

Práctica arbitral

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*

(Eureko B.V. c. República de Eslovaquia, Corte Permanente de Arbitraje, Caso N° 2008-13)

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA

Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público
Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco

1. La cuestión de la convivencia de los APPRI celebrados por los Estados miembros con el Derecho de la UE se ha convertido en un tema de extrema complejidad en los últimos tiempos. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa –que reconoce la competencia exclusiva de la UE en materia de inversiones extranjeras directas– no ha hecho más que añadir más dificultad al problema, a la vez que ha trasladado a un primer plano el inevitable debate y estudio del tema que, por otra parte, había pasado (sorprendentemente) bastante desapercibido años atrás¹. Esta problemática general tiene varias e importantes vertientes que exigen un análisis diferenciado según se trate de un APPRI celebrado por un Estado miembro con un tercer Estado (APPRI extra-UE), un APPRI concluido entre dos Estados miembros (APPRI intra-UE) o de controversias anteriores o posteriores a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En la actualidad, el estudio de la problemática que se plantea debe partir del escenario diseñado con los siguientes elementos: en primer lugar, el art. 206 del TFUE incluye la materia de las inversiones extranjeras directas dentro de la política comercial común, que es de la competencia exclusiva de la

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación (referencia IT496-10), financiado por el Gobierno Vasco, bajo la denominación de “Instrumentos y técnicas de protección de intereses y derechos de personas físicas y jurídicas mediante el derecho internacional público y privado”.

¹ Respecto a la competencia de la Unión Europea en el ámbito de las inversiones extranjeras directas, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, *vid.* J. Karl, “The Competence for Foreign...”, *loc. cit.*, pp. 413-448; E. Teynier, “L’applicabilité des traités bilatéraux sur les investissements entre États membres de l’Union européenne”, *Gazette du Palais*, n° 89, 2008.

Unión²; en segundo lugar, respecto a los APPRI extra-UE y sus disposiciones relativas a la libre transferencia de las rentas y beneficios obtenidos durante la inversión, se ha de tener presente la jurisprudencia del TJUE establecida en los asuntos C-205/06 (*Comisión / Austria*), C-249/06 (*Comisión / Suecia*) y C-118/07 (*Comisión / Finlandia*), donde se declara su incompatibilidad con ciertas disposiciones sobre capitales y pagos del TCE³; en tercer lugar, con motivo de la nueva competencia de la Unión, se han adoptado la Comunicación de la Comisión *hacia un política global europea en materia de inversión internacional*⁴ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países*⁵, documentos que han de ser tenidos en cuenta respecto al devenir de los APPRI extra-UE⁶.

Atendiendo tanto a esta jurisprudencia del TJUE como a los primeros pasos adoptados por la UE a través de la Comunicación de la Comisión y la propuesta de Reglamento citadas, se observa que los APPRI intra-UE han quedado al margen de las iniciativas más recientes. No obstante, la pervivencia de los APPRI intra-UE sigue siendo una realidad conflictiva tal y como ha sido puesta de relieve por la doctrina⁷, así como en varias controversias resueltas en sede arbitral; entre estas disputas, se incardina la que enfrenta a la empresa holandesa Eureka B.V. con la República de Eslovaquia, objeto de análisis de la presente nota. En este sentido, la propia Comisión Europea ha

² Vid. M. Bungenberg, "Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon", *European Yearbook of International Economic Law*, 2010, pp. 123-151; A. Reinisch, "The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon"", en *International Investment Law and EU Law*, (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 43-54.

³ Vid. N. Lavranos, "European Court of Justice—Infringement of Article 307—failure of member states to adopt appropriate measures to eliminate incompatibilities between the Treaty Establishing the European Community and bilateral investment treaties entered into with third countries prior to accession to the European Union", *AJIL*, vol. 103, 2009, pp. 716-722.

⁴ COM(2010)343 final.

⁵ COM(2010)344 final. La propuesta de Reglamento data del 7 de julio de 2010; posteriormente, el Parlamento Europeo ha adoptado su posición en primera lectura dentro del procedimiento legislativo ordinario, aprobado el 10 de mayo de 2011 (P7_TC1-COD(2010)0197).

⁶ Vid. Transnational Institute on behalf of the Investment Working Group of the Seattle to Brussels Network, *EU Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A Reader*, 2010, disponible en http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/eu_investment_reader.pdf.

⁷ Vid. H. Wehland, "Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle", *ICLQ*, vol. 58, 2009, pp. 297-320; T. Eilmansberger, "Bilateral Investment Treaties and EU Law", *Common Market L. Rev.*, n° 46, 2009, pp. 399 ss; J. Díez-Hochleitner, "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. 35-43; M. Potestà, "Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, n° 2, 2009, pp. 225-245; M. Bungenberg, "Going Global? The EU...", *loc. cit.*, pp. 137-139; M. Burgstaller, "The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States", en *International Investment Law and EU Law*, (Eds. M. Bungenberg et al.), Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2011, pp. 71-77. M. Olík y D. Fyrbach, "Are the intra-EU investment disputes at their end?", *The European and Middle Eastern Arbitration Review*, 2011, disponible en <http://www.rowanlegal.com/en/download/bits-eu.pdf>.

afirmado que los APPRI intra-UE constituyen una “anomalía dentro del mercado interior de la UE”⁸.

La decisión sobre jurisdicción del Tribunal arbitral en el asunto *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia* tiene visos de convertirse en una decisión de referencia en el tema de la relación entre los APPRI intra-UE y el Derecho de la UE. No es la primera decisión que trata esta cuestión. Varias decisiones le han precedido; entre ellas, la reseñable decisión del Tribunal arbitral *ad hoc* administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en el asunto *Eastern Sugar B.V. c. República Checa*⁹ o la decisión en el caso *Binder c. Checoslovaquia*¹⁰. Sin embargo, en el caso *Eureko B.V. c. Eslovaquia*, el Tribunal arbitral ha decidido dedicar toda una decisión sobre “jurisdicción, arbitrabilidad y suspensión” a las objeciones jurisdiccionales fundadas en argumentos relativos a la problemática que plantean los APPRI intra-UE, seguramente motivado por la relevancia y complejidad de las objeciones presentadas. No en vano, las propias partes en conflicto reconocen la importancia y la posible proyección de estas objeciones, al afirmar, por una parte, que la decisión del Tribunal puede afectar a toda la jurisprudencia en esta materia y a numerosas disputas en el futuro, ante el incierto destino de los viejos APPRI intra-UE –191 en total¹¹–, objeto de un creciente debate en toda Europa todavía no resuelto satisfactoriamente¹². Por otra parte, para *Eureko*, la lógica que defiende el demandado marcaría el final del arbitraje en la UE¹³. Existe otro elemento que hace esta decisión especialmente interesante: la participación, a petición del Tribunal arbitral, de la Comisión Europea – que recordemos es la institución que representa el interés general de la Unión– en el procedimiento arbitral en calidad de *amicus curiae*, mediante la presentación de su propio punto de vista respecto a las cuestiones tratadas.

2. La presente disputa (*Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*) surge en el marco del APPRI celebrado entre los Países Bajos y Eslovaquia en 1992¹⁴. La empresa holandesa *Eureko B.V.* –sociedad que encabeza un grupo de empresas de servicios financieros que ofrecen un variado haz de productos de seguros, incluidos los sanitarios– considera que las medidas legislativas introducidas después del cambio de Gobierno, en julio de 2006, han supuesto una “reversión sistemática” de la liberalización del mercado del seguro médico eslovaco, llevado a cabo en 2004 y que había propiciado que *Eureko* invirtiera en el sector del seguro sanitario en Eslovaquia, mediante la creación e incorporación, en 2006, de la sociedad “Union Healthcare”, filial de su

⁸ *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia* (jurisdicción), párr. 177.

⁹ En http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_eastern_sugar.pdf.

¹⁰ No público.

¹¹ H. Wehland, “Intra-EU Investment...”, *loc. cit.*, p. 298.

¹² Es la opinión de Eslovaquia; *vid. Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, párr. 62.

¹³ *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, párr. 62.

¹⁴ En su origen el APPRI fue firmado en 1991 y entro en vigor el 1 de octubre de 1992 entre los Países Bajos y la República de Checoslovaquia. Después de la independencia de Eslovaquia el 1 de enero de 1993, desde el primer día el APPRI siguió siendo vinculante para éste.

exclusiva propiedad¹⁵. Según Eureko, las nuevas medidas legislativas han acabado con el valor de su inversión (la sociedad “Union Healthcare”) y han supuesto la violación de los preceptos del Tratado bilateral relativos al trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, libre transferencia de los beneficios y rentas de la inversión y la expropiación. La demandante cuantifica los daños sufridos en más de 100 millones de euros. Vinculada a la controversia, es interesante destacar la siguiente circunstancia: meses antes de dar inicio al procedimiento arbitral, Eureko había presentado una queja ante la Comisión Europea, esgrimiendo que las medidas adoptadas por Eslovaquia no eran conformes con el Derecho de la UE. Esta denuncia ha dado lugar al inicio de un procedimiento por incumplimiento de las obligaciones derivadas del TCE contra Eslovaquia bajo el art. 226 TCE (actual art. 258 del TFUE), que en el momento de emitir la decisión de los árbitros se encontraba todavía en la fase administrativa, previa a un posible procedimiento posterior ante el TJUE¹⁶.

En virtud del art. 8 del APPRI de Países Bajos y Eslovaquia, se dio inicio al arbitraje conforme a las reglas de arbitraje de la CNUDMI. Una vez constituido el Tribunal, las partes designaron la Oficina Internacional de la Corte Permanente de Arbitraje para actuar como registro en el arbitraje. Por su parte, eligieron Frankfurt como lugar de arbitraje.

Frente a la demanda presentada por Eureko B.V., Eslovaquia niega las reclamaciones presentadas por éste y plantea objeciones a la jurisdicción tanto *ratione materiae* como *ratione personae*. Además, introduce una objeción jurisdiccional intra-UE, al sostener que la condición de Estado miembro de la UE de Eslovaquia priva de jurisdicción al Tribunal arbitral respecto a la controversia; todo ello por diversos motivos: en primer lugar, la materia del APPRI se encuentra regulada –y la controversia, por tanto, queda regida– por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), debiéndose considerar el APPRI terminado o inaplicable conforme a los arts. 59 y 30, respectivamente, del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados; en segundo lugar, según la demandada, siendo el TJUE quien ostenta la competencia exclusiva respecto a la controversia, la cláusula arbitral del APPRI es incompatible con el TCE y los principios de autonomía y primacía del Derecho de la UE y, por tanto, no resulta aplicable; en tercer lugar, en aplicación del Derecho alemán (que sería aplicable como ley del arbitraje) el Tribunal carece de jurisdicción porque la controversia no es susceptible de ser sometida a arbitraje, esto es, no es arbitrable.

Es en este punto del procedimiento arbitral, donde el Tribunal decide dedicar esta primera decisión sobre jurisdicción exclusivamente a las objeciones relativas a la relación entre el APPRI y el Derecho de la Unión. Estamos, por tanto, ante una decisión (novedosa) específicamente dedicada a las obje-

¹⁵ Vid. *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, párrs. 51–54.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 55. Respecto al procedimiento de incumplimiento ante la Comisión y el TJUE vid. A. Mangas Martín y D. J. Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, sexta edición, Tecnos, España, 2010, pp. 440–443.

ciones jurisdiccionales intra-UE, derivadas de la condición de Estados miembros tanto de Eslovaquia como de los Países Bajos (Estado de la nacionalidad del inversor). Si bien, finalmente, el Tribunal arbitral no ha tenido en cuenta estas objeciones y ha terminado declarándose competente para conocer del fondo de la controversia, es cierto que en la decisión se han planteado cuestiones de gran interés que han sido extensamente tratados por el Tribunal y bien merecen ser comentados. No obstante, se debe advertir al lector que los comentarios que siguen en las siguientes páginas no tienen la exhaustividad y profundidad que la decisión merece, debido, en parte, a necesidad de adaptarlos a la extensión propia de una nota de este género.

3. Una primera objeción jurisdiccional esgrimida por Eslovaquia tiene su fundamento en la aplicación del art. 59 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Según el apartado 1 de este artículo:

“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”.

El demandado entiende que el APPRI terminó cuando Eslovaquia se convirtió en Estado miembro de la Unión y quedó vinculado por el TCE; en su opinión, el Derecho de la UE constituye un sistema legal específico que crea un marco de protección de las inversiones y de los derechos humanos más complejo, elaborado y de mayor alcance que el del APPRI¹⁷.

El demandado cree cumplida la exigencia del art. 59 según la cual el TCE y el APPRI debieran tratar sobre la “misma materia”. Para llegar a tal conclusión Eslovaquia afirma que el concepto de “capital” del Derecho de la UE incluye las inversiones cubiertas por el APPRI, y que tanto el TCE como el APPRI persiguen el mismo objetivo. En cuanto a los estándares de protección de los dos Tratados, esto es, su alcance material, Eslovaquia considera que la protección del APPRI está cubierta en el TCE –mediante el art. 56 que establece la libertad de circulación de capitales, art. 12 sobre prohibición de la discriminación y el art. 43 sobre la libertad de establecimiento–. Por último, respecto a los sistemas de arreglo de diferencias de los Tratados, el demandado sostiene que el Derecho de la UE abre al inversor la opción de acudir a los tribunales nacionales, con la participación del TJUE a través de un procedimiento prejudicial, donde al igual que en los mecanismos del APPRI es posible obtener la compensación de los daños ocasionados por la conducta ilegal de los Estados, tal y como fue confirmado por el TJUE, en 1991, en el asunto *Francovich*. Eureka no comparte esta argumentación.

Según el art. 59 Convenio de Viena de 1969, tratándose de Tratados sucesivos sobre la misma materia, para que el APPRI se dé por terminado debe probarse alternativamente: que la intención de las partes ha sido que la ma-

¹⁷ *Eureka B.V. c. República de Eslovaquia*, párr. 58.

teria se rija por el tratado posterior o que las disposiciones del tratado posterior sean hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente. En cuanto a la primera de las opciones (el acuerdo implícito de las partes) Eslovaquia cree que el APPRI ha quedado obsoleto con su acceso a la UE y, por tanto, entiende que las partes acordaron sustituir el APPRI por las previsiones del TCE. Además, en su opinión, con el acceso de Eslovaquia a la UE, la terminación del APPRI tiene lugar automáticamente, sin necesidad de notificación alguna, como consecuencia lógica de la primacía, la aplicación directa y el efecto directo de las normas de la UE. Esto es, para Eslovaquia la terminación del APPRI ocurre *ex lege*¹⁸, con independencia del cumplimiento de la obligación impuesta en el art. 65 Convenio de Viena de 1969. En lo que respecta a la segunda exigencia, Eslovaquia sostiene que también se cumple. Hace referencia a las previsiones del APPRI relativas a la libre transferencia de las rentas, la plena protección y seguridad, la expropiación y la cláusula arbitral, para afirmar que el APPRI y el TCE son hasta tal punto incompatibles que no pueden aplicarse al mismo tiempo. El demandante no comparte este razonamiento.

Frente al discurso descrito, el Tribunal arbitral rechaza las conclusiones alcanzadas por Eslovaquia. Son varios los argumentos sobre los que se sustenta la posición del Tribunal. En primer lugar, señala que la operatividad del art. 59 Convenio de Viena está vinculada y condicionada a lo dispuesto en el art. 65; este artículo hace referencia al procedimiento que debe seguirse con respecto, entre otros supuestos, a la terminación de un tratado. Para el Tribunal no cabe duda que el art. 65 exige de la parte que alega la terminación de un tratado la notificación de su pretensión a las demás partes. Es decir, al contrario de lo que opina el demandado, para el Tribunal, el Convenio de Viena no permite la terminación automática del Tratado *ex lege* – salvo en el caso de los tratados que contradigan normas de *ius cogens*.

En segundo lugar, los árbitros sostienen que la referencia a la “misma materia”, pudiendo ser el mismo concepto en los arts. 59 y 30 del Convenio de Viena, tiene en ambos distinto alcance. En este sentido, el art. 59 exigiría un solapamiento más amplio entre los tratados sucesivos. Además, en caso de que se cumpliera esta circunstancia –que el Tribunal parece no compartir– el art. 59 exige alternativamente que, o bien, se desprenda del tratado posterior o conste de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado o, bien, que las disposiciones del tratado posterior sean hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente. El Tribunal sostiene que no se cumple ninguna de estas dos condiciones. Por un lado, no tiene ninguna evidencia que demuestre que las partes tuvieran la intención de dar por terminado el APPRI por la entrada en escena de las disposiciones del Derecho de la UE. Al respecto, afirma que,

“(…) the BIT establishes extensive legal rights and duties that are neither duplicated in EU law nor incompatible with EU law. The protections afforded to investors by the BIT are, at

¹⁸ *Ibid.*, párr. 93.

*least potentially, broader than those available under EU law (or, indeed, under the laws of any EU Member State). Those rights and duties are central to the purpose of the BIT. This, too, indicates that no intention that EU law should entirely displace the BIT can be inferred*¹⁹.

En esta línea, el Tribunal aprecia que, en relación con la disposición del APPRI que regula la libertad de transferencia de las rentas de la inversión y el régimen de libre circulación de capitales de la UE es posible hablar de duplicidad de derechos, no así, de incompatibilidad. Por su parte, las otras previsiones materiales del APPRI no se encontrarían duplicadas en el Derecho de la UE; por ejemplo, la del trato justo y equitativo, lo que le lleva a concluir que,

*“EU law is so comprehensive and legally certain as to have been impliedly intended to govern this question. It cannot be assumed that the Parties intended that a right so central to the purpose of the BIT would be displaced by the narrower and more loosely defined rights accorded by EU law”*²⁰.

Por otro lado, atendiendo a la segunda hipótesis del art. 59, el Tribunal rechaza la visión del demandado según la cual la incompatibilidad sucede cuando un acto es permitido en un Derecho y no en el otro. A su modo de ver, a efectos de rechazar la incompatibilidad del art. 59 es suficiente que,

*“... one such claim made by the Claimant does not necessarily lie within the scope of the protections afforded by EU law to conclude that the BIT offers protections wider than those afforded by EU law”*²¹.

En este sentido, el Tribunal entiende que ni el trato justo y equitativo quedaría cubierto por el principio de no discriminación del Derecho de la UE, ni la plena protección y seguridad por la libertad de establecimiento, ni la expropiación por la libertad de establecimiento y el art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Derecho de la UE no provee, por tanto, derechos tan amplios como los del APPRI y *“there is no reason why those rights should not be fulfilled and upheld in addition to the rights protected by EU law”*²², por lo que no se puede decir que sean incompatibles. En definitiva, no se puede sostener que las previsiones del APPRI hayan sido desplazadas por el Derecho de la UE como resultado de la aplicación del art. 59 del Convenio de Viena. El Tribunal señala que la consecuencia de tal afirmación es que,

“... in any particular case investors protected by the BIT may have wider rights than those given under the substantive provisions of EU law to investors of (other) EU Member States. Affording such wider protection to those investors while not affording it to investors of other EU States may violate EU law prohibitions on discrimination. But that is not a reason for cancelling Claimant’s wider rights under the BIT. More significantly, it is still less a reason for treating the Parties’ consent to these arbitration proceedings as invalid or otherwise ineffective, particularly where the first stage of such consent pre-dated the relevant EU Treaties, the second stage pre-dated the Lisbon Treaty, and Claimant is an EU investor.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 245.

²⁰ *Ibid.*, párr. 252.

²¹ *Ibid.*, párr. 259.

²² *Ibid.*, párr. 263.

There is moreover no reason, legal or practical, why an EU Member State should not accord to investors of all other EU Member States rights equivalent to those which the State has bound itself to accord to investors of its EU bilateral investment treaty partners – or, indeed, to investors from States that are not members of the EU. Certainly, it is not for an arbitral tribunal to cancel rights created by a valid treaty in order to safeguard a State party against the possibility that it might one day decide to apply the treaty in a way that could violate its obligations under one or more other later treaties”²³.

4. Un segundo argumento empleado por Eslovaquia para alegar la falta de jurisdicción del Tribunal arbitral descansa en lo dispuesto en el art. 30.3º Convenio de Viena de 1969, donde se dice que “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 art. 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”. Efectivamente, el demandado sostiene que la cláusula arbitral del APPRI es incompatible con el TCE. En su opinión, las previsiones supuestamente violadas del APPRI y alegadas por el demandante han sido suplantadas por el Derecho de UE, y el Tribunal carece de competencia para aplicar e interpretar este cuerpo legal.

El Tribunal tampoco acepta esta objeción. A su modo de ver no es posible hablar de incompatibilidad cuando las obligaciones del APPRI pueden ser cumplidas sin violar el Derecho de la UE. Más aún, observa que es difícil imaginar cómo puede el art. 30 del Convenio de Viena privar al Tribunal de su competencia, cuando ésta deriva del consentimiento de las partes basado en el art. 8 del APPRI; incluso en los casos en los que pueda darse una incompatibilidad real entre el APPRI y el Derecho de UE. La única excepción sería que el mismo art. 8 fuera incompatible con el TCE. Al respecto, sin embargo, el Tribunal afirma que,

“... no rule of EU law that prohibits investor–State arbitration. Far from it: transnational arbitration is a commonplace throughout the EU, including arbitrations between legal persons and States; and the European Court of Justice has given several indications of how questions of EU law should be handled in the course of arbitrations, including important questions of public policy. It cannot be asserted that all arbitrations that involve any question of EU law are conducted in violation of EU law. The argument that the availability of arbitration for some but not all EU investors would amount to discrimination in violation of EU law was addressed above, where it was decided that the answer is to extend rights and not to cancel them”²⁴. Y añade que “(t)he fact that there might be remedies available to the Claimant in national courts through Francovich procedures does not alter the position (...)”²⁵.

Por todo lo dicho, el Tribunal concluye que es insostenible que el art. 8 del APPRI, que recoge la opción del arbitraje inversor–Estado, sea incompatible con el Derecho de la UE, y por tanto, desestima, también, esta pretensión.

5. El tercer motivo sobre el que Eslovaquia pretende sustentar la falta de jurisdicción del Tribunal arbitral hace referencia a la inaplicabilidad del

²³ *Ibid.*, párrs. 266–267.

²⁴ *Ibid.*, párr. 274.

²⁵ *Ibid.*, párr. 275.

APPRI en virtud del Derecho de la UE, esto es, por el efecto directo y la primacía del Derecho de la UE, tanto respecto a los Derechos internos de los Estados miembros como respecto a los tratados internacionales, y por entender que el TJUE es el único competente para interpretar el Derecho de la UE. La aplicación del Derecho de la UE, con la consiguiente entrada en juego de los principios citados, vendría impuesto por el propio art. 8 del APPRI, quien en su apartado 6 dispone que la ley a aplicar por el tribunal arbitral sería el Derecho en vigor en el Estado parte en la controversia (donde debiera incluirse el Derecho comunitario), el APPRI y otros Acuerdos relevantes celebrados entre los Estados contratantes, las previsiones de los acuerdos especiales relacionados con la inversión y los principios generales del Derecho internacional.

El tribunal arbitral tampoco acepta este argumento. Da la razón al demandado al afirmar que el Derecho de la Unión es relevante a efectos de determinar el alcance de los derechos y obligaciones bajo el APPRI, como parte de la Ley aplicable prevista en el art. 8.6º del APPRI y como parte del Derecho alemán que resulta aplicable por ser la *lex loci arbitri*²⁶. Sin embargo, en opinión del Tribunal, reconocer al TJUE el “monopolio interpretativo” del Derecho de la UE y, por tanto, negar al Tribunal arbitral la facultad de considerar y aplicarlo, resulta incorrecto. Rechaza que el TJUE tenga tal monopolio, poniendo de relieve que los tribunales estatales y los árbitros en toda Europa interpretan y aplican el Derecho de la UE todos los días²⁷. Por último, finaliza recordando que el hecho de que el Tribunal, cuando decida sobre el fondo de la controversia, esté obligado a considerar y aplicar el Derecho de la UE no le priva de jurisdicción.

6. Un aspecto que añade mayor interés aún a esta decisión es el de la participación como *amicus curiae* del Estado holandés y, de forma particular, de la Comisión Europea, a invitación del Tribunal, mediante la presentación de observaciones escritas.

El tribunal arbitral escribió al Director General de los Servicios Legales de la Comisión dando información del procedimiento; en el escrito se hacía referencia a las observaciones que la Comisión había realizado en el asunto *Eastern Sugar c. República Checa*, en relación con el efecto que tendría so-

²⁶ Si bien es cierto que la competencia del Tribunal arbitral deriva del art. 8 del APPRI, se trata de un arbitraje *ad hoc* alemán, al establecerse en Frankfurt el lugar del arbitraje. Esta circunstancia hace que el Tribunal quede sujeto, al Derecho alemán. Por su parte, tratándose de un Estado miembro de la UE, el Derecho alemán incluye el Derecho de la UE. Al respecto el Tribunal señala que “(t)he Tribunal cannot derive any part of its jurisdiction or authority from EU law as such: its jurisdiction is derived from the consent of the Parties to the dispute, in accordance with the BIT and German law. Although EU law, as between the EU and member States of the EU (including Respondent and the Netherlands, but not Claimant), operates at the level of international law, EU law operates, as between the Parties, as part of German law as the *lex loci arbitri* (...). It is, however, possible that the Parties’ consent and the jurisdiction flowing from such consent might be circumscribed not only by the terms of the BIT itself but also both by international law applicable to the BIT and by provisions of German law incorporating EU law” (*Eureka B.V. c. República de Eslovaquia*, párrs. 225-226).

²⁷ Al TJUE le reconoce el monopolio para realizar la interpretación última y autorizada del Derecho de UE; sin embargo, esto sería distinto a un monopolio total para la interpretación.

bre la jurisdicción del Tribunal la condición de Estados miembros de los dos Estados implicados en la controversia. El Tribunal invitaba a la Comisión a hacer las observaciones que creyera oportunas sobre las cuestiones jurisdiccionales planteadas.

En sus observaciones escritas, la Comisión comienza por distinguir la realidad de los APPRI extra-UE y los APPRI intra-UE. Las preocupaciones de la Comisión respecto a los APPRI intra-UE son de una naturaleza distinta a las que plantean los APPRI extra-UE; están relacionadas con la compatibilidad de los APPRI con las previsiones imperativas de la UE y el sistema judicial de la UE. A los ojos de la Comisión, existe al menos un solapamiento parcial entre los APPRI intra-UE y las previsiones reguladoras del mercado interior de la UE, y esto le lleva a cuestionar si es o no permisible la continuación de la existencia de estos APPRI.

Respecto al sistema judicial Europeo, la Comisión señala que el TJUE tiene jurisdicción exclusiva para, en primer lugar, determinar, en el marco de los procedimientos de incumplimiento, si los Estados miembros cumplen las obligaciones del Derecho de la UE y, en segundo lugar, dar respuesta a las cuestiones prejudiciales. Recuerda el principio establecido en el asunto *MOX Plant* del TJUE, según el cual reconoce al propio TJUE la competencia exclusiva para conocer de las disputas entre dos Estados miembros cuando éstas estén cubiertas, al menos en parte, por el Derecho de UE. Este principio le lleva a concluir que “(a)s a consequence, EU Member States that resort to an inter-State arbitration mechanism provided for under an intra-EU BIT for matters partially covered by EU law, are in breach of Article 344 of the TFEU”²⁸. Respecto al arbitraje inversor-Estado, la Comisión no hace una afirmación tan categórica como en el caso del arbitraje interestatal. No obstante, sostiene que “the arguments in favour of maintaining an investor-State arbitration mechanism for intra-EU BITs are not persuasive from an internal EU law perspective”²⁹.

La Comisión sostiene que cuando exista conflicto con el TCE la regla de *pacta sunt servanda* no se aplica a los Tratados intra-UE en virtud del principio de primacía, que operaría tanto en relación con los Derechos internos como en relación con los tratados bilaterales celebrados entre Estados miembros. En palabras de la Comisión:

“(A)s a result of the supremacy of EU law vis-à-vis pre-accession treaties between Member States, conflicts between BIT provisions and EU law cannot be resolved by interpreting and applying the relevant EU law provisions in the light of the BIT. Only the inverse approach is possible, namely interpretation of the BIT norms in the light of EU law. The foregoing has implications as regards the ability of private parties (investors) to rely on provisions of an intra-EU BIT that are in conflict with EU law. Under EU law, a private party cannot rely on provisions in an international agreement to justify a possible breach of EU law. This includes resort to judicial settlement mechanisms that conflict with the EU judicial system. Furthermore, in the EU legal system, national legislation of an EU Member State that is incompatible with EU law does not

²⁸ *Eureko B.V. c. República de Eslovaquia*, párr. 178.

²⁹ *Ibid.*, párr. 179.

*become 'invalid'; it merely cannot be applied where it conflicts with EU law. The same applies in the Commission's view, to existing intra-EU BITs that contain provisions that are incompatible with EU law: neither the BIT as such nor the conflicting provisions become 'invalid'; but they cannot be applied where they conflict with EU law*³⁰.

Una cuestión interesante que el Tribunal no llega a compartir con la Comisión, hace referencia al efecto discriminatorio que pueden producir los APPRI intra-UE entre los ciudadanos europeos. En este sentido, afirma que:

*"... some investors are covered by a BIT and granted the opportunity to resort to investor-State arbitration while others are not. Arbitration is seen by some as more attractive, though the Commission does not accept that arbitration is more efficient than redress through national courts or through a complaint to the Commission. In any event, the availability of a choice of dispute resolution procedures gives some investors an advantage over investors from other Member States, and thus constitutes forbidden discrimination against those other EU nationals"*³¹.

La terminación del APPRI en virtud del 59 Convenio de Viena de 1969 no es compartida por la Comisión. Aun opinando que los Estados miembros deberían terminar con este tipo de Tratados, no cree que las partes hayan mostrado ninguna intención de darlo por terminado. En cuanto al art. 30 del Convenio de Viena y las previsiones del APPRI incompatibles con el Derecho de UE, considera que éstas no debieran aplicarse. En contra de lo que en su día decidiera el Tribunal en el asunto *Eastern Sugar*, para la Comisión el APPRI y el TCE tratan la "misma materia". Ahora bien, ¿entiende la Comisión que el art. 8 del APPRI es incompatible con el TCE y, en consecuencia, no debe aplicarlo? La Comisión sostiene lo siguiente:

*"There are some provisions of the Dutch-Slovak BIT "that raise fundamental questions regarding compatibility with EU law. Most prominent among these are the provisions of the BIT providing for an investor-State arbitral mechanism (set out in Art. 8), and the provisions of the BIT providing for an inter-State arbitral mechanism (set out in Art. 10). These provisions conflict with EU law on the exclusive competence of EU courts for claims which involve EU law, even for claims where EU law would only partially be affected. The European Commission must therefore (...) express its reservation with respect to the Arbitral Tribunal's competence to arbitrate the claim brought before it by Eureko B.V."*³²

Por todo lo dicho, la Comisión solicita al Tribunal arbitral que suspenda el procedimiento hasta que la duda sea resuelta en el TJUE. No obstante, finalmente, el Tribunal arbitral no accede a la petición de la Comisión.

7. A modo de breve conclusión, la decisión del Tribunal arbitral en el caso *Eureko B.V. c. Eslovaquia* viene a alumbrar, en parte, la problemática que plantean los APPRI intra-UE. Centra el foco en las cuestiones jurídicas más delicadas que surgen de la difícil relación entre los APPRI intra-UE y el Derecho de la UE. No obstante, a pesar del meritorio esfuerzo del Tribunal en dar respuesta a todas ellas y la voluntad de afrontarlas con detenimiento y decisión, se echa de menos un razonamiento más profundo y convincente en

³⁰ En *ibid.*, párr. 180.

³¹ *Ibid.*, párr. 183.

³² *Ibid.*, párr. 193.

algunos aspectos; de forma particular, en lo referente al posible efecto discriminatorio que producen los APPRI –incluyendo sus previsiones sobre el arreglo de diferencias entre Estados e inversores– entre los distintos inversores europeos y las consecuencias que, en su caso, podrían derivarse de esta circunstancia en el marco del art. 30 del Convenio de Viena y/o en relación con los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE.

Una vez que el Tribunal se ha declarado competente, habrá de estarse atento en el futuro a su decisión sobre el fondo de la controversia, donde el Derecho de la UE jugará un papel importante, en tanto en cuanto forma parte del Derecho aplicable, tal y como ha sido reconocido por el propio Tribunal. La futura decisión tendrá que afrontar la relación entre el Derecho de la UE y las disposiciones sustantivas del APPRI, antes de decidir sobre las pretensiones que el demandante ha planteado sobre la base de las disposiciones del APPRI. Sin embargo, no es éste el único elemento importante a tener en cuenta a partir de ahora; el procedimiento de incumplimiento iniciado por la Comisión Europea, en su condición de guardián de los Tratados, en contra de Eslovaquia puede que al final del camino de lugar a una decisión del TJUE. Será de tomar en consideración, por tanto, el desarrollo futuro de este procedimiento, que puede aportar elementos de interés al complejo tema que ha ocupado este comentario.

Para finalizar, no se debe olvidar la siguiente circunstancia: la controversia que se ha analizado surgió antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que como se ha dicho introduce cambios significativos en el marco jurídico de las inversiones extranjeras en la UE. En el futuro, deberán ser valoradas las consecuencias que este nuevo régimen pueda tener en la relación de los APPRI intra-UE y el Derecho de la UE.