

REVISTA DE ACTUALIDAD JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA

# LALEY Unión Europea

Edición electrónica:  
<http://laleyunion europea.laley.es>

NÚMERO 28

AÑO III • JULIO DE 2015

## DOCTRINA

La confusa actuación de la Comisión Europea en la regulación de la protección de inversiones transnacionales

## DOCTRINA

Las exenciones en materia de impuestos locales a debate en la Unión Europea



LA EVOLUCIÓN  
DEL RÉGIMEN  
EUROPEO SOBRE  
PROCEDIMIENTOS  
DE INSOLVENCIA

 Wolters Kluwer

**LA LEY Unión Europea****Revista de actualidad jurídica de la Unión Europea**

La Revista La Ley Unión Europea persigue el análisis, la promoción y la divulgación de los desarrollos normativos, jurisprudenciales y de la práctica del Derecho de la Unión Europea tanto desde la perspectiva institucional como, preferentemente, material, y el establecimiento de un cauce ágil para el debate técnico-jurídico entre profesionales e investigadores. Está destinada a operadores jurídicos, funcionarios, jueces y abogados, y a profesores universitarios, que precisan estar al día del acontecer de la Unión Europea y contar con una visión rigurosa, a través de autores de reconocido prestigio, de los problemas jurídicos que en ella se suscitan.

**DIRECTOR****José Carlos Fernández Rozas**

Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

**Ángel Espiniella Menéndez**, Profesor titular de la Universidad de Oviedo; **Fernando Esteban de la Rosa**, Profesor titular, acred. Catedrático, de la Universidad de Granada; **Luis Ortíz Blanco**, Profesor titular. Socio de Garrigues Abogados; **Marta Requejo Isidro**, Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg; **José Alberto Sanz Díaz-Palacios**, Profesor titular de la Universidad de Castilla-La Mancha; **Daniel Sarmiento Ramírez Escudero**, Legal Secretary del Tribunal de Justicia

**CONSEJO DE DIRECCIÓN**

**Santiago Álvarez González**, Catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela; **Juan José Álvarez Rubio**, Catedrático de la Universidad del País Vasco; **Paz Andrés Sáenz de Santa María**, Catedrática de la Universidad de Oviedo; **Rafael Arenas García**, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona; **José María Beneyto**, Catedrático de la Universidad CEU-San Pablo; **Pedro A. de Miguel Asensio**, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid; **Francisco Fonseca Murillo**, Director de la Representación la Comisión en España de la U.E.; **Francisco J. Garcimartín Alférez**, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid; **Cristina González Beilfuss**, Catedrática de la Universidad de Barcelona

**CONSEJO EVALUADOR EXTERNO**

**Marie Elodie Ancel**, Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad de París-Est; **Nerina Boschiero**, Prof.ssa Ordinaria, Università degli Studi di Milano; **Rui M. de Gens Moura Ramos**, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Coimbra; **José M<sup>a</sup> Espinar Vicente**, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá de Henares; **Federico F. Garau Sobrino**, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de las Islas Baleares; **Pilar Jiménez Blanco**, Profesora titular, acred. Catedrática, de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo; **Gerard Spindler**, Catedrático de la George August Universität de Gotinga (Alemania).

# SUMARIO

## DOCTRINA

- La confusa actuación de la Comisión Europea en el cambio del arquetipo regulador de la protección de inversiones transnacionales
- Las exenciones en materia de impuestos locales a debate en la Unión Europea (a propósito del asunto Navantia)

## TRIBUNA

- La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia
- La patente europea con efecto unitario, bendecida por el Tribunal de Justicia. Reflexión sobre alguna de las consecuencias para el Derecho de la UE de las Sentencias de 5 de mayo de 2015 (C-146/13 y C-147/13)

## SENTENCIA SELECCIONADA

- Fusión por absorción y responsabilidad de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida (Comentario a la STJ, Sala Quinta, de 5 de marzo de 2015, As. C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis)
- Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales: eficacia del «click-wrapping» (Comentario a la STJUE de 21 de mayo de 2015, Asunto C-322/14, Jaouad El Majdoub y CarsOnTheWeb GmbH)
- Libertad de establecimiento y tributación de plusvalías (Comentario de la STJUE de 16 de abril de 2015, C-591/13)

## JURISPRUDENCIA

- Carácter de ayuda pública de la exención del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de una parcela de terreno perteneciente al Estado y puesta a disposición de una empresa
- Transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente
- Cláusula atributiva de competencia: transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo
- Diferencia de trato entre establecimientos permanentes situados en el territorio de un Estado miembro y establecimientos permanentes situados en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo
- Desestimación de los recursos interpuestos por España contra la creación de una protección unitaria mediante patente

- Práctica comercial engañosa por parte de una empresa de telecomunicaciones a un abogado, que genera gastos adicionales para éste
- La legislación húngara que prohíbe la explotación de máquinas tragaperras fuera de los casinos puede ser contraria al principio de libre prestación de servicios
- Motivos de denegación del reconocimiento en el Estado miembro de residencia normal de la validez de un permiso de conducción expedido por otro Estado
- El Tribunal de justicia clarifica el concepto de «centro de trabajo» en materia de despidos colectivos

## **ACTUALIDAD UE**

- Refundición del Reglamento de insolvencia
- Programa europeo de reasentamiento
- Reforma del sistema de marcas
- Michal Bobek nuevo abogado general del Tribunal de Justicia
- Consulta pública sobre transparencia en materia de impuesto de sociedades
- Procedimientos de infracción contra seis Estados miembros por falta de cumplimiento de la Directiva de servicios
- Operaciones de financiación de valores: normas en materia de transparencia
- Proceso de escasa cuantía
- Distribución de seguros: El Consejo y el Parlamento acuerdan nuevas normas
- Nuevas normas procesales para el Tribunal General



## DOCTRINA

# La confusa actuación de la Comisión Europea en el cambio del arquetipo regulador de la protección de inversiones transnacionales

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

*Catedrático de Derecho internacional privado de la. Universidad Complutense de Madrid*

### Palabras clave

Unión Europea – Comisión – Competencias – Política de inversiones – Arreglo de controversias – APPRIS – ATCI.

### Abstract

*The confused action by the European Commission in changing the regulatory archetype of transnational investment protection*

The position of the EU after the Lisbon Treaty has been a rejection of the still existing settlement of investment disputes provided in the BITS and the Treaty on the Energy Charter, regardless of their income and contributions. This position has been conditioned by two circumstances: first, receiving some radical opposition movement from certain groups, which has the virtue of politicizing the matter when precisely the investment arbitration was born with the aim of depoliticizing this type of litigation; second, the EU negotiations with the US aimed at achieving a transatlantic agreement on trade and investment. In the latter case, having to set rigid positions on the approaches to the counterparty, the Commission has been forced to adopt some criteria on transparency, possible creation of an appellate court, enforcement of arbitral awards and future possible appeal mechanisms, but for this operation has not had a well structured documentation departure.

### Keywords

European Union - Commission - Competences - Investment Policy - Dispute settlement - BITS - TTIP

La posición de la UE tras el Tratado de Lisboa ha sido de rechazo hacia el todavía vigente de arreglo de controversias en materia de inversiones previsto tanto en los APPRIS como en el Tratado sobre la Carta de la Energía, sin reparar en su utilidad y sus aportaciones. Dicha posición ha estado condicionada por dos circunstancias: de un lado, cierta recepción del movimiento de radical oposición procedente de ciertos colectivos, que ha tenido la virtud de politizar la cuestión cuando, precisamente el arbitraje de inversiones nació con la pretensión de despolitizar este tipo de contenciosos; de otro lado, las negociaciones de la UE con los EE UU tendentes a la consecución de un Acuerdo trasatlántico de comercio y de inversiones. En este último caso, al tener que fijar posiciones frente a las rígidos planteamientos de la contraparte, la Comisión se ha visto obligada a adoptar algunos criterios sobre transparencia, eventual creación de tribunal de apelación, aplicación de laudos arbitrales y futuros posibles mecanismos de apelación, pero para esta operación no ha contado con una documentación de partida bien estructurada.

## I. PUESTA EN MARCHA DE UNA COMPETENCIA CONTROVERTIDA

### 1. Cuestiones sin resolver

1. El Tratado de Lisboa ha desplegado sus previsiones de una manera contundente sobre el régimen de las inversiones extranjeras directas al integrarlo dentro de la Política Comercial Común (1), lo que entraña obvias repercusiones en el marco de la política exterior de la Unión y que, a su vez, se sitúa en la esfera de los objetivos generales de la Unión, entre los que estarían la erradicación de la pobreza, el respeto de los derechos humanos y un compromiso con el desarrollo sostenible (2). Como primer exportador mundial de bienes y servicios y principal fuente de inversión extranjera directa, la UE ocupa una posición dominante en el mercado internacional. Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa los Estados miembros contaban con competencia para suscribir Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIS), y otros instrumentos sobre la misma materia de carácter mixto (3), que incluían la regulación de protección de la inversión y el tratamiento de la misma en su territorio una vez practicada. Es cierto que, en términos generales, competía a la UE el acceso a los mercados de inversión, pero no fue de desarrollar una política global, como en tantas otras materias, de la inversión internacional (4).

Tras un período de transición es de suponer que las nuevas competencias de la UE propicien la oportunidad de promover su competitividad en los mercados mundiales, incrementando las inversiones, favoreciendo un mejor acceso a los mercados de terceros países, y reforzando su autoridad en la negociación de los acuerdos sobre inversiones internacionales.

Quedan por resolver cuestiones esenciales derivadas del ámbito competencial de la Comisión en la materia pues hasta la fecha las líneas generales de una política europea de inversiones ofrecen notable oscuridad en función de la naturaleza de la inversión (2) y del porvenir de los APPRIS (3).

2. Resulta menester precisar si la noción de «inversión extranjera directa» (IED) abarca únicamente la inversión orientada a conseguir el control de los intereses en una empresa, con lo

cual la competencia exclusiva no permitiría extender los APPRIS, tal como puso de relieve la polémica sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de junio de 2009 (5), a otras modalidades inversoras. Debe tenerse en cuenta que el Tratado de Lisboa no define la IED admitiéndose que es aquella en la que el inversor posee el control sobre la misma y que, por tanto, entra dentro de la competencia exclusiva de la UE (6), situación que no concurre con las inversiones en cartera. Hasta la fecha, las IED se insertaban en el ámbito de la Política Comercial Común gestionada por la Dirección General de Comercio, y hoy a través de la Unidad de Políticas de Inversión, mientras que las inversiones en cartera corrían a cargo de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, que a partir de 2015 pasó a denominarse Dirección General de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y Pymes (GROW); semejante indefinición repercutía directamente en el ámbito de los poderes de la Comisión constituyendo uno de los escollos más importantes en los debates competenciales. Y ello a pesar de que esta última insiste en que la interpretación de los arts. 63 a 66 y 2007, en relación con con el art. 3.2.º TFUE, confiere la competencia exclusiva de la Unión para adoptar actos jurídicamente vinculantes en el ámbito de las inversiones extranjeras, lo que abarca todas las cuestiones relacionadas con las inversiones extranjeras (IED e inversiones de cartera), incluidas las relacionadas con la solución de controversias sobre inversiones. Despejar esta cuestión es importante, pues el mantenimiento del concepto amplio de inversión inserto en los APPRIS suscritos por los Estados miembros podría dar pie a los tribunales de arbitraje para interpretar y definir el alcance de la noción; por esa razón se afirma, con una clara actitud preventiva, que debería favorecerse la existencia de un acuerdo de inversión de carácter general para la UE que definiese las normas protección y las expectativas de los inversores respecto a las mismas.

3. La actitud de la UE en relación a los APPRIS suscritos por los Estados miembros y, dentro de éstos, respecto del mecanismo de solución de controversias que incluyen, dista mucho de estar clarificada. Una autorización general para los APPRIS existentes y una supervisión de los mismos (*grandfathering*) sin duda aumentarán la seguridad jurídica, pero un sistema basado en las listas de acuerdos autorizados o en remisión de modificaciones a realizar obligatoriamente por los Estados miembros, no contribuye especialmente a dicha finalidad (7). Queda también por dilucidar el papel de la Comisión en las negociaciones de los futuros APPRIS, caso de que esta alternativa no sea sustituida por un Acuerdo multilateral al estilo del fracaso Acuerdo Multilateral de Inversiones en el seno de la OMC. En cualquier caso, dicho Acuerdo debería mantener un nivel de protección de los inversores y de certidumbre jurídica, tan alto a más que el deparado por los APPRIS concluidos por los Estados miembros hasta la actualidad.

## 2. Condicionantes externos

4. Todas estas discusiones tiene lugar dentro de un clima de fuerte confrontación en torno a un modelo vigente, cuyas manifestaciones más importantes son las críticas al mecanismo tradicional del arbitraje de inversiones (5) y las negociaciones en curso entre la UE y los EE UU para la consecución de un Acuerdo trasatlántico sobre comercio e inversiones (6).

5. Desde hace algunos años el modelo derivado de los APRIS (y más tarde de otros acuerdos de carácter multilateral, que incluyen la protección de inversiones) y, dentro de este, los procedimientos de solución de controversias (*Investor State Dispute Settlement* —ISDS—) insertos en ellos, comenzó siendo denunciado desde ciertos sectores anti sistema por estar, en su opinión, supuestamente al servicio de los intereses de los inversores. Este movimiento contestatario se ha extendido no sólo en los sindicatos, las ONG y las organizaciones de consumidores, medio ambiente y salud pública, sino también en importantes organismos internacionales como la

UNCTAD, aunque este último ha ofrecido de soluciones alternativas (8) , y asumido cada vez más por la propia UE, que ha sido sensible a las reclamaciones en torno al ejercicio de acciones decididas para poner fin a unos eventuales abusos y que incluso ha financiado, dentro del marco del programa «Making EU Investment Policy Work for Sustainable Development» publicaciones que defienden posiciones de franca hostilidad hacia el modelo (9) .

El debate está centrado en una compleja dialéctica entre los derechos de los inversores a la protección y el derecho de los Estados a regular en función del interés público. La defensa de este último derecho adquiere paulatinamente una mayor extensión y se ha esgrimido con éxito en las negociaciones de los acuerdos de comercio e inversiones concluidas y por concluir por parte de la UE. Pero en dicho debate se ha contemplado expresamente la posibilidad de que, en su formulación actual, los APPRIS puedan coadyuvar a la gestación de una crisis financiera en un país o agravar una ya existente.

**La cuestión estriba en reforzar la autonomía del arbitraje de inversiones insistiendo en sus características específicas**

No es el momento de valorar la mayor o menor justicia de las críticas al modelo (10) . Lo cierto es que desde medios pro-arbitrales no se ha sabido ofrecer a la sociedad una cierta corriente de autocrítica experimentada, sobre todo en el marco del CIADI, ni se ha sacado partido a los cambios realizados en algunos los Reglamentos de arbitraje, incluyendo la efectuada por el CIADI en 2006 (11) , con importantes proyecciones en el procedimiento, como la admisión de los *amicus curiae*, en el capítulo de ética arbitral, o la reafirmación del cumplimiento de los principios de la ética arbitral puesta de manifiesto en los últimos tiempos con la admisión de numerosas recusaciones contra los árbitros (12) . Acaso

porque los cambios hayan sido meramente epidérmicos. Pero tampoco se ha difundido la pervivencia del deseo y la necesidad de los Estados receptores de atraer y promover la inversión extranjera, ofreciendo para ello una suerte de previsibilidad a los inversores a través del arbitraje internacional como medio preferido para abordar controversias, o la manifestación de un estado de opinión en el sentido de que desaparición radical del modelo tradicional puede producir graves inconvenientes debiendo ponderarse utilidad de mecanismos sustitutorios (13) .

La cuestión estriba en reforzar la autonomía del arbitraje de inversiones insistiendo en sus características específicas, derivadas esencialmente de la presencia del Estado en el litigio, que los distingue de otros tipos de controversias tanto de orden interno como de orden internacional. Por el momento, y al margen de la actuación decidida de la Comisión, no parece que existan especiales inconvenientes en que los Estados Miembros puedan adoptar individualmente medidas de promoción de las inversiones, al igual que lo hacen en relación con promoción de exportaciones, asistencia nacional, regional y local, sobre todo, a través de incentivos fiscales o de asistencia técnica.

En la actualidad los Estados miembros de la UE son parte en casi la mitad de los de APPRIS que están actualmente en vigor en todo el mundo (aproximadamente a 1.400 de 3.000), unos instrumentos que han desempeñado un papel crucial en el fomento y la protección de un alto volumen de inversión de la UE en el extranjero y, recíprocamente, en las inversiones efectuada desde el resto del mundo con destino en la UE.

6. La UE, que ya es parte de un acuerdo que incorpora la posibilidad de resolución de controversias entre inversores y Estados (el Tratado sobre la Carta de la Energía) (14) , concluyó en 2014, inició,



precisamente en el vigente competencial, las negociaciones de los dos primeros acuerdos de libre comercio que contienen instrumentos de protección y de arreglo de controversias, Canadá (CETA) y con Singapur (Singapur UE TLC). Dichos acuerdos introducen un nuevo enfoque, innovando tanto las normas de protección de la inversión, insistiendo en conceptos clave como el «trato justo y equitativo» y la «expropiación indirecta», como los procedimientos de solución de controversias, de los que se reclama mayor transparencia y la imposición de rigurosos códigos de conducta para los árbitros.

En este contexto se están desarrollando las polémicas negociaciones entre las dos economías más grandes del mundo (UE y los EE UU) que podrían cristalizar en un tratado de comercio e inversiones (ATCI-TTIP) (15) y en ellas también es perceptible el clima de confrontación suscitado por diversos colectivos (16) que, curiosamente, está siendo dirigido a las disposiciones sobre la protección de la inversión y a los ISDS (17) .

Resulta plenamente justificado que a lo largo de las negociaciones con los EE UU la Comisión mantenga la defensa de una serie de criterios que deben presidir una eventual regulación del sector de las inversiones. Ahora bien, dichos criterios deben enmarcarse, sin embargo, en esta concreta perspectiva bilateral, con independencia de que puedan tener validez en el diseño de la futura normativa aplicable por la UE para la inversión transaccional en su conjunto. La documentación producida en el último año es ilustrativa de esta confusión de planos en el sentido que la perspectiva reguladora global ha recibido un nuevo impulso a partir de las cuestiones debatidas a propósito de la negociación del TTIP.

## II. POSICIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES DE LA UE

7. La ampliación del marco competencial ha movido a la Comisión a realizar una intensa actividad puesta de manifiesto en distintas acciones, más o menos afortunadas. En los últimos tiempos estas actuaciones, como se ha indicado, se han vinculado tan estrechamente a las negociaciones a propósito del TTIP que han oscurecido las acciones dirigidas al establecimiento de una política de inversiones superadora de la que ha estado vigente hasta la fecha a partir los compromisos bilaterales de los Estados miembros. Por eso muchos de los planteamientos deben valorarse en el contexto de la negociación descrita (18) . En cualquier caso, la Comisaría de Comercio Cecilia Malmström ha expresado su opinión general en la materia en el sentido de que el sistema tradicional de arreglo de controversias previsto en los APPRIS no es adecuado para el siglo XXI (19) .

i) *Transparencia*: En los últimos tiempos se registra un debate abierto en torno a la conveniencia de recurrir al mecanismo arbitral previsto en los APPRIS cuando sus fallos afectan a cuestiones relacionadas con políticas públicas, considerando que tal procedimiento no ofrece el mismo nivel de salvaguardia de la responsabilidad y la transparencia que suele exigirse a los tribunales nacionales. Consecuente con ello, desde 2010 uno de los debates principales se ha centrado en mejorar la transparencia de la solución de controversias entre inversionistas y Estados a partir de una solicitud expresa del Parlamento Europeo en su resolución sobre la futura política europea en materia de inversiones (20) . Tal actividad culminó con la propuesta de Decisión al Consejo, en enero de 2015, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado (21) . A partir de esta iniciativa y junto con otros miembros de la Uncitral, la UE ha impulsado la negociación de una convención multilateral que facilite la aplicación del aludido Reglamento a los tratados de inversión vigentes

incluyendo al Tratado sobre la Carta de la Energía, interesándose en pasar a ser parte en la Convención. Dentro de este contexto, la posición de la Comisión a lo largo de las negociaciones ya concluidas se ha mostrado favorable a la admisión de *amicus curiae* en el procedimiento (22) .

ii) *Independencia e imparcialidad de los árbitros*: En las negociaciones con Singapur y con Canadá se ha criticado los mecanismos tradicionales en torno al nombramiento de árbitros, a sus condiciones de neutralidad, y a su experiencia. La posición de la Comisión ha sido reforzar estas cuestiones con la exigencias de que los árbitros elegidos sean expertos en Derecho internacional y que cumplan con un estricto código de conducta equivalente al menos a las Reglas de la IBA sobre conflictos de intereses (23) . Y, al lado de esto la Comisión se inclina por limitar los poderes a la institución administradora del arbitraje.

iii) *Responsabilidad financiera*. Una de las cuestiones más polémicas es la que atañe a la responsabilidad financiera derivada de los casos de resolución de controversias entre inversores y Estados debe recaer en quien haya producido el trato objeto de la controversia. Cuando el trato en cuestión haya sido dispensado por las instituciones de la Unión, la responsabilidad financiera debe recaer en ellas. pero si el trato en cuestión haya sido dispensado por un Estado miembro de la UE, la responsabilidad financiera debe recaer en él. En este último caso, la Comisión considera que la Unión solo será responsable financieramente si las medidas adoptadas por el Estado miembro son requeridas por la legislación producida por ésta. Todas estas cuestiones tienen respuesta en el Reglamento (UE) núm. 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte (24) .

iv) *Aceptación de un mecanismo de apelación*. En el sistema tradicional el fallo de un tribunal arbitral es definitivo y solo puede revisarse o anularse en circunstancias muy extremas. Sin embargo, desde 2010 la Comisión aboga por las ventajas de crear un Tribunal Internacional de Inversiones que actúe en segunda instancia para garantizar la coherencia y la previsibilidad del sistema de arreglo de controversias. Dicha instancia conllevaría una utilización de recursos más eficiente y tendría mayor legitimidad y desempeñaría un importante papel para garantizar la corrección la previsibilidad, la legitimidad y la transparencia del sistema.

8. En el pleno del 10 de julio de 2014, de conformidad con el art. 29, ap. 2, de su Reglamento interno, el Comité Económico y Social Europeo decidió elaborar un dictamen sobre esta cuestión titulado «La protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión», que fue aprobado por la Sección Especializada de Relaciones el 28 de abril de 2015 (25) . En dicho Dictamen se baraja la conveniencia de llevar al convencimiento de los inversores que el mecanismo de solución de controversias establecido en los APPRIS debe ser un último recurso y que es conveniente acudir a otros métodos alternativos, como la conciliación y la mediación (26) . Asimismo el CESE se inclina por la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones que, en su opinión, sería la mejor solución pues desempeñaría un gran papel para garantizar la legitimidad y la transparencia del sistema y para obtener una interpretación más coherente y a unas decisiones más exactas.

9. Al margen de la asignación de nuevas competencias a la UE, no puede descartarse que los APPRIS suscritos por los Estados

## No debe olvidarse el nuevo papel del Parlamento Europeo en las negociaciones con terceros países

miembros contengan disposiciones incompatibles con el Derecho de la Unión. En este concreto marco debe repararse en que en 2009 el Tribunal de Justicia de la UE declaraba en tres sentencias el incumplimiento por Austria, Finlandia y Suecia de las obligaciones derivadas del TCE, tras dejar constancia que las cláusulas sobre libre transferencia de capitales contenidas en sus acuerdos de promoción y

protección de inversiones (APPRI) con terceros países resultan contrarias al TCE (exigiendo su renegociación o denuncia) (27) . En concreto, estimó que son incompatibles con los arts. 57.2º, 59 y 60.1º TCE, en materia de libre circulación de capitales y pagos y que ello obliga a adoptar medidas concretas a los Estados implicados y no limitarse a denunciar el correspondiente APPRI. Según el Tribunal de Justicia la posibilidad de recurrir a otros medios ofrecidos por el Derecho internacional como la suspensión del convenio, o incluso la denuncia de los acuerdos de que se trata o de alguna de sus cláusulas era demasiado incierta en sus efectos para garantizar que las medidas adoptadas por el Consejo pudiesen ser eficazmente aplicadas. Profundizar sobre esta cuestión obligaría a una crítica severa de la actitud del Tribunal de Justicia en la aplicación de un subsistema normativo que pretende privilegiar, en detrimento de las «normas primarias» procedentes del Derecho internacional.

10. Paralelamente no debe olvidarse el nuevo papel del Parlamento Europeo en las negociaciones con terceros países, puesto de relieve en las actuales a propósito del TTIP, pues el Tratado de Lisboa también reforzó las competencias de éste órgano e al hacerlo colegislador, en pie de igualdad con el Consejo, en lo que respecta a la legislación comercial. Igualmente confirió al Parlamento un papel más activo en los procesos de negociación y ratificación de los acuerdos comerciales internacionales. Desde la introducción de estos cambios, el Parlamento ha adoptado un enfoque muy proactivo en materia comercial que incluye su decisión de estar presente en las reuniones de los Grupos del Consejo en la materia, lo que obliga a analizar si esto supondría o no una extralimitación de sus competencias ya que el Parlamento tiene fundamentalmente competencias legislativas.

Volviendo a la negociación del TTIP, tras un complejo proceso (28) , el Parlamento planteó en su sesión de 8 de julio de 2015 dirimir las futuras controversias comerciales entre inversores y Estados a través de un nuevo sistema judicial, gestionado por jueces nombrados de manera pública y sujetos a reglas de control y transparencia, reemplazando la solución arbitral prevista en los APPRIS (29) .

### III. CONSIDERACIÓN DE LOS APPRIS VIGENTES ENTRE ESTADOS MIEMBROS

#### 1. Incompatibilidades en presencia

11. Gran parte de estos APPRIS se concluyeron en el interior de la UE en la década de 1990 con anterioridad a las ampliaciones de 2004, 2007 y 2013, con el objeto reforzar la protección del inversor por medio de la compensación para los procedimientos de expropiación y del arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones. Dentro del complejo entramado convencional que acaba de describirse siguen en vigor alrededor de 200 APPRIS entre los Estados miembros considerados, los cuales han sido objeto de especial miramiento por parte de la Comisión para suspender su eficacia.

Con motivo de la adhesión de nuevos Estados miembros en 2004, la Comisión advirtió su preocupación sobre los APPRIS que vinculaban a éstos con otros Estados de la UE. En principio, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los APPRIS intracomunitarios suscritos con anterioridad a las adhesiones al ser tratados internacionales suscritos entre dos Estados miembros y sobre una materia que no ha habido sido comunitarizada mantuvieron su vigencia tras la referida adhesión (30) . Pero esta situación, que genero un gran debate doctrinal (31) , difícilmente podía mantenerse. La posición de rechazo tuvo una primera manifestación concreta en 2006 con motivo de una carta a las autoridades de la República checa donde se indicó que el Derecho de la Unión debía prevalecer sobre este tipo de acuerdo y que éstos no eran de aplicación en los asuntos que eran competencia de la Comunidad. Esta decidida posición también se refleja en una nota enviada el mismo año al Comité Económico y Financiero (ECOFIN) donde la Comisión mostró su disconformidad con la coexistencia de los APPRIS *ad intra* con el mercado único una vez consumada la adhesión, exhortando a su denuncia (32) .

12. En relación con los APPRIS entre Estados Miembros y Terceros Países, el cambio en el reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros no afecta, *prima facie*, a la validez de las obligaciones de los Estados miembros en virtud de los acuerdos existentes. Es un principio reconocido por el Derecho internacional. Partiendo del reconocimiento de este axioma, en el sentido de que los APPRIS siguen siendo vinculantes para los Estados miembros en virtud del Derecho internacional público (33) , es propósito de la Comisión sustituirlos progresivamente, a medida que desarrolle su poder competencial, por acuerdos de la Unión en la misma materia que concedan un acceso amplio y un trato no discriminatorio a los inversores de ambas partes. Para ello se requiere una gestión adecuada, atendiendo a las necesidades de los inversores durante cada etapa (planificación, establecimiento en un país, etc.) (34) A ello responde en buena medida el Reglamento (UE) nº 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países. La referida disposición exige a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para eliminar las posibles incompatibilidades con el Derecho de la Unión que contengan los acuerdos bilaterales de inversión celebrados entre ellos y terceros países. Bien entendido que este instrumento no puede obstar a la aplicación del art. 258 del TFUE en lo que respecta a posibles incumplimientos por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión.

13. A partir de aquí, la Comisión ha reafirmado con reiteración esta posición inicial. Entre otros muchos ejemplos cabe referirse a la presentación por parte la Comisión en 2008, a título de *amicus curiae* (35) , de un escrito ante un tribunal administrado por el CIADI el asunto *AES / Hungría* (36) , o a las observaciones escritas dirigidas en 2010 al Tribunal de Justicia el asunto *Eureko / Slovakia* donde se consideraba que «Intra-EU BITs amount to an "anomaly within the EU internal market". There is at the very least a partial overlap between intra-EU BITs and the internal market provisions of the EU, and this calls into question the permissibility of the continued existence of intra-EU BITs» (37) .

Entre los argumentos esgrimidos figuran que: a) las inversiones extranjeras en la UE deben beneficiarse de

## Los APPRIS confieren derechos dentro de la UE sobre una base bilateral a los inversores de algunos Estados miembros solamente

condiciones de competencia justas, uniformes y óptimas; b) los APPRIS han sido ampliamente superados por la normativa comunitaria, porque ésta ya protege la propiedad de los inversores; c) tras la ampliación las garantías de los APPRIS dejan de tener sentido habida cuenta que todos los Estados miembros están sujetos a las mismas normas de la UE en el mercado único, incluidas las relativas a las inversiones transfronterizas (en particular, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales); d). todos los inversores de la UE se benefician de la misma protección gracias a normas de la UE (por ejemplo, la no discriminación por razón de

nacionalidad).

Estos argumentos contradicen lo dispuesto en los APPRIS, los cuales confieren derechos dentro de la UE sobre una base bilateral a los inversores de algunos Estados miembros solamente. En efecto, dentro de la UE los APPRIS tienden, a juicio de la Comisión, a fragmentar el mercado único por conferir derechos a algunos inversores de la UE sobre la referida una base bilateral (38) . Sus disposiciones se superponen y generan conflictos con la ley del mercado único de la UE sobre las inversiones transfronterizas lo que constituye, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una discriminación basada en la nacionalidad incompatible con la legislación de la UE. Más concretamente a la Comisión no considera de recibo que la decisión de un tribunal de arbitraje en un litigio entre inversores y un Estado Miembro tenga carácter vinculante y no esté sujeta a revisión por parte del Tribunal de Justicia. Por tanto el futuro del contenido de estos instrumentos está en el aire (39) .

## 2. Asunto Micula / Rumanía

14. Lo anterior pone en evidencia las tensiones entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional, especialmente en lo relativo al monopolio jurisdiccional del TJ (art. 19 TUE y arts. 263 SS TFUE); unas tensiones que acaso alcanzaron el punto más culminante de conflictividad con el Dictamen del TJ 2/13, de 18 de diciembre de 2013 sobre la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos (40) . Ahora bien, en la materia que nos ocupa la máxima manifestación de la defensa de la supremacía del Derecho de la UE por parte de la Comisión es el asunto *Micula / Rumanía* mostrando que el problema enunciado no es puramente teórico sino que entraña consecuencias prácticas importantes. Al asunto arranca de un procedimiento de arbitraje basado en un APPRI dentro de la UE, en el cual la Comisión intervino en calidad de *amicus curiae*, informando al tribunal arbitral de que recompensar los perjuicios derivados de suprimir los incentivos a la inversión equivaldría a restablecer un régimen de ayudas incompatible. Pagar daños y perjuicios equivalentes a reinstaurar una ayuda estatal incompatible, supondría, a su vez, una nueva ayuda estatal que solo podría concederse si esta última la aprobara la Comisión.

Micula había emplazado a Rumanía ante el CIADI por una inversión realizada antes de que este país entrara en la UE, inversión que le permitía acogerse a un incentivo estatal. Al adherirse Rumanía a la UE, suspendió su programa de incentivos para ajustarse a las normas sobre ayudas estatales. Tras interponer en correspondiente contencioso ante el CIADI, el tribunal arbitral, en el laudo arbitral de 11 de diciembre de 2013, concedió una indemnización de 116.000 USD más intereses (total estimado de 250.000 USD) por incumplimiento de las obligaciones previstas en el APPRI ordenando a Rumanía a pagar daños y perjuicios a un inversor sueco, haciendo caso omiso de la referida posición de la Comisión según la cual un laudo de este tipo infringía las normas sobre

ayudas estatales de la UE (41) . No es el momento ahora de señalar las vicisitudes que tuvo el laudo arbitral que no logró ser ejecutado en los EE UU (42) .

15. Ante esta situación, en 2014, la Dirección General de Competencia envió una instrucción provisional a Rumanía ordenándole que no realizara el pago, puesto que se consideraría ayuda estatal ilegal, de conformidad con el art. 107 TFUE («serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones»). Con posterioridad la Comisión adoptó una Decisión por la que se ordenaba a Rumanía a la suspensión de cualquier actuación con vistas a la ejecución o a la aplicación del referido laudo arbitral administrado por el CIADI (43) . De acuerdo con la Comisión la ejecución del laudo arbitral concedería a los demandantes una ventaja económica de la que, de otra forma, no dispondría en el mercado, pues liberaría a los demandantes de algunos de sus gastos ordinarios de funcionamiento (*v.gr.*, derechos de aduana sobre materias primas), les otorgaría importes correspondientes a los supuestamente perdidos con el régimen de ayuda inicial, debido a que tuvieron que soportar sus propios gastos ordinarios de funcionamiento, y concedería a los demandantes intereses sobre los pagos que les liberarían de sus gastos ordinarios de funcionamiento. En suma, la oposición a la ejecución del laudo se basaba en la verosimilitud era susceptible de crear inseguridad jurídica jurídica para los inversores transfronterizos en un momento en el cual la principal prioridad de la UE era promover un entorno favorable al incremento de las inversiones.

No conforme con estos planteamientos la representación de los inversores ha recurrido al Tribunal General el 2 de septiembre de 2014 solicitando la anulación de la referida Decisión con respaldo en dos argumentos. De un lado, la inaplicación del Derecho de la Unión y la carencia de competencia de la Comisión para adoptarla arreglo al art. 11, apartado 1, del Reglamento núm. 659/1999 por infringir el art. 351 TFUE, ap. 1, y el art. 4 TUE, ap. 3, que reconocen y protegen las obligaciones de Rumanía conforme al Convenio CIADI y al Tratado Bilateral sobre Inversiones entre Rumanía y Suecia. De otro lado, el error de Derecho de la Comisión al calificar equivocadamente la ejecución del laudo del CIADI de ayuda de Estado nueva violada la confianza legítima de los demandantes. La decisión del TG, previsible en todo caso, se espera con enorme interés.

## IV. NUEVAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

### 1. Opciones en presencia

16. El panorama descrito aconseja que la Comisión reflexione con mayor profundidad sobre cómo proceder con los APPRIS vigentes, tanto entre Estados Miembros en el interior de la UE o entre Estados Miembros y terceros Estados, sobre todo los que incluyen mecanismos de solución de controversias tradicionales y que pueden utilizarse para obstaculizar el derecho del Estado a reglamentar y establecer políticas estatales legítimas. Para ello, el Capítulo III del Reglamento 1219/12, que está dedicado a la Autorización para modificar o celebrar APPRIS es esencial para entender la compatibilidad de la competencia exclusiva de la Unión con la capacidad legislativa de los Estados Miembros. Como indica el preámbulo de esta disposición, en principio no se prohíbe que los Estados miembros celebren unilateralmente acuerdos de inversión lo que supone, de alguna manera, una cesión de la competencia que se transfiere a los Estados Miembros. Por ello parece oportuno asumir la imposición de determinadas condiciones que se recogen en los arts. 8 a 11. De un lado, la mera intención de entablar negociaciones para modificar o celebrar un acuerdo debe notificarse a la Comisión como mínimo cinco meses antes del inicio de las negociaciones formales,

período que puede alargarse si la Comisión solicitase información adicional. Asimismo, se pondrá en conocimiento del resto de socios comunitarios esta notificación.

**La Comisión busca suprimir los APPRIS vigentes y establecer un nuevo sistema de solución de controversias**

Mas dentro de las opciones en presencia se halla la elaboración de un acuerdo multilateral de inversiones que simplifique los inconvenientes derivados de la amplia red de tratados bilaterales. Ello reforzaría las garantías de protección a las inversiones. Mas por el momento, aparte de concentrarse en la negociación bilateral con EE UU, la Comisión pretende busca suprimir los APPRIS vigentes y el establecimiento de un sistema de solución de controversias de nuevo cuño que todavía no ha perfilado.

El tema no es nuevo pues ya la Comisión había advertido que los APPRIS *ad intra* eran incompatibles con la legislación comunitaria. Cabe recordar que dos Estados miembros (Irlanda e Italia), ya han puesto punto final a estos instrumentos en 2012 y 2013 respectivamente. Sin embargo, como la mayoría de los Estados miembros no han adoptado ninguna medida, la Comisión está poniendo en marcha la primera etapa de los procedimientos de infracción contra cinco Estados miembros. Al mismo tiempo, la Comisión solicita información de con los 21 Estados miembros restantes que todavía cuentan con APPRIS de este tipo en vigor.

**2. Procedimiento de infracción**

17. Dentro de los APPRIS suscritos por los Estados Miembros se hallan los que tienen un ámbito de aplicación *ad intra* en la UE que, en su mayoría, son involucran a países del Este antes de su incorporación. La vigencia de estos convenios ha sido cuestionada reiteradamente por la Comisión, por considerarlos incompatibles con el Derecho de la Unión; por esta razón desde 2010 ha perseguido resolver esta situación a través de un procedimiento consensuado. En ocasiones ha tenido éxito, logrando que alguno de estos instrumentos fuese denunciado por alguna de las partes, anulándose por tanto sus efectos. No obstante, otros Estados Miembros, que han sido demandados por inversores con anterioridad a este cambio competencial o que aún mantienen contenciosos mantienen su vigencia. Ante esta resistencia el 18 de junio de 2015 la Comisión Europea ha iniciado un procedimiento de infracción contra cinco Estados miembros pidiéndoles que pongan fin a los tratados bilaterales de inversión dentro de la UE suscritos entre ellos (intra-UE APPRI). tratando de resolver rápidamente el la cuestión controvertida con el Estado miembro afectado por medio de un diálogo estructurado (EU Pilot).

La Comisión insta a los Estados miembros a poner fin a sus APPRIS en el interior de la UE mediante el envío de cartas de emplazamiento a los cinco Estados miembros (Austria, los Países Bajos, Rumania, Eslovaquia y Suecia) de los cuales ya se había solicitado una aclaración en el pasado a través de intercambios de carácter administrativo, dado que los acuerdos bilaterales en cuestión han sido invocados en procedimientos de arbitraje. En sus escritos de requerimiento, la Comisión hace hincapié en que estas consideraciones se limitan a los tratados bilaterales de los que los Estados miembros de la UE mantienen en vigor entre sí y no se refieren a los APPRIS que los Estados miembros o la UE pueden tener con terceros países, sobre los que se aplican otras consideraciones diferentes.

Estas cartas de emplazamiento son la primera etapa de los procedimientos de infracción en virtud del art. 258 TFUE,

**Los Estados miembros deberán responder a las cartas de emplazamiento de la Comisión en un plazo de dos meses**

dentro del mecanismo denominado «EU Pilot» diseñado para mejorar la comunicación y la resolución de problemas entre los servicios de la Comisión y las autoridades de los Estados miembros sobre asuntos relativos a la aplicación de la legislación de la UE o la conformidad de las normas nacionales con el Derecho de la UE en una fase temprana, antes de que se ponga en marcha un procedimiento de infracción con arreglo al precepto fijado.

Al mismo tiempo, la Comisión se ha dirigido por escrito a todos los otros 21 Estados miembros que mantienen tratados bilaterales de inversión intra-UE, a través del referido procedimiento EU Pilot, para que expresen sus puntos de vista sobre la cuestión

Los Estados miembros deberán responder a las cartas de emplazamiento de la Comisión en un plazo de dos meses, y disponiendo de diez semanas para los procedimientos UE Pilot. La Comisión convocará una reunión con todos los Estados miembros a principios de octubre a fin de prestarles asistencia para que el fin de los tratados bilaterales de inversión intra-UE se lleve a cabo de manera coordinada. La Comisión tiene asimismo la intención de iniciar un debate con los Estados miembros y con todas las partes interesadas sobre la manera de mejorar la protección de las inversiones dentro del mercado único.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

18. La asunción de competencias de la UE en el sector de las inversiones no es un modelo de coherencia. En primer término, en vez de basarse en estudios sólidamente fundados, donde se examinaran con precisión los diferentes niveles de protección y las posibilidades que ofrece el arbitraje en la solución controversias y se indentificaran los intereses de las partes interesadas, la Comisión no ha sido un ejemplo de buen hacer. En segundo lugar, ante la inexistencia de un programa de actuación y de la delimitación de una hoja de ruta precisa la Comisión, ha actuado sectorialmente, y no siempre de manera adecuada, sobre todo al abordar el sistema existente con anterioridad al Tratado de Lisboa, que descansaba en los (APPRIS) suscritos por los Estados miembros y, dentro de este, respecto del mecanismo de solución de controversias que incluyen. Como corolario de la ausencia de una posición común en materia de inversión se ha restringido la capacidad de la Unión para llevar a cabo las negociaciones internacionales de rigor, ya sea dentro de la OCDE, la OMC o través de acuerdos comerciales, como es el caso del TTIP.

Las incoherencias se han proyectado, esencialmente, en el tratamiento deparado a hacia los referidos APPRIS que, no debe olvidarse, son instrumentos regulados por el Derecho internacional público portadores de una serie de obligaciones a los Estados parte que no pueden ignorarse. Un tratamiento escindido entre los Acuerdos entre Estados Miembros y los Acuerdos entre Estados Miembros y Terceros Estados pero que, en rigor, parte de una consideración apriorística: su oposición a los mismos, sin que se hayan ofrecido soluciones alternativas como un régimen de carácter multilateral que obligue a todos los Estados miembros, siguiendo de alguna manera las pautas trazadas en su día por el fracasado Acuerdo Multilateral de Inversiones negociado en los trabajos preparatorios de la creación de la Organización Mundial de Comercio. Tampoco el régimen transitorio establecido por el Reglamento (UE) nº 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 ha dado lugar a una solución armónica, persistiendo soluciones particulares algunas de las cuales pretenden ser evitadas por la Comisión manu militari a través de la interposición de procedimientos de infracción.



**La asunción de competencias de la UE en el sector de las inversiones no es un modelo de coherencia**

19. Si un denominador común puede extraerse de la posición de la UE durante este período ha sido un prejuicio, también apriorístico, hacia el todavía vigente sistema de arreglo de controversias en materia de inversiones previsto tanto en los APPRIS como en el Tratado sobre la Carta de la Energía, sin reparar en su utilidad y sus aportaciones. Aquí la incoherente política de la Comisión ha estado condicionada por dos circunstancias: de un lado, la recepción del movimiento de rechazo de ciertos colectivos, que ha tenido la virtud de politizar la cuestión cuando, precisamente el arbitraje de

inversiones nació con la pretensión de despolitizar este tipo de contenciosos (44), de otro lado, las negociaciones de la UE con los EE UU tendentes a la consecución de un Acuerdo trasatlántico de comercio y de inversiones. En este último caso, al tener que fijar posiciones frente a los rígidos planteamientos de la contraparte, la Comisión se ha visto obligada a adoptar algunos criterios sobre transparencia, eventual creación de tribunal de apelación, aplicación de laudos arbitrales y futuros posibles mecanismos de apelación, pero para esta operación no ha contado con una documentación de partida bien estructurada. Los materiales provenientes de los servicios pertinentes, no constituye un dechado de elegancia jurídica y de directrices orientadoras sino, por el contrario, contienen una serie de lugares comunes mal sistematizados, caracterizados por la imprecisión y la ambigüedad. Con ello se obstaculiza el establecimiento una posición de la Comisión coherente y consensuada con los Estados Miembros, sobre todo con aquellos que tienen mayor implicación en este tipo de contenciosos.

La actitud preconcebida de hostilidad seguida por la Comisión hacia los APPRIS y hacia los ISDS tradicionales, sin un estudio meditado sobre soluciones alternativas, se ha traducido en un rechazo a un paradigma que había adquirido carta de naturaleza en las últimas décadas y que había experimentado una cierta evolución asumiendo muchas de las críticas que justificadamente se habían vertido en su contra (45). Dicha evolución ha sido considerada mínimamente por la Comisión, que ha partido de la admisión de ciertos estereotipos para propugnar nuevos modelos, aún sin concretar, donde se observa la alargada sombra del Tribunal de Justicia.

El proceso parece irreversible. Tras la histórica sesión de 8 de julio de 2015 del Parlamento Europeo, relativa a las negociaciones del TTIP, se propone un sistema nuevo para dirimir los casos en que los inversores consideran que sus intereses particulares son perjudicados basado en una especie de tribunal internacional de comercio, más o menos a semejanza de otros que ya existen para temas de derechos humanos o asuntos marítimos. Estos términos resultan demasiado vagos y deberán de precisarse en un futuro próximo pero, en todo caso, estas actuaciones ponen de relieve que no corren vientos favorables para el sistema tradicional de arreglo de controversias en materia de inversiones.

(1) Durante un extenso período la UE y los Estados miembros compartieron competencias en la regulación de los movimientos internacionales de capitales con respaldo en los arts. 62 a 66 TFUE. Dicha competencia compartida se extendía a múltiples aspectos de la inversión entre los que destacaban la transferencia de fondos y la repatriación de beneficios.

[Ver Texto](#)

(2) Vid. PASCUAL VIVES, F. J., «El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 36, 2010, pp. 467-495; MORENO, L. O. y PÉREZ IBÁÑEZ, C., «La nueva política de la Unión Europea de protección de inversiones», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, n.º 1, 2014, pp. 35-60,

Ver Texto

- (3) Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la UE ya había negociado acuerdos llamados «mixtos» con terceros países que cubren ciertos aspectos de la inversión extranjera, como el Tratado de libre comercio con Chile (2002), el Acuerdo de Asociación Económica con el CARIFORUM (2008) o el Acuerdo de libre comercio con Corea del Sur (2011).

Ver Texto

- (4) KASSEDJIAN, C. y LEBEN, Ch., eds., *Le droit européen et l'investissement*, París, Éditions Panthéon Assas, 2009; EILMANSBERGER, Th., «Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Common Market L. Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 383-429. Vid. BUNGENBERG, M., «Going global? The Common Commercial Policy after Lisbon», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. I, 2010, pp. 123-151.

Ver Texto

- (5) Acerca de la decisión vid. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J., «Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n.º 13, 2011, pp. 97-145. Sobre el problema concreto vid. GARCÍA DE QUEVEDO RUIZ, J. C., «Implicaciones del Tratado de Lisboa sobre la política comercial comunitaria», *Información Comercial Español*, n.º 851, 2009, pp. 77-95, esp. pp. 87-88.

Ver Texto

- (6) STJ, Gran Sala, 12 diciembre 2006, as. C-446/04: *Test Claimants in the FII Group Litigation*. Para el Tribunal «el concepto de inversiones directas hace referencia a cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas o jurídicas y que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica».

Ver Texto

- (7) De acuerdo con lo estipulado en el art. 4 del Reglamento 1219/12, el 8 mayo 2013 el Diario de la Unión Europea publicó todos los APPRI de los Estados Miembros quedando así validados tanto los que están en vigor como todos aquellos que fueron firmados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En el caso particular de España, se hacen públicos 71 APPRI, excluidos los 11 suscritos con los países miembros de la Unión Europea —Bulgaria, Chequia, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía— que están excluidos del Reglamento. De estos 71 Acuerdos, 61 corresponden a los APPRI en vigor publicados oficialmente en la página web [www.comercio.gob.es](http://www.comercio.gob.es), a los que se añaden los firmados antes diciembre 2009 con Angola, Bahrein, Congo, Etiopía, Gambia, Ghana, Mauritania, Arabia Saudita, Senegal y Yemen, que estaban a la espera de ratificación parlamentaria para su entrada en vigor. Dicho requisito se ha cumplido con Senagal (Acuerdo entre el reino de España y la república de Senegal para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho ad referendum en Dakar el 22 noviembre 2007, BOE, 19 de marzo de 2015) y con Bahrein (Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Bahrein para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 22 mayo 2008, BOE, 3 de abril de 2015).

Ver Texto

- (8) Incluso un organismo de la importancia de UNCTAD ha elaborado cinco opciones para reformar el modelo seguido hasta ahora conocido como «arbitraje de inversiones» proponiendo: a) adaptar los sistemas actuales mediante acuerdos interinstitucionales; b) limitar el acceso de los inversores a dicho modelo; c) promover la resolución estatal alternativa; d) introducir vías de recurso a través del establecimiento de una segunda instancia; y e) crear un Tribunal Internacional de Inversiones permanente. [http://unctad.org/es/Docs/diaeia200911\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/Docs/diaeia200911_sp.pdf).

Ver Texto

- (9) Se trata del documento elaborado por la ONG «Traidcraft» en 2015, *Los acuerdos internacionales de inversión a examen. Tratados bilaterales de inversión, política de inversiones de la Unión Europea y desarrollo internacional*.

Ver Texto

- (10) KAUFMANN-KOHLER, G., «When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard». *Arb. Int'l*, vol. 25, n.º 2, 2009, pp. 187-205.

Ver Texto

- (11) El 10 de abril de 2006 entró en vigor la reforma del Reglamento del CIADI que puso fin a un largo de debate iniciado en 2004 cuando el Centro hizo público un documento que contenía algunas notas críticas recibidas durante la última etapa su actividad; entre las reformas más destacadas cabe referirse a las Reglas 6 (declaración de independencia de los árbitros), 32 (asistencia a las audiencias), 37 (intervención de amicus curiae), 39 (medidas cautelares), 41 (objeciones preeliminarias) y 48 (publicación de laudos), así como en sus correspondientes referencias en el Reglamento del Mecanismo Complementario (Additional Facility Rules). La reforma alcanzó también a la regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero sobre la remuneración de los árbitros. Vid. DE LOTBINIE`RE MACDOUGALL, A. y SANTENS, A., «ICSID amends its Arbitration Rules», *Int. Arb. L. Rev.*, vol. 9, n.º 4, 2006, pp. 119-122; ANTONIETTI, A., «The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules», *ICSID Review*, vol. 21, n.º 2, 2006, pp. 427-448; TUCK, A. P., «Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of the Revisions and Proposed Reforms to the ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules», *Law and Business Review of the Americas*, vol. 13, n.º 3, 2007, pp. 885-922.

Ver Texto

- (12) GIORGETTIM, C., «Caratube v. Kazakhstan: for the First Time two ICSID Arbitrators Uphold Disqualification of Third Arbitrator», *American Society of International Law*, vol. 18, n.º 2, 2014; B.S. Vasani y S.A. Palmer, «Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: a New Dawn», *ICSID Review*, vol. 30, n.º 1, 2015, pp. 194-216.

Ver Texto

- (13) Con la finalidad para facilitar un intercambio significativo de puntos de vista sobre las cuestiones pertinentes y oportunas vitales para el desarrollo del mercado interior europeo, de contribuir a un clima de inversión más favorable dentro y fuera de Europa y de promover el conocimiento de todos los aspectos de la legislación comunitaria y las inversiones internacionales, incluido el arbitraje en el ámbito europeo se ha creado en Bruselas la European Federation of International Law and Arbitration (EFILA). Conforman este nuevo lobby las siguientes entidades: Achmea, Herbert Smith Freehills, Linklaters, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Kubas Kos Gałkowski, Mannheimer Swartling, NautaDutilh, Shearman & Sterling y White & Case. Su objetivo es constituir una plataforma para una discusión basada en las cuestiones relativas a la normativa europea e internacional de inversiones. En particular, pretende fomentar el estudio y el debate objetivo sobre el actual sistema de arbitraje de inversión. La conferencia inaugural de la EFILA tuvo lugar en Londres el 23 de enero 2015 con el tema de fondo de la revisión de la reglamentación de inversiones recientemente practicada por la UE. En particular, los ponentes debatieron sobre los asuntos recientes y en tramitación en materia de arbitraje de inversión, incluidos los casos suscitados en el interior de la UE aunque en el evento ocuparon un papel estelar los acontecimientos relacionados con el nuevo modelo de arbitraje de inversión como incluido en CETA y el proyecto de TTIP, así como un posible mecanismo de apelación para los casos de arbitraje de inversión. Entre las participantes figuraron Kaj Hobér, Martti Kosken-Niemi, Erik Castrén, Elisabeth Tuerk, August Reinisch, Matteo Barra, Frank ter Borg, Markus Burgstaller, Stephen Jagusch, Stefaan De Rynck, Jakob Ragnwaldh, Jacomijn van Haersolte-van Hof, Davide Rovetta, Christian Tietje, Matthew Weiniger, Loukas Mistelis, Clive M Schmitthoff, Sir Frank Berman, Markus Burianski, Christofer Fjellner, Annette Magnusson, Gerard Meijer, Karel Daele, Lukasz Gorywoda, Elizabeth Snodgrass, Erica Stein y Hans van Houtte.

Ver Texto

- (14) Decisión 98/181/CE, CECA y Euratom del Consejo y de la Comisión, de 23 de septiembre de 1997, DO n.º L 069 de 9 de marzo de 1998. Vid. ROE, Th. y HAPPOLD, M., *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*, Cambridge University Press, 2011; A. Fernández Pérez, «Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado», *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, n.º 2, 2014, pp. 369-397, esp. 374-377.

Ver Texto

- (15) ROY, J. y DOMÍNGUEZ, R. (eds.), *The TTIP: The Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States*, Miami-Florida European Union Center/Jean Monnet Chair, 2014. <http://www.as.miami.edu/media/college-of-arts-and-sciences/content-assets/euc/docs/books/TTIP.pdf>.

---

Ver Texto

- (16) Vid, los resultados de Consulta promovida por la Comisión sobre la protección de las inversiones en las negociaciones comerciales UE-EE UU, hechos públicos en enero de 2015. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-3201\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-3201_es.htm)

---

Ver Texto

- (17) Vid. GARCÍA LÓPEZ, J., «La Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión: VIII Ronda de Negociaciones», La Ley, Unión Europea, n.º 25, 2015, pp. 51-54; CREMONA, M., «Guest Editorial. Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership», Common Market L. Rev., 52, 2015, pp. 351-362; WEAVER, M., «The Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): ISDS Provisions, Reconciliation, and Future Trade Implications», Emory Int'l L. Rev., vol. 29, n.º 1, 2014, pp. 225-275 ([http://law.emory.edu/eilr/\\_documents/volumes/29/1/comments/weaver.pdf](http://law.emory.edu/eilr/_documents/volumes/29/1/comments/weaver.pdf)).

---

Ver Texto

- (18) Resulta de gran interés el «Concept Paper» titulado «Investment in TTIP and beyond - the path for reform» publicado en mayo de 2015. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF).

---

Ver Texto

- (19) <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1303>.

---

Ver Texto

- (20) Comunicación de la Comisión «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional» [COM (2010) 343 final]. Comunicación de la Comisión «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional» [COM (2010) 343 final]. Informe sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (A7-0070/2011), ap. 31.

---

Ver Texto

- (21) Bruselas, 29.1.2015 COM (2015) 20 final 2015/0012 (NLE).

---

Ver Texto

- (22) Anexo 15 A del Acuerdo entre la UE y Singapur.

---

Ver Texto

- (23) Anexo 15-B del Acuerdo con Singapur.

---

Ver Texto

- (24) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento n.º 912/2014», LA LEY: Unión Europea, n.º 18, 2014, pp. 5-27.

---

Ver Texto

- (25) STJCE 3 de marzo 2009, asunto C-205/06: Comisión c. Austria; STJCE 3 de marzo 2009, asunto C-249/06: Comisión c. Suecia, y STJCE 19 de noviembre 2009, asunto C-118/07: Comisión c. Finlandia.

---

Ver Texto

- (26) Ponente: Sandy Boyle. REX/411 - EESC-2014-05356-00-00-AS-TRA (EN) 13/14.

---

Ver Texto

- (27) Esta opción esta siendo reclamada desde hace algunos años. Vid. COE Jr., J. J., «Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes: A preliminary Sketch», J. Int'l L. & Pol., vol. 12, 2005, pp. 7-46.

Ver Texto

- (28) El Parlamento Europeo se enfrentó el miércoles 10 de junio a una decisión fundamental: apoyar o no la línea marcada por la Comisión respecto de la necesidad y el contenido del TTIP. Sin embargo, en el último momento, el Presidente del Parlamento Europeo decidía retrasar la votación haciendo uso del art.175 del Reglamento de la Eurocámara que le permite devolver una Resolución a la Comisión de procedencia en el caso de que se hubieran presentado un número elevado de enmiendas.

Ver Texto

- (29) En esa fecha el pleno del Parlamento adoptó sus recomendaciones a los negociadores de la Comisión Europea para el TTIP por 436 votos a favor (conservadores, socialdemócratas y liberales), 241 en contra y 32 abstenciones. El texto de compromiso sobre los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado, acordado por los grupos políticos tras largas y tensas negociaciones e incorporado al informe con el voto favorable de 447 diputados, 229 en contra y 30 abstenciones, pide un nuevo sistema judicial que sustituya las disposiciones del ISDS, que se sustenta en el arbitraje privado y es habitual en los acuerdos comerciales. Según la nota de prensa del Parlamento Europeo: «En vez de la versión original que preveía que el TTIP institucionalizara a los tribunales de tipo privado, la cláusula ISDS, en sus siglas en inglés, ahora se propone un sistema nuevo para dirimir los casos en que los inversores consideran que sus intereses particulares son perjudicados por la legislación en un determinado país. La idea, elaborada precisamente por los dirigentes socialdemócratas para vencer las reticencias de sus propios diputados, consiste en la creación de una especie de tribunal internacional de comercio, más o menos a semejanza de otros que ya existen para temas de derechos humanos o asuntos marítimos. Este tribunal estará sujeto a los principios y el control democrático y funcionará de manera transparente. Los jueces, en principio, serán de asignación pública. Sin embargo, para los críticos estos términos resultan demasiado vagos, además del hecho de que sigan rechazando la necesidad de crear mecanismos que estén por encima de la justicia nacional de los Estados afectados».

Ver Texto

- (30) STJCE 10 de noviembre 1992, asunto C-3/91: Exportur / LOR y Confiserie du Tech.

Ver Texto

- (31) Del cual es expresivo el estudio de POULAIN, B., «Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union Européenne», Rev. gen. dr. int. pub., 2007, pp. 803-828.

Ver Texto

- (32) Eastern Sugar B.V. vs The Czech Republic (UNCITRAL ad hoc arbitration in Paris SCC No. 088/2004), Partial Award, 27 March 2007 [http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf) [4/12/2012]

Ver Texto

- (33) STJ (Gran Sala) de 3 de marzo de 2009, asunto C-205/06: Comisión / Austria y 19 de noviembre de 2009, asunto 118/07: Comisión / Finlandia.

Ver Texto

- (34) Comunicación de la Comisión «Hacia una política global europea...», loc. cit.

Ver Texto

- (35) NISSER, C. y LANKE, B., «Reflections on the Role of the European Commission as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings», Eur. Competition L. Rev., vol. 27, 2006, pp. 174-183; E. Levine, «Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation», Berkeley J. Int'l L., vol. 29, 2011, pp. 200-224, esp. pp. 213-217.

Ver Texto

(36) [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf). n.º 8.2.

Ver Texto

(37) PCA Case No. 2008-13: Eureko B.V. / The Slovak Republic, Award on jurisdiction, arbitrability and suspension, 26 de octubre 2010. <http://www.italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf>. Vid. las airtadas observaciones de I. Iruretagoiena Aguirrezabalaga, «El arbitraje de inversión en el marco de los APPRI celebrados entre dos Estados miembros de la Unión: los APPRI intra-UE y el Derecho de la Unión», Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. IV, 2011, pp.

Ver Texto

(38) Vid., desde la perspectiva holandesa HENQUET, Th., «Dutch Bilateral Investment Treaties and Investment Protection in the European Union: Some Observations on Non-Discrimination and Investment Restructuring», Hague Yearb. Int'l L., vol. 23, 2010, pp. 199-219.

Ver Texto

(39) Las posiciones sobre esta materia han sido muy numerosas y variadas. Vid., inter alia, WEHLAND, H., «Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle», Int. Comp. L. Q., vol. 58, 2009, pp. 297-320; EILMANSBERGER, T., «Bilateral Investment Treaties and EU Law», Common Market L. Rev., n.º 46, 2009, pp. 399 ss.; 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, enero-marzo 2010, pp. 5-43; POTEŠTA, M., «Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ», The Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 8, n.º 2, 2009, pp. 225-245; BURGSTALLER, M., «The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States», en International Investment Law and EU Law, (eds. M. Bungenberg et al.), Heidelberg, Springer, 2011, pp. 55 ss, esp. pp. 71-77; SCHICHO, L., «Member State BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?», College of Europe, European Legal Studies/Etudes Européennes Juridiques, 2012. [http://aei.pitt.edu/39283/1/researchpaper\\_2\\_2012\\_schicho\\_final.pdf](http://aei.pitt.edu/39283/1/researchpaper_2_2012_schicho_final.pdf).

Ver Texto

(40) J.C. Fernández Rozas, «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia», La Ley: Unión Europea, n.º 23, 2015, pp. 40-56.

Ver Texto

(41) Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania. Caso CIADI ARB/05/20, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>.

Ver Texto

(42) United States District Court for the District of Columbia, civil no. 1:14-cv-00600 (APM), Memorandum opinion 18 mayo 2015. <https://lettersblogatory.com/wp-content/uploads/2015/05/4340480-0-5351.pdf>.

Ver Texto

(43) Decisión C (2014) 3192 final, de 26 de mayo de 2014, en el asunto sobre ayudas de Estado SA.38517 (2014/NN)— Micula v Rumanía (laudo arbitral del CIADI). Ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) — Aplicación del laudo arbitral Micula/Rumanía de 11dediciembre de2013. Invitación a presentar observaciones en aplicación del art. 108, apartado2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 393 de 7.11.2014).

Ver Texto

(44) RIGO SUREDA, A., «Arbitraje de inversión y desarrollo económico. La relación con el Banco Mundial», Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. III, n.º 2, 2010, pp. 357-376.

[Ver Texto](#)

---

(45) Baste referirse a la opinión de la Comisaria Cecilia Malmström manifestada el 5 de mayo de 2015 «My assessment of the traditional ISDS system has been clear - it is not fit for purpose in the 21st century. I want the rule of law, not the rule of lawyers. I want to ensure fair treatment for EU investors abroad, but not at the expense of governments» right to regulate».

[Ver Texto](#)

---