. JÄÄSKINEN, as. *Comisión c. Eslovaquia* (C-264/09), presentadas el 15.3.2011, apartado 80.

<sup>50</sup> En efecto, después de recordar su jurisprudencia sobre el Artículo 351 del TFUE, TJ concluyó que el acuerdo de inversión controvertido no preveía la posibilidad de denuncia y, por tanto, la Comisión no podía requerir que Eslovaquia, en virtud del Artículo 351.2 del TFUE, adoptara todas las medidas necesarias para hacer compatibles sus compromisos anteriores con el DUE: vide. STJ, de 15.9.2011, as. *Comisión c. Eslovaquia* (C-264/09), apartados 41-46. Entre los apartados 45 y 46 de la sentencia se aprecia una importante laguna en la línea de argumentación del TJ, al no justificarse suficientemente la asimilación realizada entre el contrato de inversión controvertido con el APPRI celebrado entre Suiza y Eslovaquia. Bien es cierto que, de haberse justificado esta cuestión, el TJ habría tenido que interpretar el APPRI e invadir competencias que no le pertenecen.

<sup>51</sup> Vide. STJ, de 15.9.2011, as. *Comisión c. Eslovaquia* (C-264/09), apartado 52.

<sup>52</sup> El Abogado General finaliza sus Conclusiones en el caso *Atel* declarando que «In coming to this conclusion I do so not without some hesitation. Even though the applica-

Desde la perspectiva del DI económico, el carácter indefinido de la competencia de la UE en materia de protección de las inversiones extranjeras directas genera importantes incertidumbres para los particulares, quienes deben someterse a las medidas adoptadas por los Estados miembros, sin conocer con certeza si éstas resultan incompatibles con los APPRI previamente concluidos. En el plano del DUE, tras la sentencia dictada por el TJ en el caso *Atel*, la Comisión debe ser consciente de que el proceso de atribución del ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones directas a la UE será largo, precisará de un ambicioso régimen transitorio y le exigirá alcanzar consensos con todos los Estados miembros.

## 2. *Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones celebrados entre los Estados miembros*

En el caso de los APPRI intracomunitarios, si bien es cierto que también se produce una superposición normativa parcial, resulta más complejo concluir su incompatibilidad con el DUE. Si ésta fuera evidente, la Comisión habría ya iniciado diversos procedimientos por incumplimiento ante el TJ contra los Estados miembros. Por el momento, la Comisión se ha limitado a solicitar la denuncia de estos APPRI<sup>53</sup>, aunque no se aprecia el suficiente consenso entre los Estados miembros<sup>54</sup>. En efecto, mientras que algunos Estados miembros del Este de Europa han comenzado a solicitar su denuncia<sup>55</sup>, gran parte de estos APPRI continúan todavía vigentes. En este apartado se estudian, primero, algunas cuestiones relacionadas con el régimen aplicable a estos acuerdos y, segundo, si en rigor generan un solapamiento susceptible de crear interferencias con el DUE.

En primer lugar, por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a los

tion of Article 307 EC justifies such an outcome it seems to sit at odds, at first glance, with the idea of market liberalisation that Directive 2003/54 aims to promote. However, in reaching the conclusion I am persuaded by the fact that this solution is not incompatible with the derogation provisions set out in Article 24 of the Directive 96/92 and Article 7 of Regulation No. 1228/2003, which allow investments in the electricity field to exceptionally be granted temporary privileged access»: *vide*. Conclusiones del Abogado General N. JÄÄSKINEN, as. *Comisión c. Eslovaquia* (C-264/09), presentadas el 15.3.2011, apartado 109.

<sup>53</sup> *Vide*. «2008 Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments», ECFIN/CEFCPE(2008)REP/55806, de 21.11.2008, pár. 18.

<sup>54</sup> *Vide*. «EU Member States reject the call to terminate intra-EU bilateral investment treaties», *Investment Treaty News*, de 10.2.2009 (<http://www.investmenttreatynews.org>). Interesa poner de relieve el interés de muchos Estados miembros de la UE por mantener en vigor estos APPRI, especialmente de aquellos Estados miembros cuyos inversores establecen inversiones en los Estados del Este de Europa. En este sentido, puede consultarse la intervención del Gobierno de los Países Bajos afirmando precisamente la vigencia del APPRI celebrado entre los Países Bajos y Eslovaquia y la respuesta enviada por Eslovaquia, donde reconocía la vigencia del APPRI e invitaba a su contraparte a iniciar contactos y discutir la eventual terminación del acuerdo: *vide*. *Eureka BV c. Eslovaquia* (CPA, Caso nº 13/2008, Laudo de 26.10.2010, apartados 155-166).

<sup>55</sup> *Vide*. UNCTAD, *Recent Developments in International Investment Agreements (2008-June 2009)*, United Nations Publications, New York/Geneva, 2009, p. 5.

acuerdos internacionales que se celebran entre dos Estados miembros antes de su adhesión a la UE, el TJ afirmó que, en caso de detectarse una incompatibilidad entre estos acuerdos y el DUE, los primeros deben dejarse inaplicados en virtud del principio de primacía del ordenamiento de la UE<sup>56</sup>. Tras su adhesión al proceso de integración europea, las obligaciones convencionales anteriores de los Estados miembros incompatibles con el DUE no pueden prevalecer sobre este último ordenamiento jurídico<sup>57</sup>. Cuando no existe incompatibilidad alguna, estos acuerdos deben aplicarse e interpretarse de conformidad con los principios y objetivos básicos de la UE. En esta línea, el TJ concluyó que un acuerdo bilateral anterior relativo a la concesión de becas entre los nacionales de dos Estados miembros, no puede impedir la aplicación de la norma de igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y del resto de la UE establecidos en uno de los dos Estados partes. Por tanto, cabe interpretar el acuerdo anterior no incompatible a la luz del DUE<sup>58</sup>.

En segundo lugar, en cuanto a la superposición entre ambos regímenes normativos, la Comisión ha declarado la existencia de un solapamiento, al menos parcial, tanto con algunas disposiciones sustantivas del DUE como con el sistema jurisdiccional de la UE<sup>59</sup>. Asimismo, en el informe final presentado por la Comisión de DI de la inversión extranjera en la 73ª Conferencia de la *International Law Association* (Río de Janeiro, 2008) también se constata este solapamiento entre los APPRI intracomunitarios y las libertades consagradas en el contexto del mercado común, así como con el derecho procedente del Consejo de Europa en materia de protección de la propiedad y del trato justo y equitativo<sup>60</sup>. La afirmación de una superposición normativa exige constatar si se produce o no incompatibilidad entre estos APPRI y el DUE tanto en las materias tratadas como en los aspectos de índole procesal.

En cuanto a la incompatibilidad de carácter material o sustantiva, los APPRI intracomunitarios constituyen un régimen particular dentro del sistema de integración europeo y otorgan a los particulares un trato más beneficioso que el conferido por el DUE<sup>61</sup>. Incluso esta idea puede afirmarse respecto

<sup>56</sup> Vide. STJ, de 10.11.1992, as. *Exportur SA c. LOR SA y Confiserie du Tech* (C-3/91), apartado 8.

<sup>57</sup> Vide. STPI, de 10.7.1991, as. *British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Ltd* (T-70/89), apartado 77; y STJ, de 13.10.1992, as. *Portugal y España c. Consejo* (C-63/90 y C-67/90), apartado 44.

<sup>58</sup> Vide. STJ, de 27.9.1988, as. *Annunziata Matteucci c. Communauté française de Belgique et Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique* (235/87), apartados 21-23.

<sup>59</sup> Vide. *Eureka BV c. Eslovaquia* (CPA, Caso nº 13/2008, Laudo de 26.10.2010, apartado 177).

<sup>60</sup> *Report of the Seventy-Third Conference held in Rio de Janeiro: International Law on Foreign Investment*, International Law Association, London, 2008, pp. 762-763.

<sup>61</sup> Por orden de publicación: vide. SÖDERLUND, Ch., «Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty», *Journal of International Arbitration*, vol. 24, 2007, 455-468, p. 462; EILMANSBERGER, T., «Bilateral Investment...», *loc. cit.*, pp. 399-401; y Díez-HOCHLEITNER, J., «El incierto...», *loc. cit.*, p. 38.

de las cuestiones relacionadas con la prohibición de las expropiaciones discriminatorias y las garantías de la plena protección y seguridad y del trato justo y equitativo, reguladas a través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y también en el marco del Consejo de Europa. De hecho, en el caso *Eureko* el órgano arbitral reconoció que los APPRI intracomunitarios atribuyen más amplios derechos que el DUE<sup>62</sup>. Esta situación podría dar lugar a un diferente tratamiento por parte de los Estados miembros hacia los inversores de la UE que no estuvieran amparados por un APPRI intracomunitario<sup>63</sup>. Aunque nada obsta para que éstos reclamen la extensión de los derechos otorgados por los APPRI en virtud de los principios de TN y no discriminación<sup>64</sup>, conviene precisar que el TJ ha avalado el mantenimiento de las ventajas unilateralmente concedidas a ciertos particulares por un Estado miembro a través de un convenio bilateral, siempre que aquéllos se no encuentren en una situación equivalente a otros particulares<sup>65</sup>.

En las relaciones entre los APPRI intracomunitarios y el DUE el principal problema de compatibilidad reside en la vertiente procesal, más que en la sustantiva. En su intervención como *amicus curiae* en el caso *Eureko* la Comisión afirmó que no existe una incompatibilidad total entre los APPRI intracomunitarios y el TFUE y centró sus críticas en el sistema de arreglo de las controversias establecido por los APPRI, que considera contrario al monopolio jurisdiccional ejercido por el TJ<sup>66</sup>. En efecto, los APPRI intracomunitarios instauran un mecanismo arbitral para el arreglo de las controversias inversor-Estado que, pese a las conclusiones alcanzadas por el órgano arbitral en el caso *Eureko*<sup>67</sup>, puede sortear por completo la competencia jurisdiccional del TJ para interpretar y aplicar el DUE y, en consecuencia, poner en peligro la integridad del sistema jurisdiccional de la UE<sup>68</sup>. Importa adver-

<sup>62</sup> *Vide. Eureko BV c. Eslovaquia* (CPA, Caso nº 13/2008, Laudo de 26.10.2010, apartados 263 y 266).

<sup>63</sup> DIMOPOULOS, A., «The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law», *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, 63-93, pp. 83-84.

<sup>64</sup> *Vide. Eastern Sugar BV c. República Checa* (CCE, Caso nº 88/2004, Laudo parcial de 27.3.2007, apartado 170). En la jurisprudencia del TJ se extienden los derechos otorgados por los tratados bilaterales celebrados entre un Estado miembro y un tercer sujeto en ciertas circunstancias: *vide. STJ*, de 21.7.1999, as. *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland c. Finanzamt Aachen-Innenstadt* (C-307/97), apartados 57-59; y *STJ*, de 15.1.2002, as. *Elide Gottardo c. Istituto nazionale della previdenza sociale* (C-55/00), apartados 33-34.

<sup>65</sup> *Vide. STJ*, de 5.7.2005, as. *D. c. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen* (C-376/03), apartados 52-61; y *STJ*, de 12.12.2006, as. *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue* (C-374/04), apartados 88-92.

<sup>66</sup> *Vide. Eureko BV c. Eslovaquia* (CPA, Caso nº 13/2008, Laudo de 26.10.2010, apartados 192-193).

<sup>67</sup> *Ibid.*, apartados 274-277.

<sup>68</sup> No resulta de aplicación aquí la jurisprudencia del TJ en el caso *Mox*, puesto que este último se refería a la violación del Artículo 344 del TFUE en el marco del arbitraje interestatal: *vide. STJ*, de 30.5.2006, as. *Comisión c. Irlanda* (C-459/03).

tir que el TJ no se opone a que los órganos arbitrales de los Estados miembros resuelvan controversias de naturaleza comercial donde se pueda aplicar el DUE<sup>69</sup>, puesto que en la fase de ejecución del laudo el órgano competente podría reenviar una cuestión prejudicial al TJ para asegurar que el DUE ha sido interpretado correctamente por el tribunal arbitral o incluso podría declarar la nulidad del laudo si, al imponer obligaciones incompatibles con el DUE, lo considera contrario al orden público nacional<sup>70</sup>.

En los arbitrajes de inversión, sin embargo, se pone en riesgo la unidad del DUE y, más en particular, el monopolio jurisdiccional del TJ de dos formas distintas. Primero, como consecuencia del carácter directamente ejecutable *ex* Artículo 54 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados<sup>71</sup>, de 18.3.1965 (Convenio CIADI), de los laudos dictados por los tribunales constituidos en el ámbito del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a inversiones (CIADI). Y, segundo, ante la posibilidad de solicitar la ejecución de cualquier laudo arbitral fuera del territorio de los Estados miembros de la UE<sup>72</sup>. En ambos casos, los tribunales nacionales de los Estados miembros quedarían desprovistos de la facultad de someter al TJ por la vía prejudicial cualquier posible cuestión contraria al DUE que surgiera en la fase de ejecución del laudo.

Los APPRI celebrados por dos Estados miembros generen posiciones enfrentadas entre estos sujetos y la Comisión. Por una parte, los Estados miembros que sufren los arbitrajes de inversión son favorables a su terminación, aunque la incompatibilidad con el DUE sólo sea parcial. Mientras que el resto de Estados miembros mantienen una posición opuesta y afirman su vigencia a partir de los mayores beneficios otorgados a los particulares. Por lo que respecta a la Comisión, son evidentes sus deseos de darlos por terminados para eliminar los riesgos que comportan para la unidad y autonomía del proceso de integración europea.

### **C) Las consecuencias jurídicas de la superposición normativa desde la perspectiva del Derecho internacional**

La superposición entre los APPRI y el DUE genera diversas consecuencias desde la perspectiva del DI público que, en particular, tienen que ver con la validez de los APPRI, la aplicación del DUE en el arbitraje de inversión y la responsabilidad de los Estados partes ante su incumplimiento.

En primer lugar, huelga advertir que cualquier decisión adoptada por la

<sup>69</sup> *Vide* STJ, de 23.3.1982, as. *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG y Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG* (102/81), apartados 14-15.

<sup>70</sup> *Vide* STJ, de 1.6.1999, as. *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV* (C-126/97), apartados 40-41.

<sup>71</sup> *BOE* de 13.9.1994.

<sup>72</sup> DIMOPOULOS, A., «The Validity...», *loc. cit.*, p. 90.

Comisión o el TJ que declare el incumplimiento por parte de un Estado miembro de sus obligaciones para con la UE, a partir de la observancia de las obligaciones previstas en un APPRI, no afecta a la validez de este acuerdo<sup>73</sup> y, por tanto, no implica su nulidad en el plano internacional de conformidad con el Artículo 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados<sup>74</sup>, de 23.5.1969 (CVDT).

En segundo lugar, por cuanto a la aplicación del DUE en los arbitrajes de inversión, los APPRI someten básicamente la solución de las controversias inversor-Estado a sus propias disposiciones y a los principios generales del DI<sup>75</sup>. Asimismo, algunos APPRI también se remiten al derecho interno de los Estados partes<sup>76</sup>, así como a otros acuerdos relevantes entre ellos celebrados<sup>77</sup>. Por tanto, un tribunal arbitral que conozca la aplicación de un APPRI

<sup>73</sup> Este principio general se consagra en el cuarto apartado del preámbulo de la propuesta de reglamento presentada por la Comisión y analizada en la parte IV del trabajo.

<sup>74</sup> *BOE* de 13.6.1980.

<sup>75</sup> *Vide.* el Artículo XV del APPRI celebrado entre México y España, de 10.10.2006 (*BOE* de 3.4.2008). Sólo en algunos casos excepcionales los APPRI no prevén este expediente en su articulado: *cf.* el Artículo 10 del APPRI celebrado entre Hungría y España, de 9.11.1989 (*BOE* de 9.9.1992); el Artículo 9 del APPRI celebrado entre Filipinas y España, de 19.19.1993 (*BOE* de 17.11.1994); el Artículo 11 del APPRI celebrado entre Irán y España, de 29.10.2002 (*BOE* de 10.8.2004); y el Artículo 11 del APPRI celebrado entre Kuwait y España, de 8.9.2005 (*BOE* de 1.4.2008).

<sup>76</sup> *Vide.* el Artículo 10.3 del APPRI celebrado entre Rusia y España, de 26.10.1990 (*BOE* de 17.12.1991); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Polonia y España, de 30.7.1992 (*BOE* de 4.6.1993); el Artículo 9.3 del APPRI celebrado entre Corea del Sur y España, de 17.1.1994 (*BOE* de 13.12.1994); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Egipto y España, de 3.11.1992 (*BOE* de 30.6.1994); el Artículo XI.3 del APPRI celebrado entre Nicaragua y España, de 16.3.1994 (*BOE* de 25.4.1995); el Artículo XI.3 del APPRI celebrado entre Lituania y España, de 6.7.1994 (*BOE* de 25.1.1996); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Argelia y España, de 23.12.1994 (*BOE* de 8.3.1996); el Artículo IX.3 del APPRI celebrado entre Turquía y España, de 15.2.1995 (*BOE* de 24.3.1998); el Artículo XI.3 del APPRI celebrado entre Ecuador y España, de 26.6.1996 (*BOE* de 10.4.1998); el Artículo 11.4 del APPRI celebrado entre Bosnia-Herzegovina y España, de 25.10.2002 (*BOE* de 3.7.2003); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Guinea-Ecuatorial y España, de 22.11.2003 (*BOE* de 12.1.2004); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Albania y España, de 5.7.2003 (*BOE* de 13.2.2004); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Namibia y España, de 21.2.2003 (*BOE* de 18.8.2004); el Artículo 12.4 del APPRI celebrado entre el Gobierno Macedonio y España, de 20.6.2005 (*BOE* de 19.2.2007); el Artículo 11.9 del APPRI celebrado entre Colombia y España, de 31.3.2005 (*BOE* de 12.9.2007); y el Artículo 9.3 del APPRI celebrado entre China y España, de 14.11.2005 (*BOE* de 8.7.2008).

<sup>77</sup> *Vide.* el Artículo 10.4 del APPRI celebrado entre Chile y España, de 2.10.1991 (*BOE* de 19.3.1994); el Artículo X.5 del APPRI celebrado entre Argentina y España, de 3.10.1991 (*BOE* de 18.11.1992); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Cuba y España, de 27.5.1994 (*BOE* de 18.11.1995); el Artículo 8.3 del APPRI celebrado entre Rumania y España, de 25.1.1995 (*BOE* de 23.11.1995); el Artículo 9.3 del APPRI celebrado entre Perú y España, de 17.11.1994 (*BOE* de 8.3.1996); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre El Salvador y España, de 14.2.1995 (*BOE* de 10.5.1996); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Pakistán y España, de 15.9.1994 (*BOE* de 12.6.1996); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre El Líbano y España, de 22.2.1996 (*BOE* de 22.5.1997); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Letonia y España, de 26.10.1995 (*BOE* de

donde sea parte algún Estado miembro de la UE puede verse obligado a dirimir no sólo si el DUE forma parte del derecho aplicable al litigio, sino también si el DUE prima en ese procedimiento sobre cualquier otro ordenamiento jurídico aplicable<sup>78</sup>.

Merece la pena referirse al tratamiento proporcionado por el caso *Eastern Sugar* y el caso *Eureka* a estos expedientes. En el primer caso, al decidir sobre el fondo de la controversia, las partes acordaron que el derecho aplicable eran las disposiciones del Tratado de la Carta de la Energía<sup>79</sup>, de 17.12.1994 y, desde la perspectiva procesal, dieron al DUE la naturaleza de hecho<sup>80</sup>. A partir de esta concepción, el tribunal arbitral podría valorar el alcance del DUE en el contexto del caso, pero en absoluto le competiría interpretarlo. Desde esta perspectiva, el DUE podría haber sido aceptado en el caso *Eastern Sugar* como argumento de ambiente de atmósfera, susceptible de influir en la decisión final del tribunal más bien sobre aquellas cuestiones relacionadas con las modalidades de la reparación, que con las que se refieren propiamente a la existencia o no de responsabilidad internacional del Estado.

En el segundo caso, todavía en fase de excepciones a la jurisdicción y la competencia, el órgano arbitral ha dejado abierta la posibilidad de invocar el DUE cuando se ocupe del fondo como parte bien del DI público, bien del derecho interno aplicable a la controversia<sup>81</sup>. Esta posición resulta más sensible al diálogo entre jurisdicciones internacionales y, en rigor, parece más ajustada al DI. En efecto, difícilmente puede sostenerse que el DUE no

5.6.1997); el Artículo XI.4 del APPRI celebrado entre Venezuela y España, de 2.11.1995 (BOE de 13.10.1997); el Artículo XI.4 del APPRI celebrado entre Bulgaria y España, de 5.9.1995 (BOE de 16.6.1998); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Estonia y España, de 11.11.1997 (BOE de 15.7.1998); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Croacia y España, de 21.7.1997 (BOE de 29.10.1998); el Artículo 12.4 del APPRI celebrado entre India y España, de 30.9.1997 (BOE de 3.2.1999); el Artículo XI.4 del APPRI celebrado entre Costa Rica y España, de 8.7.1997 (BOE de 17.7.1999); el Artículo XI.3 del APPRI celebrado entre Sudáfrica y España, de 30.9.1998 (BOE de 31.1.2000); el Artículo XI.3 del APPRI celebrado entre Eslovenia y España, de 15.7.1998 (BOE de 11.5.2000); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Gabón y España, de 2.3.1995 (BOE de 25.1.2002); el Artículo 11.3 del APPRI celebrado entre Bolivia y España, de 29.10.2001 (BOE de 15.10.2002); el Artículo 11.4 del APPRI celebrado entre Marruecos y España, de 11.12.1997 (BOE de 11.4.2005); y el Artículo 12.3 del APPRI celebrado entre Nigeria y España, de 9.7.2002 (BOE de 11.2.2006). En cambio, el Artículo 10.3 del APPRI celebrado entre Checoslovaquia y España, de 10.12.1990 (BOE de 7.2.1992), en el que posteriormente se sucedieron la República Checa y Eslovaquia, establece que se aplican a estas controversias inversor-Estado las disposiciones del propio APPRI, los acuerdos celebrados entre las partes y el Derecho interno, excluyendo las normas y principios de DI.

<sup>78</sup> Esta es la posición mantenida por la Comisión en una carta dirigida al Gobierno de la República Checa: *vide. Eastern Sugar BV c. República Checa* (CCE, Caso nº 88/2004, Laudo parcial de 27.3.2007, apartado 119).

<sup>79</sup> BOE de 17.3.1998.

<sup>80</sup> *Vide. AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erőmű Kft. c. Hungría* (CIADI, Caso nº ARB/07/22, Laudo de 23-9-2010, apartados 7.5.2 y 7.4.1).

<sup>81</sup> *Vide. Eureka BV c. Eslovaquia* (CPA, Caso nº 13/2008, Laudo de 26.10.2010, apartado 283).

forma parte del derecho interno aplicable en un Estado miembro, ni parte de los otros acuerdos celebrados entre dos Estados miembros a los que también se refieren algunos APPRI. Incluso en el caso de aquellos APPRI que sólo prevén que sus disposiciones sean el derecho aplicable, el principio de interpretación sistemática consagrado en el Artículo 31.1.c) del CDVT permitiría incorporar el DUE como «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes»<sup>82</sup>. De lo anterior se colige que un tribunal arbitral podría aplicar el DUE como derecho, si bien no podría reenviar una cuestión prejudicial al TJ en caso de duda sobre la validez o interpretación de aquella norma, al no admitir el TJ las cuestiones remitidas por un órgano arbitral<sup>83</sup>.

En el caso *Eureko* el tribunal arbitral no consideró que esta imposibilidad de acudir al TJ plateara problema alguno, pues alegó que aplicaría el DUE cuando no tuviera dudas sobre su alcance o interpretación apelando a la doctrina del acto claro<sup>84</sup>. En cualquier caso, esta posición genera evidentes riesgos para la unidad del DUE y explicaría por qué la Comisión ha solicitado intervenir activamente en los procedimientos arbitrales iniciados contra los Estados miembros en calidad de *amicus curiae*, en especial en aquellos que se refieren a la vulneración de los derechos reconocidos a los inversores extranjeros en los APPRI intracomunitarios, para proporcionar información suficiente al órgano arbitral sobre el contenido del DUE aplicable en la controversia<sup>85</sup>. Se trata de una intervención muy pertinente que facilita la interacción entre el DI económico y el DUE y aminora los riesgos de fragmentación.

En tercer lugar, por lo que se refiere a la responsabilidad internacional, los Estados miembros son los sujetos responsables por el incumplimiento de un APPRI. Como la UE no es parte en estos acuerdos, no puede comparecer como demandada en un arbitraje de inversión. Ahora bien, la observancia del DUE puede conducir al incumplimiento de un APPRI, por ejemplo,

<sup>82</sup> Díez-Hochleitner, J., «El incierto...», *loc. cit.*, pp. 40-41.

<sup>83</sup> El TJ señaló que «un tribunal arbitral convencional no constituye un órgano jurisdiccional de un Estado miembro (...) dado que las partes contratantes no están obligadas, de hecho o de Derecho, a dirimir sus diferencias a través del arbitraje y que las autoridades públicas del Estado miembro de que se trate no están implicadas en la elección de la vía arbitral y no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante los árbitros»: *vide*. STJ, de 27.1.2005, as. *Guy Denuit y Betty Cordenier c. Transorient – Mosaique Voyages et Culture SA* (C-125/04), apartado 13.

<sup>84</sup> *Vide*. *Eureko BV c. Eslovaquia* (CPA, Caso nº 13/2008, Laudo de 26.10.2010, apartado 282).

<sup>85</sup> PASCUAL VIVES, F. J., «El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 36, 2010, 467-495, pp. 480-485. Es por esto que la propuesta de reglamento analizada en la parte IV del presente trabajo impone a los Estados miembros el deber de informar a la Comisión tanto sobre cualquier arbitraje de inversiones contra ellos interpuesto por los inversores extranjeros, como sobre la iniciación del correspondiente procedimiento de arreglo de las controversias previsto en el APPRI: *vide*. Artículos 13.2 y 13.3 de la propuesta de reglamento.

cuando un Estado miembro adopta medidas conformes con el DUE que, sin embargo, dan lugar a una situación discriminatoria y lesiva para algún inversor. En estos casos, los Estados miembros no pueden alegar en su defensa que las medidas contrarias al APPRI fueron adoptadas en ejecución del DUE, como se establece con carácter general en el Artículo 61 del Proyecto de artículos sobre «Responsabilidad internacional de las Organizaciones internacionales»<sup>86</sup>.

Al atribuir el ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas a la UE, los futuros acuerdos internacionales celebrados por la UE en esta materia deben prever la posibilidad de que la UE posea también legitimación activa y pasiva<sup>87</sup>. Así se han expresado tanto la Comisión<sup>88</sup> como el PE<sup>89</sup> y, en esta línea de principio parecen enmarcarse las negociaciones entabladas por la UE con Canadá para celebrar un acuerdo global sobre cuestiones económicas y comerciales<sup>90</sup>. Sirva el Tratado de la Carta de la Energía como ejemplo que debería marcar la pauta de las futuras relaciones entre la UE y los terceros Estados. La UE y sus Estados miembros figuran como Estados partes y se declaran responsables del cumplimiento de las obligaciones internacionales previstas, en función de las competencias que cada uno tiene atribuidas por el DUE<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> El Artículo 61 del Proyecto de artículos sobre «Responsabilidad de las Organizaciones internacionales», aprobado por el Comité de redacción de la CDI en segunda lectura (A/CN.4/L.778, de 30.5.2011), establece que: «1. Un Estado miembro de una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si, prevaliéndose de que la organización es competente en relación con el objeto de una de las obligaciones internacionales del Estado, se sustrae al cumplimiento de la obligación induciendo a la organización a cometer un hecho que, de haber sido cometido por el Estado, habría constituido una violación de esa obligación.

2. El párrafo 1 se aplica independientemente de que el hecho sea o no internacionalmente ilícito para la organización internacional». Asimismo, pueden consultarse los comentarios realizados por el ponente G. GAJA en su cuarto informe sobre la responsabilidad de las OI: *vide*. A/CN.4/564/Add.1, de 12.4.2011, párs. 64-74.

<sup>87</sup> PASTOR PALOMAR, A., «La interinidad de los APPRI bilaterales de los Estados miembros con la vigencia del Tratado de Lisboa», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (dir.), *El desarrollo...*, *op. cit.*, 301-309, p. 305.

<sup>88</sup> *Vide*. COM (2010) 343 final, de 7.7.2010, p. 10.

<sup>89</sup> *Vide*. ARIF, K., «Draft Report on the Future European International Investment Policy», PE454.567v01-00, de 20.12.2010, p. 7.

<sup>90</sup> Para obtener información relacionada con estas negociaciones: *vide*. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/can-eu.aspx#contact> (consultada el 11.7.2011).

<sup>91</sup> El Anexo ID del Tratado de la Carta de la Energía que: «The Communities and the Member States will, if necessary, determine among them who is the respondent party to arbitration proceedings initiated by an investor of another Contracting Party. In such cases, upon request of the investor, the Communities and the Member States concerned will make such determination within a period of 30 days. (This is without prejudice to the right of the investor to initiate proceedings against both the Communities and their Member States).

The Court of Justice of the European Communities, as the judicial institution of the Communities, is competent to examine any question relating to the application and interpretation of the constituent treaties and acts adopted thereunder, including international

En resumen, será necesario realizar importantes cambios a nivel institucional para configurar las modalidades de participación de la UE en el arbitraje de inversión<sup>92</sup>. Por ejemplo, en estos momentos la UE no puede acceder como parte al Convenio CIADI, ni tampoco apelar a su Mecanismo complementario. Así las cosas, cabe tanto la posibilidad de solicitar la enmienda de aquel convenio, como de modificar las reglas de su Mecanismo complementario, una opción que requiere el voto mayoritario de los Estados miembros del CIADI pero que técnicamente resulta menos onerosa que la primera. En todo caso, para definir con mayor nitidez este expediente importa que las Instituciones y los Estados miembros convengan los foros competentes para conocer las futuras controversias arbitrales, entre los que la UE parece preferir el CIADI<sup>93</sup>, y resuelvan asimismo otras cuestiones relacionadas con las modalidades de intervención y de reparación en caso de ser declarados responsables por el incumplimiento de un futuro acuerdo internacional sobre inversiones.

### **III. LOS MECANISMOS PREVISTOS PARA RESOLVER LA SUPERPOSICIÓN NORMATIVA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INVERSIONES**

En este epígrafe se examinan, primero, las soluciones adoptadas por el DI

agreements concluded by the Communities, which under certain conditions may be invoked before the Court of Justice.

Any case brought before the Court of Justice of the European Communities by an investor of another Contracting Party in application of the forms of action provided by the constituent treaties of the Communities falls under Article 26[2][a] of the Energy Charter Treaty. (Article 26(2)(a) is also applicable in cases where the Court of Justice of the European Communities may be called upon to examine the application or interpretation of the Energy Charter Treaty on the basis of a request for a preliminary ruling submitted by a court or tribunal of a Member State in accordance with article 177 of the EC Treaty). Given that the Communities' legal system provides for means of such action, the European Communities have not given their unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation.

As far as international arbitration is concerned, it should be stated that the provisions of the ICSID Convention do not allow the European Communities to become parties to it. The provisions of the ICSID Additional Facility also do not allow the Communities to make use of them. Any arbitral award against the European Communities will be implemented by the Communities' institutions, in accordance with their obligation under Article 26(8) of the Energy Charter Treaty».

<sup>92</sup> Por esta razón, los acuerdos mixtos celebrados por la UE y sus Estados miembros que disponen algún capítulo relacionado con la protección de las inversiones extranjeras generalmente no establecen mecanismos para el arreglo de las controversias inversor-Estado en su articulado. Tal es el caso del Acuerdo de libre comercio entre la UE y sus Estados Miembros, por una parte, y Corea, por otra, de 6.10.2010 (*BOE* de 9.7.2011); que excluye expresamente del ámbito de aplicación del acuerdo los procedimientos de solución de controversias entre los inversores y los poderes públicos (nota 11 al Artículo 7.10).

<sup>93</sup> *Vide. Investment Arbitration Reporter*, vol. 4, n° 8 (2011), pp. 3-8.

general para resolver la sucesión de tratados relativos a una misma materia. En segundo lugar, se analiza el alcance del Artículo 351 del TFUE, la norma prevista por el DUE para dar respuesta a estas situaciones, a partir de la jurisprudencia dictada por el TJ y se concluye la existencia de varios límites y carencias que impiden su aplicación a la materia objeto de estudio.

### A) El marco general de referencia establecido por el Derecho internacional público

La superposición de normas relativas a una misma materia fue un problema presente en la práctica internacional anterior al proceso codificador del Derecho de los tratados<sup>94</sup>. Los órganos judiciales internacionales que se ocuparon de esta cuestión resolvieron afirmando la aplicación del tratado anterior, pero evitaron pronunciarse sobre la validez del tratado posterior incompatible<sup>95</sup> y las consecuencias jurídicas en sede de responsabilidad

<sup>94</sup> Vide. *Costa Rica v. Nicaragua*, Corte de Justicia Centroamericana, Sentencia de 30.9.1916 [en *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), pp. 181-229]; *Jurisdiction of the European Commission of the Danube*, CPJI, *Advisory Opinion of 8.12.1927, Series B, No. 14*, p. 23; *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, CPJI, *Avis Consultatif du 5.9.1931, Séries A/B, No. 41*, pp. 48-49; *Oscar Chinn*, CPJI, *Arrêt du 12.12.1934, Séries A/B, No. 63*, p. 80; y *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, CPJI, *Arrêt du 4.4.1939, exception préliminaire, Séries A/B, No. 77*, pp. 75-76.

<sup>95</sup> Esta cuestión, pese a no ser tratada en algunas decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), fue discutida en sede jurisdiccional. Así queda patente en las opiniones disidentes emitidas por ciertos jueces: vide. la Opinión Disidente del Juez Schücking (pp. 149-150) y la Opinión Individual del Juez Van Eysinga (pp. 135-136) en *Oscar Chinn*, CPJI, *Arrêt du 12.12.1934, Séries A/B, No. 63*. Asimismo, son ilustrativas las Observaciones del Juez Nyholm (p. 73) y la Opinión Disidente del Juez Negulesco (pp. 126-130) en *Jurisdiction of the European Commission of the Danube*, CPJI, *Advisory Opinion of 8.12.1927, Series B, No. 14*. La doctrina clásica sí había discutido esta cuestión en detalle. Por ejemplo, pueden contrastarse opiniones a favor y en contra de considerar las cuestiones relativas a la nulidad del tratado posterior, respectivamente: vide. OPPENHEIM, L.F.L., *Tratado de Derecho Internacional Público*, tomo I, vol. II (traducción al español de la 8ª edición a cargo de J. LÓPEZ OLIVÁN y J. M. CASTRO-RIAL), Bosch, Barcelona 1961, pp. 485-488; y ROUSSEAU, Ch., «De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international», *Revue générale de droit international public*, t. 39, 1932, 133-192, pp. 140-162. Resulta también interesante consultar, por orden de publicación, las opiniones de BLUNTSCHLI, M., *Le Droit international codifié*, (traducción al francés a cargo de M. C. LARDY), Guillaumin et Cie, Paris, 1895, pp. 243-244; McNAIR, A.D., «La terminaison et la dissolution des traités», *Recueil des Cours*, t. 22, 1928-II, 459-538, pp. 513-514; VERDROSS, A., «Règles générales du droit international de la paix», *Recueil des Cours*, t. 30, 1929-V, 271-517, p. 430; SALVIOLI, G., «Les Règles générales de la paix», *Recueil des Cours*, t. 46, 1933-IV, 1-164, pp. 26-28; GUGGENHEIM, P., «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Recueil des Cours*, t. 74, 1949-I, 191-268, pp. 219-225; GUGGENHEIM, P., *Traité de Droit international public*, t. I, Librairie de l'Université – Georg & Cie SA, Genève, 1953, pp. 143-145; ACCIOLY, H., *Tratado de Direito Internacional Público*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1956, pp. 569-573; O'CONNELL, D.P., *International Law*, vol. I, Stevens & Sons Limited, London, 1965, pp. 290-292; NOZARI, F., *Unequal Treaties in International Law*, S-Byran Sundt, Stockholm, 1971, pp. 75-77; y HARASZTI, G., *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, (traducción al inglés a cargo de J. DECSENYI), Akadémiai Kiadó, Budapest, 1973, pp. 294-306. Durante el proceso codificador del Derecho de los tratados, H. LAUTERPACHT propuso un precepto que admitía la doctrina de la nulidad del tratado posterior incompatible con

internacional. La solución que presenta el CVDT a la superposición de normas internacionales respeta estas coordenadas<sup>96</sup>.

En primer lugar, el Artículo 30 del CVDT establece varios criterios para afrontar la sucesión de tratados relativos a una misma materia reconociendo la primacía de la Carta de las Naciones Unidas<sup>97</sup>, de 26.6.1945, afirmando el principio de soberanía de los Estados partes en un tratado para definir el régimen que rige en las relaciones con un tratado posterior donde alguno de ellos también es parte<sup>98</sup> y, en fin, salvando las cuestiones relacionadas tanto con la nulidad del tratado no aplicable como con la responsabilidad internacional del Estado<sup>99</sup>. Estos criterios permiten al operador jurídico de-

otro anterior. Señalaba el ponente que «An international tribunal requested to enforce a treaty obligation previously undertaken by one or more of the parties to the new treaty must decline to enforce the subsequent treaty. It must do so on the ground that the latter is void. (...) (I)f parties to a treaty bind themselves to act in a manner which is a violation of the rights of a party under a pre-existing treaty, they commit a legal wrong which taints the subsequent treaty with illegality»: *vide. Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1953, p. 156 y *cf.* LAUTERPACHT, H., «The Covenant as the Higher Law», *British Yearbook of International Law*, vol. 17, 1936, 54-65, pp. 62-64. Resulta también interesante contrastar esta posición en dos trabajos del mismo autor, por orden de publicación: *vide.* «Contracts to Break a Contract», *Law Quarterly Review*, vol. 52, 1936, pp. 494-529; y «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des Cours*, t. 62, 1937-IV, 95-422, pp. 308-311. En su segundo informe el ponente asumió una postura más conservadora, en línea con la jurisprudencia internacional, y no tan proclive a ponderar necesariamente la invalidez del tratado posterior, salvo en los casos donde la incompatibilidad entre los dos tratados fuera manifiesta y esencial: *vide. Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1954, pp. 134-137. Señala el párrafo tercero de la propuesta formulada por H. LAUTERPACHT que la nulidad del tratado posterior sólo puede invocarse cuando «the departure from the terms of the prior treaty is such as to interfere seriously with the interests of the other parties to that treaty or substantially to impair *an essential aspect of its original purpose*».

<sup>96</sup> La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los tratados celebrada en Viena durante los años 1968 y 1969 no realizó modificaciones sustanciales a la última propuesta formulada por el ponente. Tan sólo cabe destacar, primero, la enmienda formulada por Francia para que se tuvieran en cuenta expresamente a cierto tipo de tratados posteriores celebrados sólo por algunos Estados partes en un tratado multilateral restringido anterior; segundo, los recelos de la delegación de la Unión Soviética a que se permitiera a un Estado celebrar un tratado posterior incompatible con sus obligaciones anteriores convenidas con terceros ajenos al tratado posterior; y, tercero, la solicitud del Reino Unido de que se clarificaran los conceptos de «sucesión» y «relativos a la misma materia»: *vide. United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Official Records, Summary of the Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the whole*, vol. I (A/CONF.39/11), pp. 164-166; y *United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Official Records, Summary of the Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the whole*, vol. II (A/CONF.39/11/Add.1), pp. 56, 222 y 253.

<sup>97</sup> BOE de 16.11.1990.

<sup>98</sup> AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 216-227.

<sup>99</sup> *Vide. Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 1963, pp. 199-202. En la Conferencia de Viena también se puso de relieve la autonomía del Derecho de los tratados frente al Derecho de la responsabilidad internacional, señalando que «if the conclusion or application of the treaty constitutes an infringement of the rights of parties to another treaty, all the normal consequences of the breach of a treaty follow with respect

terminar, caso por caso<sup>100</sup>, qué tratado internacional resulta aplicable entre dos Estados cuando al menos uno de ellos fuera parte en varias relaciones convencionales sucesivas relativas a la misma materia<sup>101</sup>.

to that other treaty. The injured party may invoke its right to terminate or suspend the operation of the treaty (...) and it may equally invoke the international responsibility of the party which has infringed its right»: *vide. United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Official Records, Summary of the Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the whole*, vol. III (A/CONF.39/11/Add.2), p. 37. Las cuestiones relacionadas con la responsabilidad internacional del Estado se excluyen del CVDT, tal y como señala su Artículo 73. Asimismo, se descarta expresamente la nulidad del tratado no aplicable al quedar esta circunstancia sometida a lo establecido en el Artículo 42 del CVDT: *vide. ROSENNE, S., Breach of Treaty*, Groutius Publications, Cambridge, 1984, p. 88.

<sup>100</sup> En este sentido, J. KLABBERS pone de relieve que «in a horizontal legal order, the solution of treaty conflicts is bound to remain problematic. As long as states remain sovereign equals, as long as treaties are based on the consent of those sovereign equals, and as long as those treaties cannot be regarded as anything other than *res inter alios acta*, the law lacks the instruments to settle treaty conflicts in a simple and straightforward way»: *vide. KLABBERS, J., «Beyond the Vienna Convention: Conflicting Treaty Provisions»*, en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 192-205, pp. 203-205, especialmente p. 204.

<sup>101</sup> El Artículo 30 del CVDT establece: «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;

b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado».

El Artículo 30 del CVDT no se ocupa, por ejemplo, de los posibles efectos jurídicos derivados de la interacción entre un tratado anterior y una norma consuetudinaria posterior que resultara incompatible con aquel, como señala KONTOU, N., *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 22-24. Una concepción crítica de este precepto puede consultarse en REUTER, P., *Introduction to the Law of Treaties*, (traducción al inglés a cargo de J. Mico y P. Haggemacher), Pinter Publishers, London, 1989, párs. 200-203; y SADAT-AKHAVI, S.A., *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003, pp. 70-97. Asimismo, este precepto no se pronuncia sobre la validez del tratado que no resulta aplicable, ni tampoco define el concepto de los tratados relativos «a la misma materia».

En segundo lugar, el Artículo 41 del CVDT permite a los Estados miembros en un tratado multilateral la posibilidad de establecer regímenes particulares, aplicables en sus relaciones mutuas. Estos regímenes deben ser compatibles con el tratado multilateral y no pueden obstaculizar los derechos del resto de Estados partes<sup>102</sup>. Se trata, en definitiva, de otra norma que indirectamente regula la superposición de regímenes convencionales. Los Estados partes en un tratado multilateral pueden alterar su contenido en sus relaciones particulares, siempre que esta posibilidad sea contemplada o no quede prohibida por el tratado y, además, cuando no perjudique los derechos de las otras partes<sup>103</sup>. La superposición de tratados se resolvería mediante la aplicación de los criterios establecidos en el Artículo 30 del CVDT<sup>104</sup>. El tratado posterior rige entre los Estados partes y en todo aquello no contemplado por éste sigue aplicándose el tratado multilateral anterior. Mientras que en las relaciones entre los Estados partes en el tratado posterior y los Estados que no son partes rige el tratado anterior, es decir, el tratado donde todos son partes<sup>105</sup>.

Como explica E. ROUCOUNAS, este último concepto fue introducido a última hora por la CDI quizá como transacción ante la supresión del término «conflicto de tratados»: *vide*. ROUCOUNAS, E., «Engagements parallèles et contradictoires», *Recueil des Cours*, t. 206, 1987-IV, 9-287, pp. 80-82.

<sup>102</sup> El Artículo 41 del CVDT señala: «1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

- a) si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o
- b) si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:
  - i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y
  - ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga».

<sup>103</sup> Resulta importante destacar esta norma por su utilidad en el seno de la estructura institucional del sistema internacional, puesto que permite establecer mecanismos de cooperación de distinta intensidad entre los Estados miembros de las OI. Si bien esta cuestión no despertó especial interés ni entre los Estados ni las OI con ocasión de la codificación del Derecho de los tratados aplicable a estas últimas: *vide*. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 1978, p. 188; *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part I, 1982, p. 10; y *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part II, 1982, pp. 48-49.

<sup>104</sup> RIGAUX, A. y SIMON, D., «Article 41», en CORTEN, O. y KLEIN, P. (coords.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, t. II, Bruylant, Bruxelles, 2006, 1561-1587, pp. 1563-1656.

<sup>105</sup> Algunos miembros de la CDI expresaron que dicho precepto no debía otorgar una libertad discrecional al Estado para modificar los tratados internacionales que hubiera celebrado: *vide*. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 1964, p. 268; y *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, Part II, 1966, pp. 123-128. Véase en el mismo sentido las observaciones y comentarios presentados por algunos Estados como, por ejemplo, Finlandia, Países Bajos o Portugal en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1966, pp. 292, 322 y 335. En este mismo orden de cosas, la Conferencia de Viena rechazó una propuesta de artículo introducida por H. WALDOCK que preveía la modifica-

Por último, en tercer lugar, el Artículo 59 del CVDT también plantea la superposición de regímenes convencionales en el marco del procedimiento de terminación de los tratados. Este precepto dispone, bajo ciertas condiciones, la terminación del tratado anterior cuando todos sus Estados partes celebran uno posterior sobre la misma materia<sup>106</sup>. En el caso de dos tratados sucesivos relativos a la misma materia donde participan idénticos Estados, el CVDT ofrece una solución que parte del Artículo 30.3, según el cual, se aplica el tratado posterior y también el anterior, en todo aquello que no resulta incompatible con el primero. No obstante, el Artículo 59 introduce una excepción a este criterio, puesto que bajo la concurrencia de ciertas condiciones permite decretar la terminación o la suspensión del tratado anterior. A diferencia de las medidas hasta ahora examinadas, se trata de un precepto que no sólo establece un criterio de prioridad entre dos tratados internacionales, sino que además decreta la terminación o la suspensión del tratado anterior incompatible con el posterior<sup>107</sup>. Por tanto, el consentimiento expreso de los Estados partes resulta un elemento clave para fundamentar la invocación de este precepto<sup>108</sup>. Este consentimiento no se presume, puesto que nada impide que un tratado anterior pueda seguir operando entre los Estados que lo celebraron, aun cuando estos hubieran convenido otro posterior sobre la misma materia.

Conviene distinguir todos estos preceptos, pues ha sido frecuente el recurso a ellos al enfrentarse al problema de los tratados sucesivos en el ámbito de la UE. En definitiva, el CVDT resuelve la superposición de normas interna-

ción de los tratados en virtud de la práctica posterior de los Estados partes: *vide. United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Official Records, Summary of the Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the whole*, vol. III (A/CONF.39/11/Add.2), p. 158.

<sup>106</sup> El Artículo 59 del CVDT dispone: «1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o

b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes».

<sup>107</sup> La configuración de este precepto en la CDI fue discutida por muchos de sus miembros, al considerar que este expediente se podía solucionar utilizando otros artículos del proyecto presentado por el ponente. Destacan, por ejemplo, las opiniones de R. AGO, A. DE LUNA, S. ROSENNE o A. VERDROSS en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, Part I, 1966, pp. 55-57; y nuevamente S. ROSENNE en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, Part II, 1966, p. 312.

<sup>108</sup> Deben consultarse los debates en la Conferencia de Viena en *United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Official Records, Summary of the Records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the whole*, vol. I (A/CONF.39/11), pp. 350-352. La solución adoptada por el CVDT entronca, por ejemplo, con la práctica seguida por el Reino Unido: *vide. McNair, A.D., The Law of Treaties. British Practice and Opinions*, Columbia University Press, New York, 1938, pp. 478-491.

cionales sucesivas e incompatibles identificando el tratado aplicable a las relaciones jurídicas entre las partes, con arreglo a los principios de buena fe, igualdad soberana y relatividad. No se ocupa, por el contrario, de resolver cuestiones relacionadas con la responsabilidad internacional del Estado que celebra los tratados sucesivos, ni tampoco se posiciona en torno a la validez o invalidez del tratado posterior.

## **B) El carácter incompleto del Artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**

Al adherirse a las Comunidades Europeas resultaba necesario que los Estados miembros hicieran compatibles sus compromisos internacionales anteriores con las nuevas competencias atribuidas a las Comunidades, primero, y posteriormente a la UE. Es por esto que, con ocasión del proceso codificador del Derecho de los tratados, H. WALDOCK se refirió al entonces Artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)<sup>109</sup>, más tarde convertido en Artículo 307 del TCE y actual Artículo 351 del TFUE, como un ejemplo de norma particular destinada a regular los tratados sucesivos<sup>110</sup>.

Este precepto se ha mantenido invariable en las sucesivas reformas del Derecho originario. En su primer párrafo se garantizan los derechos y obligaciones convenidos con anterioridad a la creación de las Comunidades Europeas y, para el caso de los Estados que no fueran sus miembros fundadores, también aquellos derivados de los tratados internacionales celebrados con anterioridad a su adhesión a la UE. Tras su incorporación al proceso de integración europea, los Estados miembros conservan la obligación de respetar los compromisos internacionales asumidos previamente con terceros sujetos. Sólo de esta manera se garantizan los derechos adquiridos previamente por estos últimos y se asegura la armoniosa incorporación del Estado miembro al proceso de integración europea<sup>111</sup>. En virtud de esta disposi-

<sup>109</sup> Vide. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1964, p. 37.

<sup>110</sup> El Artículo 351 del TFUE presenta el siguiente tenor: «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.

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias a favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros».

<sup>111</sup> Vide. STJ, de 27.2.1962, as. *Comisión c. Italia* (10/61), p. 22; y STJ, de 11.3.1986, as. *Conegate Limited c. Hm Customs and Excise* (121/85), apartado 25.

ción, además, las Instituciones asumen un deber de no obstaculizar el cumplimiento de estas obligaciones internacionales anteriores<sup>112</sup>, que constituyen *res inter alios acta*.

En el Artículo 351.1 del TFUE se aprecia una tensión entre los dos ordenamientos en presencia, el DI y el DUE. El Estado miembro debe respetar los compromisos internacionales anteriores, pero asimismo debe cumplir sus nuevas obligaciones derivadas del proceso de integración europea. Como señalara el TJ, pronunciándose a propósito de las restricciones a la libre circulación de mercancías impuestas por las autoridades francesas a una empresa que comercializaba queso «Edam» producido legalmente en Alemania, un Estado miembro no puede invocar este precepto cuando los derechos de terceros Estados no quedan afectados<sup>113</sup>. Una situación distinta se produce, por ejemplo, cuando el tratado anterior todavía impone al Estado miembro obligaciones internacionales que los terceros pueden invocar<sup>114</sup>. El TJ se enfrentó a este problema en el caso *Levy*, interpretando la normativa comunitaria relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en las relaciones laborales<sup>115</sup>, a la luz de las obligaciones internacionales anteriores convenidas por Francia en el Convenio nº 89 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria<sup>116</sup>, de 9.7.1948, que establecía importantes restricciones al trabajo nocturno de las mujeres<sup>117</sup>. En este asunto el TJ adoptó una posición de equilibrio entre las obligaciones internacionales anteriores y los objetivos fundamentales del proceso de integración europea<sup>118</sup> y encargó al juez nacional apreciar el alcance de las obliga-

<sup>112</sup> Vide. STJ, de 14.10.1980, as. *Attorney General c. Juan C. Burgoa* (812/79), apartado 9.

<sup>113</sup> Vide. STJ, de 22.9.1988, as. *Ministère public c. Gérard Deserbais* (286/86), apartados 16-18.

<sup>114</sup> Vide. STJ, de 10.3.1998, as. *T. Port GmbH & Co. c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas* (C-364/95 y C-365/95), apartados 60-61. El Tribunal de Primera Instancia (TPI), actual Tribunal General, también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este expediente utilizando similares argumentos: vide. STPI, de 12.7.2001, as. *Banatrading GmbH c. Consejo* (T-3/99), apartados 70-71.

<sup>115</sup> Vide. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9.2.1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (JOCE, nº L 39, de 14.2.1976, p. 40).

<sup>116</sup> BOE de 20.8.1959.

<sup>117</sup> El TJ recordó su jurisprudencia anterior al afirmar la necesidad de comprobar si el tratado anterior impone al Estado miembro obligaciones cuyo cumplimiento puede ser exigido por terceros Estados. Señaló el TJ que «no basta con invocar el principio de igualdad de trato para obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones que incumben a un Estado miembro en (...) virtud de una Convenio internacional anterior, obligaciones cuyo cumplimiento salvaguarda el párrafo primero del artículo 234 del Tratado»: vide. STJ, de 2.8.1993, as. *Ministère public y Direction du Travail et de l'Emploi c. Jean-Claude Levy* (C-158/91), apartados 13 y 17.

<sup>118</sup> Francia denunció el tratado internacional controvertido durante el procedimiento jurisdiccional ante el TJ: vide. ROLDÁN BARBERO, F. J., «Una revisión del artículo 234 del TCE: la Sentencia *Levy* dictada por el TJCE el 2 de agosto de 1993», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, 1994, 481-498, pp. 482-488.

ciones que le correspondían al Estado miembro en virtud de sus compromisos internacionales anteriores<sup>119</sup>. El TJ no se pronunció acerca de las consecuencias jurídicas que podría tener una decisión del juez nacional que diera prioridad a las obligaciones anteriores. Sin embargo, ante este hipotético supuesto de hecho, parece bastante probable que la Comisión habría adoptado medidas contra Francia.

En un par de cuestiones prejudiciales presentadas posteriormente por *la High Court of Justice* y la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales, el TJ volvió a mantener esta posición respetuosa con las obligaciones internacionales convenidas por los Estados miembros con anterioridad a su adhesión al proceso de integración europea. En el primero de los casos (*Evans Medical*), planteado en 1993, se solicitó al TJ que determinara entre otras cuestiones si las disposiciones del TCE en materia de libre circulación de mercancías podían ser exceptuadas por el Reino Unido, en virtud de las obligaciones que dicho Estado miembro había convenido previamente en el marco del Convenio Único de 1961 sobre Estupefacientes<sup>120</sup>. Mientras que en el segundo litigio (*Centro-Com*), presentado en 1995, el TJ debía ponderar si unas medidas nacionales contrarias a la política comercial común quedaban justificadas por haber sido dictadas en cumplimiento de los mandatos del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. En ambos casos se aprecia una ligera evolución jurisprudencial. En efecto, ante la posibilidad de que el Estado miembro adopte medidas contrarias a los principios y objetivos del proceso de integración europea para cumplir los tratados internacionales anteriores, el TJ propuso que el Estado miembro se abstuviera de tomar tales medidas mientras éstas no resultaran obligatorias<sup>121</sup>. Finalmente, en el caso *Atel*, el TJ tuvo que aceptar las medidas adoptadas por Eslovaquia en cumplimiento de un compromiso anterior a su adhesión, porque los particulares estaban facultados para exigir su cumplimiento<sup>122</sup>.

En rigor, se puede concluir que el Artículo 351.1 del TFUE enuncia la regla prevista en el Artículo 30.4.b) del CVDT, según la cual, «en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes». Pero este primer párrafo, no obstante, posee un ámbito material de aplicación limitado. En primer

<sup>119</sup> Vide. STJ, de 2.8.1993, as. *Ministère public y Direction du Travail et de l'Emploi c. Jean-Claude Levy* (C-158/91), apartado 21; y, en el mismo sentido, STJ, de 3.2.1994, as. *Office National de l'emploi c. Madeleine Minne* (C-13/93), apartado 18.

<sup>120</sup> BOE de 22.4.1966.

<sup>121</sup> Como señaló el TJ «cuando un Convenio internacional permite que un Estado miembro adopte una medida que es contraria al Derecho comunitario, pero sin obligarle, el Estado miembro debe abstenerse de adoptar dicha medida»: vide. STJ, de 28.3.1995, as. *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte: Evans Medical Ltd y Macfarlan Smith Ltd* (C-324/93), apartado 32; y STJ, de 14.1.1997, as. *The Queen, ex parte Centro-Com Srl c. HM Treasury y Bank of England* (C-124/95), apartado 60.

<sup>122</sup> Vide. STJ, de 15.9.2011, as. *Comisión c. Eslovaquia* (C-264/09).

lugar, se refiere a los acuerdos celebrados «con anterioridad» a la incorporación del Estado miembro al proceso de integración europea. Se excluyen los acuerdos celebrados por éste con posterioridad a ese momento; acuerdos que también pueden crear una situación de superposición o de conflicto normativo, cuando tras su celebración la UE asume el ejercicio de la competencia sobre las materias tratadas en los mismos. Y, en segundo lugar, se regulan únicamente aquellos acuerdos anteriores celebrados «entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros, por otra», quedando al margen de su ámbito de aplicación los acuerdos anteriores celebrados por dos Estados miembros de la UE.

En el Artículo 351.2 del TFUE se plasma una obligación de hacer para los Estados miembros, consistente en adoptar todos «los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado» entre el DUE y los compromisos celebrados con anterioridad a su adhesión. En cuanto al alcance de este mandato, el TJ ha mantenido una aproximación cautelosa a tenor de los distintos ordenamientos en presencia. Una posición que, en la vía prejudicial, le ha llevado a recomendar a los tribunales de los Estados miembros la interpretación de las obligaciones internacionales de los Estados miembros conforme a sus obligaciones comunitarias<sup>123</sup>. Pero, a medida que el proceso de integración europea se ha intensificado tanto cuantitativa como cualitativamente, el TJ ha adoptado una posición más afín al principio de integración<sup>124</sup> y concibe este precepto como una obligación de resultado; como un mandato que obliga a los Estados miembros al cumplimiento de un resultado concreto, en este caso, eliminar cualquier incompatibilidad entre el DUE y aquellos tratados internacionales celebrados por los Estados miembros antes de su adhesión a la UE<sup>125</sup>.

Esta concepción se defendió por el TJ en una serie de asuntos relacionados con la compatibilidad con el DUE de unos acuerdos de transporte marítimo celebrados por algunos Estados miembros con terceros Estados, que restringían el acceso al reparto de los cargamentos de mercancías a los nacionales de los Estados miembros. En particular, el TJ puso de relieve en uno de estos litigios que los Estados miembros, en el marco de la obligación impuesta por el Artículo 351.2 del TFUE, deben incluso proceder a la denuncia del tratado internacional anterior incompatible con las normas previstas por el DUE, so pena de incurrir en un comportamiento contrario al princi-

<sup>123</sup> Vide. STJ, de 18.11.2003, as. *Budějovicki Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH* (C-216/01), apartado 172.

<sup>124</sup> En este sentido, debe consultarse KLABBERS, J., *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 115-149.

<sup>125</sup> Se ha señalado que «when an international treaty, entered into by one or more Member States after 1958, clashes with a Community measure, that agreement is essentially treated just as internal law and, as a result of the supremacy rule, has to make way»: vide. VAN ROSSEM, J.-W., «Interaction between EU Law and International Law in the Light of *Intertanko* and *Kadi*: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XL, 2009, 183-227, p. 199.

pio de cooperación leal<sup>126</sup> y, por tanto, constitutivo de un incumplimiento de sus obligaciones para con la UE<sup>127</sup>. En este litigio, no obstante, el TJ afirmó que la denuncia del tratado constituye una solución extrema y, por consiguiente, de carácter excepcional puesto que, en primer lugar, cabría interpretar el tratado internacional o la norma nacional que lo desarrolla a la luz del DUE y, en segundo lugar, el Estado miembro podría solicitar la enmienda del tratado anterior para hacerlo compatible con el DUE<sup>128</sup>.

El carácter excepcional que presenta la denuncia del tratado anterior como solución a un supuesto de sucesión de tratados fue confirmado por el TJ en 2005. La Comisión había interpuesto un recurso por incumplimiento contra Austria alegando la incompatibilidad con el DUE de la normativa interna dictada por las autoridades austriacas para adecuar a su ordenamiento jurídico el Convenio nº 45 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas<sup>129</sup>, de 21.6.1935. Austria únicamente había tenido la oportunidad de denunciar este convenio durante el año siguiente al 30.5.1997. En aquel periodo todavía no resultaba incompatible con el DUE la prohibición regulada por dicho convenio y, por tanto, no se podría exigir al Estado miembro su denuncia. Así las cosas, el TJ descartó que la denuncia del tratado anterior fuera la única solución disponible, confirmando que los órganos administrativos y jurisdiccionales de los Estados miembros disponen de un margen para interpretar a la luz del DUE las normas nacionales dictadas en aplicación de los tratados internacionales<sup>130</sup>. La interpretación de los compromisos internacionales anteriores conforme al DUE constituye una aproximación sensible con los princi-

<sup>126</sup> NEFRAMI, E., «The Duty of Loyalty: Rethinking its Scope through its Application in the Field of EU External Relations», *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, 323-359, pp. 342-352.

<sup>127</sup> Señaló el TJ que «si bien los Estados miembros tienen, en el marco del artículo 234 del Tratado, la posibilidad de elegir las medidas apropiadas, también tienen la obligación de eliminar las incompatibilidades que existan entre un convenio precomunitario y el Tratado CE. Por consiguiente, no puede negarse que, cuando un Estado miembro se encuentra con dificultades que hacen imposible la modificación de un Acuerdo, le incumbe denunciarlo»: *vide*. STJ, de 4.7.2000, as. *Comisión c. Portugal* (C-62/98), apartado 49.

<sup>128</sup> En estos litigios sobre los acuerdos de transporte marítimo celebrados por unos Estados miembros con terceros, el TJ invocó por vez primera la denuncia de los acuerdos internacionales anteriores incompatibles con el ordenamiento de la UE como resultado de aplicar el principio de cooperación leal en este ámbito. No obstante, esta posibilidad ya se había admitido en el plano teórico por el Abogado General G. TESAURO. En sus conclusiones presentadas con ocasión del ya citado caso *Levy*, el Abogado General reflexionó sobre las consecuencias derivadas de la aplicación del segundo párrafo del entonces Artículo 234 del TCE y concluyó afirmando que el Estado miembro debe hacer todo lo posible para poner fin a la incompatibilidad, hasta llegar a la denuncia del tratado anterior: *vide*. Conclusiones Abogado General G. TESAURO, as. *Ministère public y Direction du Travail et de l'Emploi c. Jean-Claude Levy* (C-158/91), presentadas el 27.10.1992, apartado 6.

<sup>129</sup> BOE de 21.8.1959.

<sup>130</sup> *Vide*. STJ, de 1.2.2005, as. *Comisión c. Austria* (C-203/03), apartados 43-50 y 69-75.

prios de buena fe y relatividad de los tratados. Sólo de no ser posible esta opción, cuando el Estado miembro tuviera que cumplir efectivamente frente a terceros sujetos obligaciones derivadas de los tratados anteriores, cabría requerir la enmienda o incluso a la denuncia del tratado anterior con los matices y particularidades que incorpora el procedimiento por incumplimiento contra Eslovaquia anteriormente citado (caso *Atel*)<sup>131</sup>.

El Artículo 351.2 del TFUE, sin embargo, no está exento de problemas interpretativos. En primer lugar, se emplea una fórmula muy amplia para referirse a los medios apropiados que deben adoptar los Estados miembros para eliminar las incompatibilidades. En la práctica este inconveniente se resuelve estableciendo una prelación entre los distintos medios al alcance de los Estados miembros. Y, en segundo lugar, este precepto no se refiere a los efectos sobre el patrimonio jurídico de los particulares de las medidas adoptadas por los Estados miembros para hacer compatibles el ordenamiento internacional y el DUE, si bien el TJ ya advirtió sobre este expediente al pronunciarse sobre los derechos tradicionales de los pescadores españoles<sup>132</sup>.

Por último, el Artículo 351.3 del TFUE tiene como objeto limitar el alcance de los beneficios otorgados por el DUE a los Estados miembros<sup>133</sup> y, según lo expresado por la Comisión durante el proceso de codificación del Derecho de los tratados aplicable a las OI, impedir que aquéllos se vean obligados a extender tales ventajas a todos los sujetos con quienes hubieran cele-

<sup>131</sup> CONDE PÉREZ, E., *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, Departamento de Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2007, pp. 48-49. El TJ se expresó de esta forma en el asunto que resolvía la aplicación del Convenio nº 89 de la OIT, relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria, donde afirmó que en «el presente asunto, los dispuesto en el párrafo primero del Artículo 234 no sería aplicable si de la evolución del Derecho internacional, tal como la expuso la Comisión, resultara que la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, prevista por el Convenio OIT, fue derogada en virtud de Convenios posteriores que obligaran a las mismas partes. Nada se opondría entonces a que el Juez nacional aplicara el artículo 5 de la Directiva, tal como fue interpretado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 25 de julio de 1991 (...) y eliminara las disposiciones nacionales que resultaran ser contrarias al mismo»: *vide* STJ, de 2.8.1993, as. *Ministère public y Direction du Travail et de l'Emploi c. Jean-Claude Levy* (C-158/91), apartado 20. Todo lo anteriormente expuesto procede cuando se manifiesta un conflicto entre dos tratados internacionales. Una situación muy distinta tendría lugar si no existiera el conflicto y se decretara que las obligaciones previstas en el tratado anterior hubieran caído en desuso en el DI: *vide* REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público* (2). *Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 331.

<sup>132</sup> *Vide* STJ, de 14.10.1980, as. *Attorney General c. Juan C. Burgoa* (812/79), apartado 10.

<sup>133</sup> Pueden consultarse, por orden de publicación, los trabajos de VIGNES, D., «La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine. Problèmes posés par la Communauté économique européenne», *Recueil des Cours*, t. 130, 1970-II, 207-350; y DIEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 193-197.

brado un tratado internacional que previera una cláusula de la nación más favorecida<sup>134</sup>.

El Artículo 351 del TFUE, por tanto, conjuga el respeto a los compromisos previamente adquiridos por los Estados miembros (principios de buena fe y relatividad de los tratados) con la observancia del DUE (principios de cooperación leal y equilibrio institucional). Sin embargo, se echa en falta una mayor adecuación de este precepto al contexto jurídico donde despliega sus efectos, es decir, el proceso de integración económica y política europea. De haberse acentuado el papel que desarrolla la Comisión como órgano encargado de velar por el cumplimiento del DUE y de haberse concretado las consecuencias generadas *ad intra* para los Estados miembros que mantengan vigentes tratados anteriores incompatibles con el DUE, las imprecisiones subrayadas podrían haberse sorteado. La redacción mantenida por el Derecho originario, desde el punto de vista de las necesidades técnicas de un sistema de integración regional, se entiende sólo porque cuando fue negociado y celebrado el TCE ni siquiera se había llegado a un acuerdo acerca del alcance que debía tener la norma reguladora de los tratados sucesivos relativos a la misma materia en el Derecho de los tratados. Así las cosas, parece razonable que los Estados miembros optaran por una redacción conservadora<sup>135</sup>. Menos comprensible resulta que esta misma aproximación se mantenga en nuestros días.

En lo que se refiere a la protección de las inversiones extranjeras directas, el Artículo 351 del TFUE no puede servir como herramienta jurídica para afrontar la sucesión de tratados internacionales, pues concurren una serie de circunstancias que demuestran su limitado alcance<sup>136</sup>. Primero, no se refiere al régimen jurídico aplicable a los tratados internacionales celebrados por los Estados miembros con posterioridad a su adhesión a la UE. Segundo, no define con precisión el contenido de la obligación de «adoptar todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hubieran observado». Y, tercero, no toma en consideración los efectos que estas medidas podrían producir sobre los derechos adquiridos por los particulares en virtud del régimen internacional anterior. A partir de estas consi-

<sup>134</sup> Vide. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part II, 1978, p. 14.

<sup>135</sup> PASCUAL VIVES, F.J., *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 270-289.

<sup>136</sup> Señala J. KLABBERS que «[I]n cases involving bilateral treaties between Community members and outsiders, or involving multilateral treaties which can none the less be reduced to Hohfeldian sets of rights and obligations, Article 307 can still do its job, and its application leads to compelling results. In cases involving multilateral agreements which are not reducible to bilateral relations, however, Article 307 as traditionally conceived leads to rather contrived or strained results. Where the beneficiary of an antecedent commitment is not another state but an individual, a group of individuals, or even a contourless community, bilateralization does not work, and may occasionally even lead to almost perverse results»: vide. KLABBERS, J., «Re-Inventing the Law of Treaties: The Contribution of the EC Courts», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXX, 1999, 45-74, pp. 64-65.

deraciones, en el siguiente epígrafe se estudia la propuesta de reglamento efectuada por la Comisión el 7.7.2010, que introduce un régimen transitorio para los APPRI celebrados por los Estados miembros con terceros Estados<sup>137</sup>.

#### **IV. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA RESOLVER LA SUPERPOSICIÓN NORMATIVA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INVERSIONES**

Ante los problemas jurídicos que plantea la aplicación del Artículo 351 del TFUE, se hace necesario indagar el régimen jurídico aplicable a los APPRI tanto extracomunitarios como intracomunitarios. En el primero de los casos, se está preparando una propuesta normativa por parte de la Comisión, mientras que para los segundos procede la aplicación del DI general.

##### **A) El régimen especial propuesto por la Comisión para suplir las carencias del Artículo 351 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**

La propuesta de reglamento inviste a la Comisión con una facultad para pronunciarse sobre la compatibilidad con el DUE de los APPRI ya celebrados por los Estados miembros con terceros (vigentes), así como de aquellos acuerdos que se estuvieran negociando o en proceso de celebración cuando entre en vigor el reglamento (futuros).

###### *1. La autorización para mantener la vigencia de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones vigentes celebrados por los Estados miembros con terceros*

La Comisión se ocupa, en primer lugar, de los APPRI que estuvieran vigentes a la entrada en vigor del reglamento de la UE. Estos acuerdos no pueden subsumirse bajo el Artículo 351 del TFUE puesto que fueron celebrados por los Estados miembros tras su adhesión a la UE y cuando todavía conservaban exclusiva competencia en materia de inversiones.

La propuesta de reglamento presentada por la Comisión propugna la estabilidad de las relaciones convencionales y garantiza el cumplimiento de las obligaciones que los Estados miembros hubieran contraído con terceros, pero incorpora un procedimiento para revisar la compatibilidad con el DUE de estos APPRI. Sólo aquellos acuerdos que superen el examen serán autorizados por la Comisión y, desde la perspectiva del DUE, podrán mantener su vigencia durante el periodo transitorio. Los acuerdos no autorizados (incompatibles) deben modificarse o terminarse de conformidad con los mecanismos dispuestos por el Derecho de los tratados. Se trata de una práctica ya utilizada en el seno de la política comercial común, por ejemplo, con el

<sup>137</sup> Vide. COM (2010) 344 final, de 7.7.2010.

objeto de mantener vigentes ciertas disposiciones contenidas en algunos acuerdos comerciales celebrados por los Estados miembros con terceros sujetos<sup>138</sup>. En las siguientes líneas se examinan los principales aspectos del procedimiento de autorización.

En primer lugar, en cuanto al objeto de dicho procedimiento de autorización, la Comisión pretende básicamente revisar la compatibilidad con el DUE de los APPRI celebrados por los Estados miembros, así como examinar si el APPRI obstaculiza el desarrollo de la política comercial común<sup>139</sup>. Por tanto, el examen de compatibilidad al que se someten los APPRI no sólo concluye si sus disposiciones colisionan materialmente con el DUE, sino si también afectan formalmente al desarrollo de las competencias de la UE.

En segundo lugar, la propuesta de la Comisión enumera varias causas que permiten valorar la compatibilidad entre el DUE y un APPRI y, en su caso, justificar la retirada de la autorización. Además de cuando existe un conflicto jurídico entre el DUE y el APPRI, por ejemplo en los casos donde un APPRI se solapa total o parcialmente con materias que han sido posteriormente abordadas en un acuerdo internacional celebrado por la UE<sup>140</sup>, la Comisión prescribe un par de causas que, tal y como están redactadas en la propuesta, resultan inaceptables para los Estados miembros.

La autorización se podría retirar si el APPRI constituye un obstáculo para el desarrollo y la aplicación de las políticas de la UE, especialmente la política comercial común<sup>141</sup>. Este enunciado es demasiado impreciso, pues otorga a la Comisión una facultad discrecional muy importante para determinar si un acuerdo obstaculiza el desarrollo y la aplicación de la política comercial común. Así lo han puesto de relieve el Gobierno del Reino Unido<sup>142</sup> y el Senado de la República Checa<sup>143</sup>. Incluso el Parlamento Europeo (PE) parece mostrarse sensible a estos comentarios y ha sugerido un par de cambios

<sup>138</sup> *Vide.* Decisión 95/133/CE del Consejo, de 19.4.1995, por la que se autoriza la tácita reconducción o el mantenimiento en vigor de las disposiciones cuyas materias estén sujetas a la política comercial común contenidas en los tratados de amistad, comercio y navegación, y en los acuerdos comerciales celebrados por los Estados miembros con terceros países (*DOUE*, n.º L 89, de 21.4.1995, p. 30). En el caso de España se mantuvieron vigentes en virtud de esta decisión del Consejo, entre otros, el Convenio de cooperación económica entre España y Ecuador, de 9.5.1974 (*BOE* de 13.8.1977); el Convenio de cooperación económica entre España y Honduras, de 17.10.1972 (*BOE* de 16.12.1978); o el Acuerdo de cooperación económica y comercial entre España y los Estados Unidos Mexicanos, de 14.10.1977 (*BOE* de 30.4.1980).

<sup>139</sup> *Vide.* Artículo 5.1 de la propuesta de reglamento.

<sup>140</sup> *Vide.* Artículo 6.1.a) y b) de la propuesta de reglamento.

<sup>141</sup> *Vide.* Artículo 6.1.c) de la propuesta de reglamento.

<sup>142</sup> *Vide.* «Documents Considered by the European Scrutiny Committee», de 15.9.2010, apartado 3.14.

<sup>143</sup> *Vide.* «Resolution No. 592 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries», de 3.11.2010, apartado II.3.

en la redacción del texto que harían más gravoso para la Comisión fundamentar la existencia de obstáculos a la política comercial común<sup>144</sup>.

Asimismo, la propuesta permitiría retirar la autorización cuando, transcurrido un año desde que la Comisión solicitara al Consejo iniciar negociaciones conducentes a la celebración de un acuerdo internacional relativo a materias que se solapan con un APPRI, el Consejo no hubiera transmitido las directrices negociadoras a la Comisión<sup>145</sup>. En otras palabras, la Comisión pretende investirse con una facultad que condiciona la capacidad de decisión política del Consejo para celebrar acuerdos internacionales sobre protección de las inversiones extranjeras directas en el ámbito de la UE. De aceptarse esta propuesta la Comisión prácticamente se aseguraría obtener el mandato negociador del Consejo para celebrar estos acuerdos. Si no se dictara ese mandato a su favor, la autorización de los APPRI celebrados por los Estados miembros sería retirada. Así, se pretende reforzar la iniciativa normativa de la Comisión en la ejecución de la futura política convencional de la UE sobre protección de las inversiones extranjeras directas. En todo caso, constituye una propuesta que, desde nuestra perspectiva, se sitúa al límite de los principios de equilibrio institucional<sup>146</sup> y cooperación leal<sup>147</sup>.

Y, en tercer lugar, por lo que se refiere al procedimiento de autorización, en la propuesta se establece una obligación básica a cargo de los Estados miembros de notificar a la Comisión todos los APPRI celebrados con terceros sujetos<sup>148</sup>, que serán acto seguido publicados periódicamente en el *Diario Oficial* de la UE para un mejor conocimiento de todos los operadores jurídicos<sup>149</sup>. La notificación y posterior publicación de los acuerdos los convierte *a priori* en compatibles con el DUE<sup>150</sup>. Y sólo a partir de su notificación y publicación, la Comisión revisa los APPRI a la luz de las causas ya referidas y concluye cuáles son incompatibles con el DUE.

La Comisión o los Estados miembros pueden solicitar durante la fase de revisión del APPRI la celebración de consultas previas<sup>151</sup>. Las consultas entre ambas partes son preceptivas si la Comisión decretara la incompatibilidad del APPRI con el DUE y concluyera que existen razones para retirar la auto-

<sup>144</sup> El texto que propone el PE señala que «The authorisation provided for in Article 3 may be withdrawn where: (...) c) an agreement constitutes *a serious* obstacle to the conclusion of future Union agreements with that third country relating to investment»: *vide*. Artículo 6.1 del texto aprobado por el PE y, en el mismo sentido el Informe previo presentado por el ponente C. SCHLYTER en PE452.807v01-00, de 18.11.2010, p. 13.

<sup>145</sup> *Vide*. Artículo 6.1.d) de la propuesta de reglamento.

<sup>146</sup> *Vide*. STJ, de 22.5.1990, as. *Parlamento Europeo c. Consejo* (C-70/88), apartados 21-22.

<sup>147</sup> *Vide*. STJ, de 2.6.2005, as. *Comisión c. Luxemburgo* (C-266/03), apartados 60-63; y STJ, de 14.7.2005, as. *Comisión c. Alemania* (C-433/03), apartados 66-71.

<sup>148</sup> *Vide*. Artículo 2 de la propuesta de reglamento.

<sup>149</sup> *Vide*. Artículo 4 de la propuesta de reglamento.

<sup>150</sup> *Vide*. Artículo 3 de la propuesta de reglamento.

<sup>151</sup> *Vide*. Artículo 5.2 de la propuesta de reglamento.

rización<sup>152</sup>. En este último caso, si no se encontrara una solución válida tras las consultas<sup>153</sup>, la Comisión podría requerir al Estado miembro, previa intervención de un Comité Consultivo *ad hoc*<sup>154</sup> creado en el marco de la comitología<sup>155</sup>, la adopción de todas las medidas apropiadas para eliminar la incompatibilidad detectada entre el APPRI y el DUE. El incumplimiento por parte del Estado miembro de esta última obligación de resultado, muy similar a la prevista por el Artículo 351.2 del TFUE<sup>156</sup>, significaría la retirada de la autorización del APPRI y su eliminación de la lista de acuerdos publicados con una periodicidad anual en el *Diario Oficial*<sup>157</sup>.

Al analizar la propuesta efectuada por la Comisión, el PE sugiere ampliar el alcance de la obligación de notificación que corresponde a los Estados miembros y exigirles que también hagan constar cualquier cambio futuro en la situación jurídica de los APPRI<sup>158</sup>. Esta medida es más acorde con el carácter periódico que presenta este procedimiento de autorización, así como con la naturaleza evolutiva que asume el ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas en el DUE y, a su vez, revela que las Instituciones de la UE son conscientes de que, dada la complejidad de la materia, la aplicación de este régimen transitorio podría prolongarse durante varios años.

Huelga advertir, para finalizar, que el incumplimiento de las obligaciones de notificar los APPRI y/o de adoptar todas las medidas necesarias para adecuarlos al DUE no produce consecuencias sobre la validez internacional del acuerdo. Conviene, por tanto, que la UE desarrolle y aplique junto a sus Estados miembros la futura política convencional sobre protección de las inversiones extranjeras directas. Sin ese necesario ejercicio de coordinación de la acción exterior, consistente por ejemplo en negociar nuevos acuerdos internacionales mixtos que otorguen las mismas garantías jurídicas a los particulares, prevean fórmulas para limitar la eficacia de las cláusulas de supervivencia de los APPRI<sup>159</sup> y determinen con precisión la distribución de

<sup>152</sup> *Vide.* Artículo 6.2 de la propuesta de reglamento.

<sup>153</sup> El PE considera que la renegociación del APPRI de conformidad con el DUE podría constituir una solución adecuada: *vide.* Artículo 6.2 del texto aprobado por el PE.

<sup>154</sup> *Vide.* Artículo 6.3 de la propuesta de reglamento.

<sup>155</sup> *Vide.* Reglamento (UE) 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.2.2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (*DOUE*, n° L 55, de 28.2.2011, p. 13).

<sup>156</sup> En el Informe presentado ante el PE por el ponente C. SCHLYTER se explicita el contenido de esta obligación, que supone para el Estado miembro la renegociación o la denuncia del APPRI: *vide.* PE452.807v01-00, de 18.11.2010, p. 14.

<sup>157</sup> *Vide.* Artículo 6.4 de la propuesta de reglamento.

<sup>158</sup> *Vide.* Artículo 2 del texto aprobado por el PE.

<sup>159</sup> A través de estas cláusulas de supervivencia las partes mantienen la protección conferida por el APPRI a las inversiones establecidas antes de su denuncia por un periodo que suele oscilar entre los cinco a quince años. Sobre los efectos de estas cláusulas en la práctica de España y América Latina: *vide.* PASCUAL VIVES, F.J., «Consent to ICSID Arbitration: Recent Conventional and Arbitral Practice», *Transnational Dispute Management*, n° 2, 2011, 1-43, pp. 22-29.

la responsabilidad entre la UE y sus Estados miembros, el régimen transitorio resultará insuficiente para superar los problemas venideros.

2. *La autorización para mantener la vigencia de los futuros Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones que celebren los Estados miembros con terceros*

La propuesta de la Comisión también contempla su aplicación tanto a los APPRI celebrados por los Estados miembros con posterioridad a la entrada en vigor del futuro reglamento, como a aquellos APPRI ya celebrados con terceros que se pretendieran modificar por los Estados miembros tras esa fecha. Este procedimiento de autorización se inspira, por ejemplo, en el que en su día se previó para regular la negociación y celebración por parte de los Estados miembros de acuerdos relativos tanto a la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales<sup>160</sup>, como a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, así como sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos<sup>161</sup>.

La Comisión se arroga el derecho de autorizar a los Estados miembros la celebración o la enmienda de tales acuerdos, siempre que como resultado de esta actividad convencional no se genere una incompatibilidad entre el DUE y el APPRI, no queden afectadas las negociaciones que estuvieren en curso entre la UE y un tercer Estado o no se obstaculice el desarrollo y la aplicación de las políticas de la UE relacionadas con las inversiones<sup>162</sup>. Los Estados miembros, por su parte, además de quedar obligados a notificar su

<sup>160</sup> *Vide.* Reglamento (UE) 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.7.2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales (*DOUE*, n° L 200, de 31.7.2009, p. 25).

<sup>161</sup> *Vide.* Reglamento (UE) 664/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7.7.2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos (*DOUE*, n° L 200, de 31.7.2009, p. 46).

<sup>162</sup> *Vide.* los apartados a), b) y c) del Artículo 9.1 de la propuesta de reglamento. Tal y como sucede con los APPRI anteriores, el PE sugiere modificar la última causa de denegación de la autorización. En particular, en el Artículo 9.1.c) del texto aprobado por el PE se propone introducir la expresión «constituya un serio obstáculo para la celebración de futuros acuerdos de la UE con ese tercer Estado» (traducción propia). Se trata de una fórmula que acotaría el ámbito de aplicación material de esta causa de denegación de la autorización y que, como se indica *supra*, respondería a las inquietudes planteadas por algunos Estados miembros. Algunos Estados miembros, como por ejemplo la República Checa, demandan más flexibilidad por parte de la Comisión a la hora de gestionar este procedimiento de notificación: *vide.* «Resolution No. 592 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries», de 3.11.2010, apartado II.2.

intención de renegociar o celebrar un nuevo APPRI<sup>163</sup>, deberían someterse a la decisión que dictara la Comisión autorizando o no tal actividad y, en caso afirmativo, a las directrices que esta Institución les transmitiera durante la negociación del APPRI<sup>164</sup>. Este procedimiento de notificación y autorización presenta carácter multilateral, por dos razones. En primer lugar, porque la autorización de la Comisión se gestiona con la asistencia del ya citado Comité Consultivo *ad hoc*<sup>165</sup>. Y, en segundo lugar, porque según la última propuesta del PE, la Comisión, antes de conceder la autorización, podría consultar al resto de Estados miembros acerca de la necesidad de celebrar un acuerdo sobre inversiones con el tercer sujeto<sup>166</sup>.

Una vez otorgada la autorización la Comisión debe ser informada sobre el estado de las negociaciones y, lo que resulta más importante desde la perspectiva del Derecho de los tratados, puede solicitar a las partes su intervención en tales negociaciones. Aunque ni la Comisión ni el PE han perfilado esta facultad, entendemos que los sujetos negociadores deberían consentir de alguna forma la participación de aquella Institución, con el propósito de asegurarse la compatibilidad entre el APPRI y el DUE y evitar futuros recursos por incumplimiento ante el TJ. El texto propuesto por el PE, de hecho, recorta esta facultad de participación inicialmente propuesta por la Comisión, al conferirle el estatuto de observador sólo en aquellas cuestiones relacionadas con el ejercicio exclusivo de la competencia de la UE<sup>167</sup>.

El derecho de autorización e intervención de la Comisión en la negociación del APPRI se complementa con un derecho que esta Institución también se arroga para intervenir con ocasión de la firma y conclusión del acuerdo. En efecto, la propuesta de reglamento somete la firma y conclusión del APPRI a la autorización de la Comisión, de conformidad con los mismos criterios utilizados para autorizar o no la negociación<sup>168</sup>. A la luz del procedimiento descrito respecto de los APPRI futuros o en fase de negociación por parte de los Estados miembros, puede concluirse que la Comisión propone un régimen transitorio caracterizado por su precariedad formal y material, desde la perspectiva de las obligaciones de los Estados miembros para con sus contrapartes y los particulares.

En primer lugar, por lo que respecta al *ius ad tractatum*, la atribución del

<sup>163</sup> *Vide*. Artículo 8 de la propuesta de reglamento. Esta obligación de notificar de los Estados miembros se complementa en el texto aprobado por el PE, cuyo Artículo 11.7.a) consagra una obligación de información recíproca de la Comisión cuando esta Institución deseara celebrar un APPRI con un tercer Estado.

<sup>164</sup> *Vide*. Artículo 9.2 de la propuesta de reglamento.

<sup>165</sup> *Vide*. Artículos 9.3 y 15.1 de la propuesta de reglamento.

<sup>166</sup> *Vide*. Artículo 9.3.a) del texto aprobado por el PE.

<sup>167</sup> *Vide*. Artículo 10 del texto aprobado por el PE.

<sup>168</sup> *Vide*. Artículos 11 de la propuesta de reglamento y del texto aprobado por el PE. Todo ello pese a que el Informe presentado ante el PE por el ponente C. SCHLYTER proponía una redacción menos taxativa para este precepto: *vide*. PE452.807v01-00, de 18.11.2010, p. 19.

ejercicio de una nueva competencia en el ordenamiento de la UE no resulta automática, sino que precisa de su efectivo ejercicio por parte de las Instituciones. Hasta ese momento, como ha venido reconociendo el TJ<sup>169</sup>, los Estados miembros conservarían ciertas facultades residuales de actuación en virtud del principio de cooperación leal. En esta línea, el régimen propuesto por la Comisión para la protección de las inversiones extranjeras directas otorga competencia a los Estados miembros para seguir celebrando APPRI, bajo la supervisión de la Comisión. Pero, si se conviene que el alcance de la política de protección de las inversiones directas todavía no se ha definido completamente, cabe preguntarse qué seguridad y estabilidad jurídica puede ofrecer la UE a los terceros Estados. Las materias que en nuestros días se consideran competencia de los Estados miembros, en el futuro podrían transferirse al ámbito de la UE. La Comisión necesita definir con más transparencia sus prioridades y los sujetos con los que desea establecer acuerdos internacionales sobre la materia<sup>170</sup>, con el objeto de convertirse cuanto antes en su interlocutor preferente. De lo contrario, los Estados miembros que posean una política de protección de las inversiones más expansiva podrían comprometer la futura negociación de acuerdos por parte de la UE. Mientras tanto no debería descartarse la idea de preparar un modelo de APPRI de la UE, que sirviera de guía a los Estados miembros en la negociación de estos acuerdos<sup>171</sup>. También podría resultar muy útil, siguiendo la misma línea trazada por otros textos de la UE en los que se establecen regímenes transitorios, prever una cláusula que permita decretar la terminación automática del acuerdo bilateral autorizado, celebrado por un Estado miembro con un tercero, cuando la UE concluya un acuerdo posterior con el mismo sujeto<sup>172</sup>.

En segundo lugar, la precariedad se manifiesta porque es la Comisión, con

<sup>169</sup> Vide. STJ, de 14.7.1976, as. *Cornelis Kramer y otros* (3, 4 y 6/76), apartados 39-40; y STJ, de 5.5.1981, as. *Comisión c. Reino Unido* (804/79), apartado 22.

<sup>170</sup> De muy poca ayuda son los comentarios genéricos contenidos en la página 7 de la comunicación «Towards a Comprehensive European International Investment Policy», donde la Comisión se refiere las negociaciones con Canadá, India, Singapur y, más a medio plazo, con China y Rusia.

<sup>171</sup> Se trata de una idea que el Consejo y la Comisión ya han apuntado en algún documento preparatorio, respectivamente: *vide*. «Conclusions on a Comprehensive European International Investment Policy», 3041st Foreign Affairs Council Meeting, de 25.10.2010; y «Global Europe: Competing in the World», SEC (2006) 1230, de 4.10.2006, p. 18.

<sup>172</sup> El citado Reglamento (UE) 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.7.2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales (*DOUE*, n° L 200, de 31.7.2009, p. 25) señala en su Artículo 5.2 que el «acuerdo previsto contendrá una cláusula que disponga: a) la denuncia total o parcial del acuerdo en caso de celebración de un acuerdo posterior entre la Comunidad, o la Comunidad y sus miembros, por una parte, y el mismo tercer país, por otra parte, sobre la misma materia, o b) la sustitución directa de las disposiciones pertinentes del acuerdo por las disposiciones de un acuerdo celebrado posteriormente entre la Comunidad o la Comunidad y sus Estados miembros, por una parte, y el mismo tercer país, por otra parte, sobre la misma materia».

la asistencia de un Comité Consultivo, quien decide sobre la compatibilidad del APPRI con el DUE durante las distintas fases de negociación, firma y conclusión del acuerdo. Cualquier variación impulsada por la Comisión en las prioridades o los objetivos de la política comercial común, por cuanto respecta a las inversiones extranjeras directas, podría significar la no autorización para concluir aquellos APPRI cuya negociación hubiera sido previamente autorizada por la Comisión. Se echa en falta en la propuesta de reglamento un mecanismo que permita a otra Institución de la UE revisar el fundamento jurídico de la autorización de la Comisión, como la adoptada por el Tratado de la Comunidad Económica de la Energía Atómica (TCEEA). En circunstancias parecidas a las que propone la Comisión para los APPRI, el Artículo 103.3 de aquel tratado permite a los Estados miembros elevar una petición urgente ante el TJ, para que esta Institución se pronuncie sobre la compatibilidad del acuerdo internacional que pretenden celebrar con el DUE<sup>173</sup>.

En tercer lugar, la ausencia de un término para el régimen transitorio propuesto por la Comisión también introduce incertidumbre tanto para los Estados como para los particulares. La propuesta sólo establece un plazo de cinco años, a contar desde la entrada en vigor del reglamento, para revisar la necesidad de continuar aplicando este régimen<sup>174</sup>. El texto aprobado por el PE amplía dicho plazo a diez años<sup>175</sup>. Pero en ningún caso, pese a la sugerencia presentada por el ponente del PE<sup>176</sup>, se dispone un término para el régimen transitorio<sup>177</sup>. De todo ello se infiere que la Comisión es perfecta-

<sup>173</sup> Señala el Artículo 103 del TCEEA: «Los Estados miembros deberán comunicar a la Comisión sus proyectos de acuerdos o de convenios con un tercer Estado, un OI o un nacional de un tercer Estado, en la medida en que dichos acuerdos o convenios se refieran a materias que se rigen por el presente Tratado.

Si un proyecto de acuerdo o de convenio contuviere cláusulas que obstaculizaren la aplicación del presente Tratado, la Comisión dirigirá sus observaciones al Estado interesado en el plazo de un mes a partir de la recepción de la mencionada comunicación.

*Dicho Estado podrá celebrar el acuerdo o convenio previsto hasta tanto no satisfaga las objeciones de la Comisión o se atenga a la resolución por la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante un procedimiento de urgencia promovido a petición de dicho Estado, se pronuncia sobre la compatibilidad de las cláusulas previstas con las disposiciones del presente Tratado. La petición podrá presentarse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cualquier momento, a partir de la recepción por el Estado de las observaciones de la Comisión» (cursiva añadida).*

<sup>174</sup> Vide. Artículo 12 de la propuesta de reglamento.

<sup>175</sup> Vide. Artículo 12 del texto aprobado por el PE.

<sup>176</sup> C. SCHLYTER propuso un proyecto de Artículo 12.a) que estable un término de ocho años para el régimen transitorio, afirmando que «without a timeline, the Regulation would allow the emergent of parallel, potentially incompatible investment regimes, thus adding to legal uncertainty»: vide. PE452.807v01-00, de 18.11.2010, p. 22.

<sup>177</sup> Un término que, por ejemplo, sí prevé el Artículo 14 del ya citado Reglamento (UE) 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.7.2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales (DOUE, nº L 200, de 31.7.2009, p. 25), al señalar que el «presente Reglamento expirará a los tres años de la presentación por la Comisión del informe a que se refiere el artículo 13».

mente consciente de lo intrincado y longevo que podría ser el periodo transitorio, no sólo *ad intra*, por el insuficiente grado de desarrollo alcanzado hasta ahora por esta política, sino también *ad extra*, por las extremas garantías para los particulares que ofrecen los APPRI en el momento de su denuncia. Estos acuerdos suelen establecer una cláusula de supervivencia que extiende la protección sobre las inversiones establecidas antes de su denuncia por un determinado periodo adicional.

En suma, el régimen transitorio propuesto exige tanto a los Estados miembros como a los terceros Estados y particulares un seguimiento minucioso de la directrices de la Comisión por lo que respecta a la política comercial común y, en particular, a la protección de las inversiones extranjeras directas. El contenido de los futuros APPRI que celebren los Estados miembros quedará en buena medida constreñido por estas orientaciones, en las que necesariamente deberá inspirarse. Debe entenderse que esta solución pretende reforzar el principio de cooperación leal en una materia tan sensible. En virtud del mismo, como ya se ha indicado *supra*, los Estados miembros deben abstenerse de manifestar su consentimiento en quedar obligados por un acuerdo internacional que estuvieran celebrando con un tercero, cuando se otorgaran directrices negociadoras a la Comisión para negociar otro acuerdo con el mismo sujeto internacional, aunque aquel sujeto hubiera iniciado la negociación antes de la atribución del mandato negociador a la Comisión<sup>178</sup>. No obstante, sería deseable, primero, mayor transparencia por parte de la Comisión a la hora de definir los elementos esenciales de esta política y, segundo, la configuración de un modelo de APPRI de la UE, del que los Estados miembros se puedan servir para celebrar los futuros acuerdos hasta que la UE ejerza efectivamente su competencia convencional sobre esta materia.

## **B) Los acuerdos excluidos del régimen especial: los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones celebrados entre dos Estados miembros de la Unión Europea**

Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados entre dos Estados miembros (APPRI intracomunitarios) se excluyen del ámbito de aplicación del régimen transitorio especial propuesto por la Comisión. Antes de abordar el régimen jurídico que les resulta aplicable, conviene afirmar su vigencia desde la perspectiva del DI público. Ello a pesar de que la Comisión se haya posicionado a favor de la no aplicación de tales acuerdos<sup>179</sup> e incluso desde la doctrina se haya afirmado que tras la adhesión de los Estados del Este de Europa, los APPRI intracomunitarios

<sup>178</sup> *Vide.* STJ, de 2.6.2005, as. *Comisión c. Luxemburgo* (C-266/03), apartados 60-63; y STJ, de 14.7.2005, as. *Comisión c. Alemania* (C-433/03), apartados 66-71.

<sup>179</sup> Así se expresa la Comisión en sus observaciones en el marco de un arbitraje de inversión iniciado contra la República Checa: *vide. Eastern Sugar c. República Checa* (CCE, Caso nº 88/2004, Laudo parcial de 27.3.2007, apartado 126).

celebrados entre estos sujetos y otros Estados miembros habrían dejado de producir efectos jurídicos<sup>180</sup>.

En otro lugar ya se ha advertido que no les resulta aplicable el Artículo 59 del CVDT y que, por tanto, no puede invocarse este precepto del DI general como fundamento para solicitar su terminación<sup>181</sup>. Tampoco puede concluirse que, al resultar incompatibles con el DUE, estos APPRI hayan devenido simplemente inaplicables<sup>182</sup>. Es cierto que el TJ avaló una solución de esta naturaleza en el caso *Burgoa* y el caso *Arbelaiz* al tratar la cuestión de los derechos tradicionales de los pescadores españoles en Francia<sup>183</sup>, pero estos precedentes no ha pasado a la historia precisamente por su rigor en cuanto a la aplicación de las instituciones de DI público<sup>184</sup>.

Algunos Estados miembros, por una parte, se han opuesto expresa o implícitamente a la terminación de estos APPRI<sup>185</sup>, fundamentalmente porque,

<sup>180</sup> 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*, t. 111, 2007, 803-828, p. 812.

<sup>181</sup> PASCUAL VIVES, F.J., «El subsistema regional...», *loc. cit.*, pp. 477-479.

<sup>182</sup> Para un sucinto estudio relativo a la aplicación de este tipo de causas de terminación de los tratados internacionales en la práctica internacional: *vide* COHEN, M.G., «Desuetude and Obsolescence of Treaties», en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law...*, *op. cit.*, 350-359, pp. 357-359.

<sup>183</sup> El TJ afirmó que el nuevo régimen de conservación pesquera establecido por las Comunidades Europeas se había «superimposed» a los derechos de los pescadores españoles, basados en un tratado internacional anterior celebrado entre Francia y España: *vide* STJ, de 14.10.1980, as. *Attorney General c. Juan C. Burgoa* (812/79), apartado 24. En una sentencia posterior, también a propósito de los derechos tradicionales de los pescadores españoles, el TJ utilizó la expresión «replaced» para referirse a la sustitución que había experimentado el régimen anterior hispano-francés: *vide* STJ, de 8.12.1981, as. *Procureur général près a la Cour d'Appel de Pau c. José Arbelaiz-Emazabel* (181/80), apartado 30.

<sup>184</sup> En este sentido, por ejemplo, se pronuncian PASTOR RIDRUEJO, J.A., «Relaciones pesqueras entre España y la Comunidad Europea: la compatibilidad del régimen comunitario interno con los acuerdos particulares entre España y Francia (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Comunitario de 8 de diciembre de 1981)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 9, 1981, 493-505, p. 504; y REMIRO BROTONS, A., «Las relaciones exteriores de las Comunidades Europeas», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y MUÑOZ MACHADO, S. (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, Civitas, Madrid, 1996, 637-708, pp. 657-661.

<sup>185</sup> En un informe presentado en 2007, el Comité Económico y Financiero señaló que «Member States do not share the Commission's concern about arbitration risk and discriminatory treatment of investors. A clear majority of Member States prefers to maintain the existing agreements, in particular with the view to the provisions on expropriation, compensation, protection of investments and investor-to-State dispute settlement»: *vide*. «2007 EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments», ECFIN/CEFCPE(2007)REP/55240, de 23.11.2007, p. 15. El texto íntegro puede obtenerse en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st05/st05123.en08.pdf> (consultada el 13.6.2011).

En su informe de 2008 este mismo órgano afirmó que «While dealing essentially with pre-accession BITs with third countries, three upcoming rulings from the Court of Justice could clarify some of the basic principles involved in this complex area, also with respect

como se expuso en la parte II del trabajo, otorgan a sus nacionales un régimen jurídico más beneficioso que el DUE cuando establecen inversiones en otro Estado miembro. Por otra parte, los Estados miembros del Este de Europa<sup>186</sup>, quienes han visto crecer exponencialmente el número de arbitrajes de inversión iniciados contra ellos, propugnan su terminación para facilitar y allanar la transición hacia el nuevo régimen jurídico.

Resulta patente la falta de consenso ente los Estados miembros acerca del futuro de estos APPRI, una vez que su validez y aplicación desde el plano del DI general es indiscutible. No cabe duda que a medida que la competencia en materia de protección de las inversiones extranjeras directas se consolide en el DUE, los acuerdos intracomunitarios perderán su razón de ser. En todo caso, dadas las «cláusulas de supervivencia» que estos APPRI contemplan como garantía adicional y que, tras su eventual denuncia, protegen las inversiones ya establecidas por un determinado periodo adicional<sup>187</sup>, parece aconsejable una actuación coordinada y conjunta de todos los Estados miembros que son partes en estos acuerdos. Una medida de esta naturaleza lanzaría un mensaje muy positivo no sólo *ad intra*, en tanto que permitiría reforzar el principio de confianza mutua entre los distintos Estados miembros, sino también *ad extra*, puesto que serviría para potenciar la imagen internacional de la UE como espacio respetuoso con la seguridad jurídica y decidido a atraer a las inversiones extranjeras.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La sucesión de tratados relativos a una misma materia requiere, en el Dere-

to intra-EU agreements. In the light of these rulings, the Commission will consider its options with respect to intra-EU agreements, which it has highlighted as a problem in past reports to the Committee and has requested Member States to terminate»: *vide*. «2008 Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments», ECFIN/CEFCPE(2008)REP/55806, de 21.11.2008, párs. 16-18. El texto íntegro puede obtenerse en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st17/st17363.en08.pdf> (consultada el 13.6.2011).

<sup>186</sup> Según los datos ofrecidos por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo algunos Estados miembros del Este de Europa, como la República Checa, Rumania y Hungría, habrían iniciado consultas para terminar y renegociar los APPRI que les vinculan a otros Estados miembros de la UE: *vide*. *World Investment Report. Investing in a Low-Carbon Economy*, United Nations Publications, Geneva and New York, 2010, p. 86; e «Investment Arbitration Reporter», vol. 4, n° 2, 2011.

<sup>187</sup> En el caso de los APPRI intracomunitarios celebrados por España, todos ellos prevén que un periodo de aplicación adicional del acuerdo de diez años: *vide*. el Artículo 14.2 del APPRI celebrado entre la República Checa y España, de 10.12.1990; el Artículo 14.2 del APPRI celebrado entre Eslovaquia y España, de 10.12.1990; el Artículo 11.2 del APPRI celebrado entre Hungría y España, de 9.11.1989; el Artículo 12.3 del APPRI celebrado entre Polonia y España, de 30.7.1992; el Artículo 12.3 del APPRI celebrado entre Rumania y España, de 25.1.1995; el Artículo XII.2 del APPRI celebrado entre Lituania y España, de 6.7.1994; el Artículo 12.2 del APPRI celebrado entre Letonia y España, de 26.10.1995; el Artículo 12.2 del APPRI celebrado entre Estonia y España, de 11.11.1997; el Artículo XII.2 del APPRI celebrado entre Bulgaria y España, de 5.9.1995; y el Artículo XII.3 del APPRI celebrado entre Eslovenia y España, de 15.7.1998.

cho de las OI, de la adopción de normas especiales que establezcan criterios de compatibilidad precisos y completos entre los distintos ordenamientos en presencia. En el ámbito de la UE, el Artículo 351 del TFUE no permite resolver todos los problemas derivados de la superposición normativa, a resultas de su imprecisión e insuficiencia. El TJ lo concibe como un precepto idóneo para afirmar las obligaciones asumidas por los Estados miembros en el proceso de integración europea. En este sentido, el Artículo 351 del TFUE constituye un ejemplo de desarrollo progresivo del Derecho de los tratados aplicable a las OI de integración regional y evidencia el papel que puede jugar la UE como entidad que participa en el desarrollo progresivo del DI.

La adecuación de los APPRI celebrados por los Estados miembros y el DUE resulta un fenómeno susceptible de generar tensiones jurídicas entre el DI económico y el DUE. Tensiones que incluso se transfieren hacia el derecho interno de los Estados miembros; un ordenamiento jurídico que se encuentra en interacción con los anteriores, pues los acuerdos internacionales celebrados por los Estados miembros generan directa o indirectamente derechos que los particulares pueden invocar. Con el objeto de garantizar los derechos adquiridos por los inversores extranjeros y ofrecer la máxima seguridad jurídica, resulta necesario establecer un régimen especial y transitorio para adecuar los APPRI celebrados por los Estados miembros al DUE, tras la atribución a la UE del ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas.

El régimen transitorio propuesto por la Comisión no ofrece una solución para los APPRI celebrados entre Estados miembros y propone soluciones demasiado integracionistas para los APPRI celebrados entre un Estado miembro y un tercer sujeto. Respecto a los primeros, la adecuación de estos acuerdos al DUE debe someterse al Derecho de los tratados y, en particular, respetar los preceptos generales que las partes hubieran pactado sobre las formas de terminación y salvaguarda de los derechos de los particulares. Con relación a los segundos, el procedimiento de autorización previsto durante el periodo transitorio carece de un plazo para su término y pone más énfasis en ordenar y sentar las bases de la futura acción exterior de la UE en la materia, que en resolver los eventuales problemas de compatibilidad que puedan surgir entre los APPRI y el DUE. La Comisión asume una responsabilidad de supervisión exclusiva durante este procedimiento, descartándose la intervención de otras Instituciones como el TJ. Se trata de un régimen transitorio situado, por tanto, en el límite de los principios de cooperación leal y de equilibrio institucional que puede resultar opaco para los inversores extranjeros que detentan derechos protegidos por APPRI ya en vigor o futuros.

Llama la atención que la Comisión esté dispuesta a establecer complejos procedimientos de autorización, revisión y supervisión sobre los APPRI vigentes y futuros que negocien y celebren los Estados miembros para controlar su adecuación con el DUE, pero eluda la búsqueda de un consenso entre

los Estados miembros que permita la adopción de un modelo de APPRI de la UE. La publicación de este modelo no sólo permitiría dar a conocer a los terceros las pautas generales sobre las que se basaría la futura celebración de acuerdos sobre inversiones extranjeras directas por parte de la UE, sino que podría también ser utilizado por los propios Estados miembros durante el periodo transitorio para mantener la uniformidad en su acción exterior y respetar el principio de cooperación leal.

La competencia de la UE sobre protección de las inversiones extranjeras directas todavía se encuentra en proceso de gestación. Pese a su naturaleza exclusiva, todavía existen materias relacionadas con la protección de las inversiones extranjeras situadas extramuros del DUE. Así, la celebración de futuros acuerdos internacionales sobre esta materia desde el ámbito de la DUE debería adoptar forma mixta. De esta manera será posible, por una parte, vincular las cuestiones puramente económicas con otras de contenido social y medioambiental, como la responsabilidad social corporativa, la protección de los derechos de los trabajadores o la protección del medio ambiente y, por otra, establecer un marco de garantías jurídicas equivalente al que los distintos Estados miembros ofrecen en nuestros días en sus respectivos APPRI.