

Bruselas, 19.7.2018
COM(2018) 547 final

**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL
CONSEJO**

Protección de la inversión intra-UE

I. Introducción

Fomentar y proteger la inversión en la UE

El mercado único de la Unión Europea es un espacio extraordinario para las oportunidades de inversión. Uno de los objetivos clave del *Plan de Inversiones para Europa*¹ es crear un entorno normativo más predecible, estable y claro para fomentar las inversiones. En esta línea de trabajo, el *Plan de acción para la creación de una unión de los mercados de capitales* («UMC»)² y su *Revisión intermedia*³ hacían hincapié en que, para estimular la inversión dentro de la UE, es crucial un entorno empresarial estable. La Comisión se ha comprometido a preservar y mejorar tanto un entorno normativo predecible, estable y claro como la aplicación efectiva de los derechos de los inversores. Esta Comunicación tiene por objeto orientar sobre las normas existentes en la UE para el tratamiento de las inversiones transfronterizas dentro de la Unión.

La legislación de la UE, desarrollada de manera progresiva a lo largo de décadas, proporciona a los inversores un alto nivel de protección, si bien no puede resolver todos los problemas que afrontan en sus actividades. La legislación de la UE ha sido la base de desarrollo del mercado único como espacio donde los inversores gozan de libertad para crear empresas, invertir en compañías, importar y exportar mercancías, prestar servicios a través de las fronteras y disfrutar de un trato igualitario y no discriminatorio más allá de sus fronteras. La libre circulación de capitales sustenta toda inversión y el Tratado prohíbe las medidas que impiden o desalientan de manera indebida la circulación transfronteriza de capitales y los pagos transfronterizos.

Al mismo tiempo, la legislación de la UE permite que la regulación de los mercados se oriente a intereses públicos legítimos como la seguridad pública, la salud pública, los derechos sociales, la protección de los consumidores o la conservación del medio ambiente, que también pueden tener consecuencias en las inversiones. Las autoridades públicas de la UE y de los Estados miembros tienen el deber y la responsabilidad de proteger la inversión y regular los mercados. Así pues, la UE y los Estados miembros están legítimamente facultados para tomar medidas que protejan esos intereses, lo que puede tener un impacto negativo en las inversiones. Sin embargo, solo lo pueden hacer en ciertas circunstancias y condiciones y de conformidad con la legislación de la UE.

En la UE, los inversores transfronterizos pueden invocar derechos de la Unión directamente aplicables que priman sobre la legislación nacional. Los jueces nacionales desempeñan un papel especial y tienen una responsabilidad destacada a la hora de proteger la inversión. Junto

¹ https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/investment-plan-europe-juncker-plan_es

² COM(2015) 468 final.

³ COM(2017) 292 final.

con el Tribunal de Justicia de la UE («TJUE» o «Tribunal de Justicia»), mediante la cuestión prejudicial⁴, los jueces nacionales deben garantizar con total independencia la plena aplicación del Derecho de la UE y la protección judicial de los derechos de las personas físicas en todos los Estados miembros. Por otra parte, los derechos de los inversores transfronterizos también se protegen en la UE por medio de diferentes mecanismos públicos dirigidos a evitar infracciones y a resolver las dificultades que las autoridades nacionales pueden plantear a los inversores.

En las últimas décadas, los gobiernos han alentado las inversiones transfronterizas mediante la celebración de tratados bilaterales de inversión («TBI»). Por lo general, estos TBI incluyen el derecho al trato nacional y al trato de nación más favorecida, a un trato justo y equitativo, a la protección contra la expropiación y a la libre transferencia de fondos. Los inversores pueden denunciar incumplimientos de estas disposiciones ante los tribunales arbitrales entre inversores y Estado. Existen disposiciones similares en el Tratado sobre la Carta de la Energía, un acuerdo de inversión multilateral instituido por la UE para estimular las inversiones en el sector energético⁵. La UE ha emprendido una reforma sustancial de estos acuerdos en el contexto externo de la Unión.

Algunos de los países que habían firmado TBI con Estados miembros de la UE se han incorporado posteriormente a la Unión. A resultas de su adhesión, las normas sustantivas de los TBI pasaron a aplicarse entre Estados miembros («TBI intra-UE»), con lo cual surgió un sistema paralelo que se solapaba con las normas del mercado único e impedía con ello la plena aplicación del Derecho de la UE. Este es el caso, por ejemplo, cuando los TBI intra-UE se interpretan de tal manera que constituyen la base de la concesión de una ayuda estatal ilegal que vulnera la igualdad de condiciones en el mercado único.

Los TBI intra-UE solo otorgan derechos en lo que respecta a los inversores de uno de los dos Estados miembros de que se trate, lo que supone un conflicto con el principio de no discriminación entre los inversores de la UE en el mercado único que consagra el Derecho de la UE. Además, al establecer un sistema alternativo de resolución de conflictos, los TBI intra-UE no entran en el ámbito de competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales que se ocupan de las medidas nacionales y aplican el Derecho de la UE. Los TBI intra-UE ponen estos litigios en manos de árbitros privados, que no pueden aplicar correctamente la legislación de la UE al faltar el indispensable diálogo judicial con el Tribunal de Justicia.

Por estas razones, la Comisión Europea siempre ha considerado que los TBI intra-UE son incompatibles con la legislación de la Unión. Mediante sus dictámenes motivados de 23 de septiembre de 2016, la Comisión envió una petición formal a Austria, Eslovaquia, los Países

⁴ Artículo 267 del TFUE.

⁵ Los signatarios del Tratado sobre la Carta de la Energía son la UE, sus Estados miembros y diversos países terceros.

Bajos, Rumanía y Suecia para que pusieran fin a sus TBI intra-UE.

En la reciente decisión prejudicial relativa al asunto Achmea⁶, el Tribunal de Justicia confirmó que las cláusulas arbitrales de los TBI intra-UE entre un inversor y el Estado son ilegales.

A raíz de la sentencia Achmea, la Comisión ha intensificado su diálogo con todos los Estados miembros y los ha instado a tomar medidas para poner fin a los TBI intra-UE, vista su incompatibilidad incontestable con el Derecho de la UE. La Comisión controlará los avances a ese respecto y, en caso necesario, podrá decidir iniciar procedimientos de infracción.

Como consecuencia de la sentencia Achmea, la ilegalidad del arbitraje entre inversores intra-UE y Estado puede inducir a pensar que la legislación de la UE no prevé salvaguardas de procedimiento y sustantivas adecuadas para los inversores intra-UE. Sin embargo, el sistema jurídico de la UE protege a los inversores transfronterizos en el mercado único, a la vez que garantiza que se tengan debidamente en cuenta otros intereses legítimos. Cuando los inversores ejercen una de las libertades fundamentales, se benefician de la protección que les conceden: i) las normas del Tratado por las que se establecen esas libertades; ii) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la «Carta»); iii) los principios generales del Derecho de la Unión; y iv) la amplia legislación sectorial de ámbitos tales como los servicios financieros, el transporte, la energía, las telecomunicaciones, la contratación pública, las cualificaciones profesionales, la propiedad intelectual o el derecho de sociedades⁷.

Sin pretender ser exhaustiva, esta Comunicación recuerda las normas sustantivas y procesales más relevantes del Derecho de la UE para el tratamiento de las inversiones transfronterizas en la Unión. Además, esta Comunicación demuestra que la legislación de la UE protege todas las formas de inversiones transfronterizas a lo largo de su ciclo de vida completo. Además, recuerda la obligación de que los Estados miembros se aseguren de que las medidas nacionales que puedan tomar para proteger intereses públicos legítimos no restrinjan indebidamente las inversiones. También señala a los inversores los derechos que pueden invocar como ciudadanos de la UE ante las administraciones y los tribunales.

La sentencia Achmea y sus consecuencias

En la sentencia Achmea, el Tribunal de Justicia resolvió que las cláusulas arbitrales entre inversor y Estado establecidas en los TBI intra-UE socavan el sistema de recursos jurídicos previsto en los Tratados de la UE, con lo que ponen en peligro la autonomía, la eficacia, la primacía y el efecto directo del Derecho de la Unión, así como el principio de mutua confianza entre los Estados miembros. El recurso a estas cláusulas desvirtúa el procedimiento

⁶ Achmea, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, apartados 56 y 58.

⁷ Aunque esta Comunicación menciona algunos ejemplos extraídos de la legislación sectorial, un análisis detallado de tal legislación iría mucho más allá.

de decisión prejudicial previsto en el artículo 267 del TFUE y no es compatible con el principio de cooperación leal. Esto implica que todas las cláusulas arbitrales entre inversor y Estado de los TBI intra-UE son inaplicables, y que todo tribunal arbitral establecido sobre la base de estas cláusulas carece de jurisdicción, dada la ausencia de un acuerdo de arbitraje válido. Por consiguiente, los tribunales nacionales tienen la obligación de anular cualquier laudo arbitral dictado sobre esta base y deben rehusar aplicarlo. Los Estados miembros que son partes en asuntos pendientes, en cualquier calidad, también deben extraer de la sentencia Achmea todas las consecuencias necesarias. Por otra parte, en virtud del principio de seguridad jurídica, están obligados a poner fin a los TBI intra-UE.

La sentencia Achmea también es relevante para el mecanismo de arbitraje entre inversor y Estado establecido en el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía en lo referente a las relaciones intra-UE. Correctamente interpretada, esta disposición no prevé una cláusula arbitral entre inversor y Estado aplicable entre inversores de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro de la UE. Dada la primacía del Derecho de la Unión, si se interpretase que es aplicable con carácter intra-UE, esta cláusula sería incompatible con el Derecho primario de la UE y, por tanto, inaplicable. Por el contrario, el razonamiento del Tribunal en el asunto Achmea afecta igualmente a la aplicación intra-UE de esta cláusula, que, del mismo modo que las cláusulas de los TBI intra-UE, brinda la posibilidad de llevar estos litigios a un organismo que no forme parte del sistema judicial de la UE. El hecho de que la UE también sea parte en el Tratado sobre la Carta de la Energía no afecta a esta conclusión: la participación de la UE en este Tratado solo ha creado derechos y obligaciones entre la UE y países terceros y no ha afectado a las relaciones entre los Estados miembros de la UE.

Ámbito de aplicación de esta Comunicación

Esta Comunicación se centra en la inversión intra-UE y, por tanto, no afecta a las inversiones realizadas por inversores de la UE en países terceros ni a las realizadas por inversores de países terceros en la UE⁸. Las normas del Tratado relativas a la libre circulación se aplican a situaciones en las que existe un elemento transfronterizo o en las que, al menos, el movimiento transfronterizo es posible⁹. Sin embargo, algunas directivas y reglamentos de la

⁸ El Tratado protege también la circulación de capitales desde y hacia países terceros. Sin embargo, en virtud del artículo 64, apartado 3, del TFUE, el Consejo puede adoptar por unanimidad medidas que constituyan un retroceso en lo referente a la liberalización de los movimientos de capitales desde y hacia países terceros. Además, en el contexto de la política comercial común, el 14 de septiembre de 2017 la Comisión propuso un marco europeo para el control de las inversiones extranjeras directas procedentes de países terceros por los Estados miembros por motivos de seguridad u orden público: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea, COM(2017) 487 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2017:487:FIN>

⁹ Block, C-67/08, ECLI:EU:C:2009:92, apartado 21; Berlington Hungary, C-98/15, ECLI:EU:C:2015:386, apartado 28; Libert, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, apartado 34; Blanco Pérez

UE en los que se especifican y desarrollan las libertades fundamentales también son aplicables a situaciones puramente internas, con lo que se beneficia a todos los inversores, incluidos los nacionales. Esta Comunicación se centra en la protección de los inversores frente a medidas nacionales, y no frente a medidas adoptadas por las instituciones y los organismos de la UE.

Las libertades fundamentales y la mayor parte del Derecho derivado de la UE relacionado con ellas se aplican también en sustancia a Islandia, Liechtenstein y Noruega, mediante el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo («Acuerdo EEE»), que forma parte de la legislación de la UE¹⁰. Así pues, en general el mercado único incluye a estos tres países¹¹.

II. La legislación de la UE protege todas las inversiones transfronterizas de la UE a lo largo de su ciclo de vida

Las inversiones en el mercado único pueden adoptar diversas formas, pues reflejan una realidad económica polifacética. La legislación de la UE cubre y protege toda forma de inversión. De hecho, toda actividad económica se inscribe en el ámbito de aplicación de al menos una de las libertades fundamentales¹² y estas se aplican aunque la actividad no tenga fines lucrativos¹³.

A diferencia de la legislación internacional sobre inversión, la legislación de la UE no suele recurrir a los términos «inversión» e «inversor» en el contexto del mercado único, y los operadores económicos se suelen citar como «nacionales» (particulares o empresas)¹⁴, o bien «residentes» o «no residentes».

En particular, la legislación de la UE cubre y protege las inversiones que implican circulación de capitales y establecimiento. Estos términos se refieren a:

- los actos de inversión en empresas y de adquisición y establecimiento de estas;
- el derecho a adquirir y utilizar propiedades inmuebles y a disponer de ellas;
- la recompra de acciones y obligaciones negociadas y cotizadas en una bolsa de

y Chao Gómez, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07, ECLI:EU:C:2010:300, apartado 40; Deliège, asuntos acumulados C-51/08 y C-191/97, ECLI:EU:C:2000:199, apartado 58.

¹⁰ El TJUE aclaró que, a la luz del objetivo del Acuerdo EEE de interpretar y aplicar de manera uniforme aquellas de sus disposiciones que en sustancia son idénticas a las de la legislación de la UE, las libertades fundamentales para la protección de la inversión se aplican *mutatis mutandis* a las inversiones entre la UE y los Estados de la AELC mencionados. Véase Pepic, C-476/10, ECLI:EU:C:2011:422, apartados 33 a 35, y Établissements Rimbaud, C-72/09, ECLI:EU:C:2010:645, apartados 20 a 22.

¹¹ Ospelt, C-452/01, ECLI:EU:C:2003:493, apartado 29.

¹² Fidium-Finanz, C-452/04, ECLI:EU:C:2006:631, apartado 32.

¹³ Jundt, C-281/06, ECLI:EU:C:2007:816, apartado 33.

¹⁴ Toda sociedad constituida con arreglo a las disposiciones del derecho de sociedades vigente en un Estado miembro es una sociedad en virtud del artículo 54 del TFUE, y por lo tanto goza de las libertades fundamentales recogidas en el Tratado (véase, por ejemplo, Egiom, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641, apartados 48 y 49).

valores;

- el cobro de dividendos e intereses;
- la concesión de créditos con carácter mercantil (incluidos créditos al consumo);
- la adquisición de unidades de un fondo de inversión; hipotecas, herencias y préstamos, etc.¹⁵ y
- la adquisición de patentes, marcas y otros derechos de propiedad intelectual¹⁶.

La legislación de la UE protege el acceso al mercado, la actividad en el mercado y la salida del mercado.

i) Acceso al mercado

La creación de una actividad económica nueva está protegida principalmente por las libertades del mercado de la UE, que son: el derecho de los inversores a transferir capital a otros Estados miembros (artículo 63 del TFUE), incluidos tanto el capital financiero como el físico (como maquinaria, fábricas u otros factores de producción); y el derecho a establecerse en otros Estados miembros, crear agencias, sucursales y filiales (artículo 49 del TFUE)¹⁷. La legislación derivada establece límites para los regímenes de autorización que puedan imponer los Estados miembros¹⁸ y prohíbe ciertos tipos de requisitos¹⁹.

«Establecimiento» significa, concretamente, el acceso a una actividad económica y su ejercicio efectivo con el fin de participar, de manera estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen²⁰.

Para los inversores que desean realizar inversiones transfronterizas en la UE, el acceso a la contratación pública es un elemento importante del ecosistema europeo de inversión que garantiza la igualdad de oportunidades de acceso al mercado. Algunos tipos de licitaciones están sujetos a normas armonizadas de contratación pública²¹. Además, la legislación de la

¹⁵ Según jurisprudencia reiterada, la Directiva 88/361/CEE, junto con la nomenclatura anexa a ella, se puede utilizar para definir un movimiento de capital. Véase Comisión/Francia, C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327, apartado 36, y Van Putten, asuntos acumulados C-578/10 a C-580/10, ECLI:EU:C:2012:246, apartados 28 a 36.

¹⁶ Pfeiffer, C-255/97, ECLI:EU:C:1999:240.

¹⁷ Las inversiones en una empresa pueden adoptar la forma de control (inversión directa) o pueden realizarse con fines de lucro, sin ninguna intención de controlar las decisiones ni influir en ellas (inversión de cartera).

¹⁸ Véanse, por ejemplo, los artículos 5 a 13 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27.12.2006, p. 36) («Directiva de Servicios»).

¹⁹ Por ejemplo, en virtud del artículo 14 de la Directiva de Servicios, las pruebas económicas están prohibidas.

²⁰ Factortame, C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320, apartado 20.

²¹ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94 de 28.3.2014, p. 65); Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DO L 94 de 28.3.2014, p. 243); Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO L 94 de 28.3.2014, p. 1); Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395 de 30.12.1989, p. 33), en su

UE establece que las concesiones públicas y las licitaciones públicas que presenten un interés transfronterizo se deben adjudicar mediante un procedimiento abierto y no discriminatorio basado en criterios objetivos, no discriminatorios y proporcionados²².

Ejemplo 1 – Medios para que los nuevos operadores de otros Estados miembros ejerzan una competencia efectiva

Caixa Bank, C-442/02

Francia prohibió a los bancos remunerar las cuentas corrientes. El Tribunal de Justicia observó que para las empresas procedentes de Estados miembros diferentes de Francia, esta prohibición constituía un grave obstáculo que afectaba a su acceso efectivo al mercado francés. Esta prohibición dificultaba que las entidades de crédito filiales de empresas extranjeras obtuvieran capital de los ciudadanos, privándolas de la posibilidad de competir de manera efectiva con las entidades de crédito establecidas tradicionalmente en el mercado nacional.

Aunque la prohibición de remunerar las cuentas corrientes perseguía el interés público legítimo de fomentar el ahorro a medio y largo plazo, iba más allá de lo necesario para alcanzarlo. Así pues, el Tribunal de Justicia consideró que infringía la libertad de establecimiento.

ii) Actividad en el mercado

Cuando los inversores de la UE comienzan una actividad empresarial en otro Estado miembro o llevan a cabo otro tipo de inversión, el Derecho de la UE, en virtud de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sigue siendo de aplicación. El Derecho de la UE protege a estos inversores, en general, frente a medidas públicas que podrían privarlos del uso de su propiedad o limitar la actividad empresarial que han puesto en marcha, aunque esas medidas se apliquen de la misma manera a los operadores nacionales²³.

Los inversores son libres de crear una empresa en el Estado miembro de su elección y un establecimiento secundario en otro Estado miembro, con independencia del lugar donde se vaya a ejercer la actividad económica principal o total²⁴. Los Estados miembros han de reconocer a las empresas legalmente constituidas en virtud de la legislación de otro Estado miembro, en particular en lo referente a su legitimación para participar en procedimientos en

versión modificada.

²² Parking Brixen, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, apartado 72; Centro Europa 7, C-380/05, ECLI:EU:C:2008:59, apartado 120; Promoimpresa, asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, apartados 64 y 65.

²³ SEGRO, asuntos acumulados C-52/16 y C-113/16, ECLI:EU:C:2018:157, apartado 65; Comisión/Hungría, C-179/14, ECLI:EU:C:2016:108.

²⁴ Centros, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126; Inspire Art, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, apartado 105.

un litigio judicial²⁵.

Si una empresa europea desea trasladarse y transformarse en una empresa regida por el Derecho de otro Estado miembro, se acoge a la libertad de establecimiento. A este respecto, el Estado miembro de origen no puede imponer ninguna restricción sobre el traslado y la transformación salvo por razones imperiosas de interés general y de manera proporcionada²⁶. Por ejemplo, la liquidación obligatoria de la empresa en el Estado de origen como condición previa para su traslado a otro Estado miembro es desproporcionada y, por tanto, contraria al Derecho de la UE²⁷. Los Estados miembros pueden impedir o reprimir el fraude de conformidad con la legislación de la UE. Sin embargo, el hecho de trasladar el domicilio, social o real, de una empresa a otro Estado miembro con el fin de beneficiarse de una legislación más favorable no constituye, por sí mismo, un abuso²⁸.

La Comisión ha propuesto recientemente un marco que permite a las empresas operar fácilmente en el mercado único, incluso cuando crecen y se reestructuran más allá de las fronteras para adaptarse a las condiciones cambiantes del mercado²⁹. Esta iniciativa incluye procedimientos comunes en la UE para las transformaciones y escisiones transfronterizas y actualiza las normas existentes sobre fusiones transfronterizas. Además, establece fuertes salvaguardias para proteger los derechos e intereses legítimos de los empleados, accionistas y acreedores e impedir el uso de estos procedimientos para adoptar disposiciones artificiosas orientadas específicamente a la obtención de ventajas fiscales indebidas, de conformidad con la jurisprudencia.

Una empresa de la UE que desee prestar servicios de manera temporal en otro Estado miembro pero sin establecerse en él tiene derecho a proveerse de la infraestructura necesaria en el Estado miembro de acogida³⁰. Un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento, so pena de privar de eficacia a la libre prestación de servicios³¹. Esto se aplica, por ejemplo, a las cualificaciones profesionales³², las prestaciones sociales en beneficio de los empleados³³, las licencias de actividad³⁴, las obligaciones de presentación de

²⁵ Überseering, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, apartado 9.

²⁶ Cartesio, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723, apartado 113.

²⁷ Polbud, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, apartado 65.

²⁸ Polbud, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, apartado 62.

²⁹ Véanse las propuestas de la Comisión de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A241%3AFIN>

³⁰ Gebhard, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, apartado 27.

³¹ Säger, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331, apartado 13.

³² X-Steuerberatungsgesellschaft, C-342/14, ECLI:EU:C:2015:827; Säger, C-76/90, ECLI:EU:C:1991:331, apartado 21.

³³ Guiot, C-272/94, ECLI:EU:C:1996:147, apartados 14 y 15.

³⁴ Comisión/Francia, C-496/01, ECLI:EU:C:2004:137, apartado 65.

información de los prestadores de servicios³⁵ o las obligaciones de traducir los documentos justificativos³⁶.

Por otra parte, los inversores que se dedican a la producción también están protegidos, pues las mercancías legalmente presentes en el mercado de un Estado miembro pueden, en principio, comercializarse libremente en el mercado único, gracias a la libre circulación de mercancías³⁷. Diversas normas de la UE han armonizado materias relevantes y han establecido mecanismos para que el principio de reconocimiento mutuo entre Estados miembros sea viable en la práctica para la libre circulación de mercancías³⁸.

En las inversiones transfronterizas, los inversores también pueden contratar trabajadores en el Estado de acogida³⁹. De la misma manera, los trabajadores de la UE tienen derecho a circular libremente (artículo 45 del TFUE). Para los proveedores que ofrecen temporalmente sus servicios en otro Estado miembro, el Estado miembro de acogida no puede someter la circulación del personal, incluidos los trabajadores de países terceros, a restricciones injustificadas o desproporcionadas como la obligación de obtener un permiso de trabajo⁴⁰. Con vistas a la conciliación de la libre circulación en el mercado único y la protección de los trabajadores, se aplica a los trabajadores desplazados la legislación en materia laboral del país de acogida con respecto a las materias enumeradas en la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores⁴¹.

La legislación de la UE relativa al mercado único también cubre la normativa fiscal, que presenta una importancia crucial para los inversores. Por ejemplo, el IVA, los impuestos especiales y la fiscalidad energética están regulados por directivas de la UE. Además, aunque en el estado actual de la legislación de la UE la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, estos deben ejercer dicha competencia en cumplimiento de la legislación de la UE, incluidas las libertades fundamentales⁴². Por otra parte, el Derecho derivado de la UE también pone algunos límites a esa competencia nacional. Por ejemplo, para garantizar la

³⁵ Comisión/Bélgica («Limosa»), C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814, apartado 47; Comisión/Alemania, C-490/04, EU:C:2007:430, apartado 89.

³⁶ Comisión/Alemania, C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430, apartados 68 y 69.

³⁷ Artículos 28 y 29 del TFUE.

³⁸ Véase, en particular, la Comunicación de la Comisión «El paquete sobre mercancías: reforzar la confianza en el mercado único», de 19 de diciembre de 2017 [COM(2017) 787 final].

³⁹ AGET Iraklis, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, apartado 52.

⁴⁰ Rush Portuguesa, C-113/89, ECLI:EU:C:1990:142, apartado 12.

⁴¹ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO L 18 de 21.1.1997, p. 1). Véase también la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») (DO L 159 de 28.5.2014, p. 11).

⁴² Manninen, C-319/02, ECLI:EU:C:2004:484, apartado 19.

neutralidad fiscal, la Directiva sobre matrices y filiales⁴³ exime de la retención en origen a los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz. Así pues, los Estados miembros no pueden establecer unilateralmente medidas restrictivas y supeditar el derecho a acogerse a la exención de la retención en origen previsto en el artículo 5, apartado 1, de dicha Directiva a diferentes requisitos⁴⁴.

Ejemplo 2 – Los fondos de pensiones residentes en otros Estados miembros tienen derecho al mismo trato fiscal que los fondos de pensiones nacionales

Comisión/Portugal, C-493/09

Con arreglo a la legislación portuguesa, los dividendos percibidos por los fondos de pensiones portugueses estaban exentos de tributación a condición de que las participaciones sociales se mantuvieran un mínimo de un año; en cambio, se imponía una retención fiscal (en principio, del 20 %) sobre los dividendos pagados a los fondos de pensiones establecidos en otros Estados miembros con respecto a los rendimientos obtenidos en territorio portugués. El Tribunal de Justicia confirmó que la legislación portuguesa era contraria a la libre circulación de capitales consagrada en el Tratado. Sostuvo que Portugal no había justificado el trato discriminatorio de los dividendos pagados a los fondos de pensiones establecidos en otros Estados miembros. Además, el hecho de que los fondos de pensiones no residentes no pudieran beneficiarse en ningún caso de la exención concedida a los fondos de pensiones residentes en Portugal no era proporcionado con las dificultades alegadas por Portugal en relación con la obtención de información y el cobro de deudas fiscales.

iii) Salida del mercado

Los derechos de los inversores previstos en la legislación de la UE incluyen la libertad de determinar la naturaleza y el alcance de sus actividades económicas. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia también reconoció el derecho de los operadores económicos a decidir el tamaño de su inversión y la libertad de reducir posteriormente su volumen de actividad o incluso de abandonarla⁴⁵. Tal libertad solo se puede ver obstaculizada por razones debidamente justificadas y de manera proporcionada.

⁴³ Artículo 5 de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 345 de 29.12.2011, p. 8), en su versión modificada.

⁴⁴ Deister Holding, asuntos acumulados C-504/16 y 613/16, ECLI:EU:C:2017:1009, apartados 51 y 52.

⁴⁵ AGET Iraklis, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, apartado 53.

III. La legislación de la UE protege a los inversores frente a las restricciones injustificadas

Las restricciones sobre las inversiones pueden adoptar numerosas formas. Cabe citar:

- la prohibición de adquirir participaciones en el capital de una empresa en otro Estado miembro⁴⁶;
- la prohibición de vender acciones del sistema de distribución de gas y electricidad a inversores privados (es decir, una prohibición de privatización);
- la prohibición de que los fondos de pensiones inviertan más del 5 % de sus acciones en el extranjero⁴⁷;
- las normas que prevén el depósito obligatorio de valores emitidos o pagaderos en el extranjero en un banco autorizado o en un banco extranjero elegido por un banco autorizado⁴⁸;
- los derechos especiales mantenidos por los Estados miembros en ciertas empresas tras su privatización («acciones de oro»)⁴⁹; y
- los regímenes de autorización previa para la inversión en bienes inmuebles (por ejemplo, en tierras agrícolas)⁵⁰.

Sin embargo, al restringir los derechos de los inversores de la UE las autoridades públicas han de cumplir las limitaciones establecidas en la legislación de la UE.

1. La discriminación y las restricciones nacionales de los derechos de los inversores están, en principio, prohibidas

De conformidad con el Tratado, la discriminación por motivos de nacionalidad y otras formas de discriminación están, en principio, prohibidas, y solo son legales en circunstancias excepcionales. Esta prohibición cubre la discriminación indirecta, y por tanto se extiende a las medidas basadas en criterios que, pese a estar formulados de manera neutra, en la práctica conducen a resultados equivalentes a la discriminación⁵¹.

El legislador de la UE ha proscrito completamente toda forma de discriminación basada en la nacionalidad, de naturaleza directa o indirecta, en determinados ámbitos que se encuentran

⁴⁶ Verónica, C-148/91, ECLI:EU:C:1993:45, apartados 8 y siguientes.

⁴⁷ Comisión/Polonia, C-271/09, ECLI:EU:C:2011:855, apartado 51 (limitaciones sobre los fondos de pensiones).

⁴⁸ Brugnoli, C-157/85, ECLI:EU:C:1986:258, apartado 21.

⁴⁹ Estas acciones se iniciaron a raíz de la «Comunicación de la Comisión relativa a determinados aspectos jurídicos que afectan a las inversiones intracomunitarias», de 19 de julio de 1997: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31997Y0719\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31997Y0719(03))

⁵⁰ Véase la «Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la adquisición de tierras agrícolas y el Derecho de la Unión Europea»: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:C:2017:350:TOC>

⁵¹ CHEZ Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, apartado 94. La discriminación no presupone privilegios solo para los nacionales o desventajas solo para los extranjeros (Comisión/Italia, C-388/01, ECLI:EU:C:2003:30, apartado 14).

exhaustiva o parcialmente armonizados, por ejemplo en la Directiva de Servicios o en las directivas del sector de las telecomunicaciones⁵².

Más allá de la discriminación, el Tratado establece asimismo que también es restricción cualquier medida que se pueda aplicar indistintamente⁵³ y que pueda prohibir el ejercicio de una de las libertades fundamentales, disuadir de ese ejercicio o restarle atractivo, aunque sea de manera indirecta y potencial.

Tal restricción está prohibida salvo que se justifique debidamente y cumpla los principios generales del Derecho de la UE y los derechos fundamentales⁵⁴, aunque sea de escaso alcance o importancia menor⁵⁵ e incluso si la adopta el Estado miembro de origen del inversor⁵⁶. Esta prohibición afecta, en particular, a las leyes nacionales, otras medidas de aplicación general y las decisiones administrativas individuales.

Ejemplo 3 – Una obligación de notificación para los inversores también puede constituir una restricción ilegal

Comisión/Bélgica («Limosa»), C-577/10

La legislación belga obliga a los prestadores de servicios extranjeros a enviar a las autoridades nacionales competentes una declaración previa en la que se detalle su actividad en Bélgica. La Comisión impugnó esta legislación en lo que atañe a su aplicación a los prestadores de servicios autónomos.

El Tribunal de Justicia consideró que la acción tenía un fundamento válido. El Tribunal sostuvo que la medida en cuestión constituía una restricción de la libre prestación de servicios. El Tribunal de Justicia aceptó que la protección de los trabajadores, invocada por Bélgica, es un interés público legítimo. No obstante, resolvió que Bélgica no había justificado de forma suficientemente convincente por qué era necesario presentar una información tan detallada para alcanzar los objetivos de interés público en los que se basaba, ni por qué la obligación de facilitar esa información por adelantado no iba más allá de lo necesario para alcanzar esos objetivos, aunque así debería haberlo hecho. El Tribunal de Justicia recordó, en ese contexto, que cualquier presunción de

⁵² Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) (DO 2002 L 108 de 24.4.2002, p. 21), modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009 L 337 de 18.12.2009, p. 37); Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 33), modificada por la Directiva 2009/140/CE; Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 249 de 17.9.2002, p. 21).

⁵³ Es decir, igualmente aplicable a nacionales y a extranjeros.

⁵⁴ Essent Belgium, C-492/14, ECLI:EU:C:2016:732, apartados 96 y 97.

⁵⁵ De Clercq, C-315/13, ECLI:EU:C:2014:2408, apartado 61.

⁵⁶ Alpine Investments, C-384/93, ECLI:EU:C:1995:126, apartados 29 a 31.

abuso por parte de los operadores económicos extranjeros es incompatible con el Tratado.

2. Las restricciones nacionales se han de justificar

Las libertades del mercado y los derechos fundamentales no son absolutos, pero las autoridades públicas los han de equilibrar con otros objetivos de orden público.

a. Ciertas restricciones no pueden justificarse nunca

Algunos tipos de restricciones son *per se* incompatibles con el Tratado, por ejemplo, las condiciones de reciprocidad frente a otros Estados miembros⁵⁷ o la presunción de fraude en relación con los extranjeros⁵⁸.

Por otra parte, el legislador de la UE ha proscrito totalmente algunos tipos de restricción graves (por ejemplo, la «lista negra» establecida en el artículo 14 de la Directiva de Servicios prohíbe la obligación de tener un establecimiento principal)⁵⁹.

Además, en las materias que no están plenamente armonizadas, la normativa de la UE reduce la discrecionalidad de las autoridades nacionales o de la UE, por ejemplo al establecer los criterios para la evaluación prudencial de las participaciones cualificadas en entidades financieras⁶⁰.

⁵⁷ Hedley Lomas, C-5/94, ECLI:EU:C:1996:205, apartados 19 y 20; Comisión/Luxemburgo, C-266/03, EU:C:2005:341, apartado 35.

⁵⁸ Comisión/Bélgica («Limosa»), C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814, apartado 53; Polbud, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, apartado 63.

⁵⁹ Rina Services, C-593/13, ECLI:EU:C:2015:399; Comisión/Hungría, C-179/14, ECLI:EU:C:2016:108, apartado 47.

⁶⁰ Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DRC IV) (DO L 176 de 27.6.2013, p. 338); Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15

b. Ciertas restricciones pueden justificarse por objetivos públicos legítimos

La legislación de la UE permite las restricciones de las libertades fundamentales, siempre y cuando estén justificadas por objetivos expresamente mencionados en el Tratado. Por ejemplo, el artículo 52 del Tratado permite restricciones de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios por motivos de orden público, seguridad y salud públicas.

Las restricciones que no discriminan por razones de nacionalidad también se pueden justificar por razones imperiosas de interés público, como reconoce la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A título de ejemplo, cabe citar:

- la protección medioambiental⁶¹,
- la cohesión del sistema fiscal⁶²,
- la lucha contra la evasión fiscal⁶³,
- el mantenimiento de la población en el medio rural y la lucha contra la especulación desmedida del suelo⁶⁴,
- la ordenación territorial (por ejemplo, limitaciones sobre las segundas residencias)⁶⁵,
- la protección de los consumidores⁶⁶,
- la protección de los trabajadores⁶⁷, y
- la protección de los acreedores y los socios minoritarios⁶⁸.

La lista de razones imperiosas de interés público ha evolucionado a medida que la jurisprudencia del Tribunal ha ido reconociendo los intereses cambiantes de nuestras sociedades. Sin embargo, la legislación de la UE no permite medidas nacionales que restrinjan las libertades fundamentales por razones administrativas o puramente económicas⁶⁹. Además, la interpretación de los intereses públicos legítimos admitidos en el Tratado y la jurisprudencia debe ser estricta⁷⁰.

3. Todas las restricciones han de cumplir los principios generales de la legislación de la UE (proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza legítima)

de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (MiFID II) (DO L 173 de 12.6.2014, p. 349); Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DO L 335 de 17.12.2009, p. 1).

⁶¹ Comisión/España («superficies comerciales en Cataluña»), C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172, apartado 74. Véanse también el artículo 3, apartado 3, del TUE y los artículos 11 y 191 del TFUE.

⁶² Bachmann, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35, apartado 28.

⁶³ Etablissements Rimbaud, C-72/09, ECLI:EU:C:2010:645, apartados 33 y siguientes.

⁶⁴ Festersen, C-370/05, ECLI:EU:C:2007:59, apartado 27.

⁶⁵ Ewald Burtscher/Josef Stauderer, C-213/04, ECLI:EU:C:2005:731, apartado 46.

⁶⁶ X-Steuerberatungsgesellschaft, C-342/14, ECLI:EU:C:2015:827, apartado 53.

⁶⁷ Laval, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, apartado 103.

⁶⁸ Polbud, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, apartado 53.

⁶⁹ Comisión/Portugal, C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326, apartado 52; Comisión/Italia, C-174/04, ECLI:EU:C:2005:350, apartado 37.

⁷⁰ Véanse, entre otros, SEGRO y Horváth, asuntos acumulados [C-52/16](#) y C-113/16, ECLI:EU:C:2018:157, apartado 96.

Cualquier medida nacional adoptada por un Estado miembro en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE que afecte a los derechos de los inversores de la UE ha de cumplir los principios generales aplicables del Derecho de la UE, que se pueden especificar con mayor precisión en la legislación de la Unión⁷¹.

En primer lugar, las restricciones nacionales han de ser proporcionadas, lo que significa que las disposiciones restrictivas sean adecuadas para conseguir el objetivo previsto, incluida la necesidad de que sirvan al objetivo público legítimo con coherencia y de manera sistemática⁷². No deberán ir más allá de lo necesario para lograr el interés público⁷³. Una medida restrictiva no es proporcionada si existe una posible medida alternativa que pueda proteger el interés público en juego de una manera que restrinja menos la libre circulación⁷⁴.

En la práctica, el papel del principio de proporcionalidad es muy importante. El Tribunal de Justicia realiza un examen en profundidad cuando se trata de la proporcionalidad de las medidas nacionales que restringen libertades fundamentales. Al evaluar la proporcionalidad, se deben tener en cuenta todas las circunstancias de hecho y de derecho del asunto. Corresponde a las autoridades nacionales demostrar que su normativa respeta el principio de proporcionalidad. A este respecto, las razones que un Estado miembro puede argüir como justificación deben estar respaldadas por pruebas adecuadas o por un análisis de la idoneidad y la proporcionalidad de la medida restrictiva⁷⁵.

Ejemplo 4 – La expropiación indirecta como restricción desproporcionada de la libre circulación de capitales

SEGRO y Horváth, asuntos acumulados C-52/16 y C-113/16

Una empresa húngara (propiedad de personas físicas residentes en Alemania) y un ciudadano austriaco adquirieron, antes del 30 de abril de 2014, los derechos de usufructo sobre unas parcelas agrícolas en Hungría, que inscribieron en el registro de la propiedad. Las modificaciones de la legislación húngara pertinente en 2013 extinguieron todos los derechos de usufructo sobre suelo cultivable, salvo que se pudiera acreditar que sus titulares tenían vínculos familiares con el propietario. Por consiguiente, los derechos inscritos por los extranjeros de la UE en el registro de la propiedad quedaron cancelados.

El Tribunal de Justicia resolvió que las modificaciones de la ley realizadas en 2013 restringían la

⁷¹ Véanse, a estos efectos, VEMW, C-17/03, ECLI:EU:C:2005:362, apartados 57 y siguientes, y, también en ese contexto, Industrie du bois, C-195/12, ECLI:EU:C:2013:598.

⁷² Gambelli, C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597, apartado 67; Hartlauer, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141, apartado 55 y jurisprudencia en él citada.

⁷³ SEGRO y Horváth, asuntos acumulados [C-52/16](#) y C-113/16, ECLI:EU:C:2018:157, apartado 76.

⁷⁴ Ospelt, C-452/01, ECLI:EU:C:2003:493, apartado 41.

⁷⁵ Scotch Whisky, C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845, apartado 53; SEGRO y Horváth, asuntos acumulados C-52/16 y C-113/16, ECLI:EU:C:2018:157, apartado 85.

libre circulación de capitales, pues privaban a los demandantes del disfrute de una propiedad en la que habían invertido capital, y que eran discriminatorias, pues estaban orientadas de hecho a los extranjeros. Las medidas no eran adecuadas para conseguir objetivos de orden público legítimos (por ejemplo, conservar poblaciones rurales viables), iban más allá de lo necesario y podrían haberse sustituido por disposiciones menos restrictivas.

En segundo lugar, la seguridad jurídica es un principio general de la legislación de la UE que también es pertinente para los inversores. Este principio exige que las normas jurídicas de la UE y nacionales sean claras, precisas y previsibles en cuanto a sus efectos, en particular cuando puedan entrañar consecuencias desfavorables para los particulares y las empresas⁷⁶. Tal exigencia se debe observar incluso con más rigor cuando las normas puedan entrañar consecuencias negativas para los particulares y las empresas⁷⁷ o cuando puedan implicar consecuencias financieras para los interesados⁷⁸. Cuando las autoridades públicas actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, deben ejercer la discrecionalidad sobre la base de criterios objetivos, no discriminatorios, suficientemente específicos y claros, conocidos de antemano⁷⁹.

Por otra parte, la seguridad jurídica incluye también la protección de la confianza legítima⁸⁰. Sin embargo, los inversores de la UE solo pueden recurrir la modificación de las normas existentes o la adopción de nuevas normas del ámbito de aplicación del Derecho de la UE en determinadas circunstancias, sobre la base de la protección de su confianza legítima.

Para poder confiar en la protección de la confianza legítima, los operadores económicos deben actuar de buena fe⁸¹ y de manera prudente y diligente⁸². Esto significa que si un inversor ha tenido conocimiento, o ha debido razonablemente tenerlo, de que el origen de su reclamación, las normas en las que esta se basa, el comportamiento de la autoridad pública que aplica esas normas o el procedimiento seguido por esa autoridad pública han sido contrarios a la legislación de la UE, no puede invocar el principio de confianza legítima⁸³.

⁷⁶ SIAT, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415, apartado 58.

⁷⁷ VEMW, C-17/03, ECLI:EU:C:2005:362, apartado 80; ASM Brescia, C-347/06, ECLI:EU:C:2008:416, apartado 69; Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation, C-362/12, ECLI:EU:C:2013:834, apartado 44.

⁷⁸ Sudholz, C-17/01, ECLI:EU:C:2004:242, apartado 34.

⁷⁹ Hartlauer, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141, apartado 64; Association Église de Scientologie de Paris, C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124, apartado 22; Comisión/Francia («Elf Aquitaine»), C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327, apartado 50.

⁸⁰ VEMW, C-17/03, ECLI:EU:C:2005:362, apartados 73 y 74.

⁸¹ Krücken, C-316/88, ECLI:EU:C:1988:201, apartados 23 y 24; Comisión/Alemania, C-5/89, ECLI:EU:C:1990:320, apartado 14.

⁸² España/Consejo, C-310/04, ECLI:EU:C:2006:521, apartado 81.

⁸³ Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland, C-24/95, ECLI:EU:C:1997:163, apartados 25 y 49; España/Comisión, C-169/95, ECLI:EU:C:1997:10, apartado 51.

Los operadores económicos no pueden esperar que un régimen jurídico existente se mantenga para siempre⁸⁴. Por otra parte, cuando la UE o un Estado miembro adopten una nueva medida de una manera que afecte negativamente a los intereses de los inversores, deben proporcionar, si procede, adaptaciones a las nuevas normas que tengan en cuenta la situación particular de los inversores afectados, salvo que una razón imperiosa de interés público les impida proporcionar esas adaptaciones⁸⁵.

Ejemplo 5 – Protección de la confianza legítima

Plantanol GmbH & Co, C-201/08

La legislación tributaria alemana contemplaba una exención fiscal hasta el final de 2009 para cierto tipo de mezcla de biocarburantes. Dicha exención se retiró el 18 de diciembre de 2006, con efecto a partir del 1 de enero de 2007, es decir, dos años completos antes de su fecha de vencimiento.

El Tribunal de Justicia recordó los principios de la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima. No obstante, también señaló que, cuando un inversor prudente y diligente está en condiciones de prever la adopción de una medida que probablemente vaya a afectar a sus intereses, no puede invocar el beneficio de tal principio en caso de que la medida se adopte. El Tribunal de Justicia concluyó que se trata de una apreciación de los hechos que corresponde al tribunal nacional, pero confirmó que, en principio, la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima no impiden que un Estado miembro retire un régimen de exención fiscal antes de su fecha de vencimiento.

En principio, los inversores de la UE solo deberían tener que invocar el principio de protección de la confianza legítima de manera ocasional, pues por lo general pueden confiar en la aplicación de las libertades fundamentales consagradas en el Tratado (incluidas la proporcionalidad y la no discriminación) y en la legislación derivada. De hecho, las normas de la UE tienen efectos legales desde el momento de su entrada en vigor⁸⁶. Estas normas son inmediatamente aplicables y vinculantes en un nuevo Estado miembro desde la fecha de su adhesión, por lo que se aplican a los efectos futuros de las situaciones surgidas antes de la adhesión del nuevo Estado miembro a la UE⁸⁷.

4. Todas las restricciones nacionales han de respetar los derechos fundamentales

⁸⁴ VEMW, C-17/03, ECLI:EU:C:2005:362, apartado 81; Plantanol, C-201/08, ECLI:EU:C:2009:539, apartado 53.

⁸⁵ VEMW, C-17/03, ECLI:EU:C:2005:362, apartado 81; Plantanol, C-201/08, ECLI:EU:C:2009:539, apartado 49.

⁸⁶ IN.CO.GE.'90, asuntos acumulados C-10/97 y C-22/97, ECLI:EU:C:1998:498, apartado 23.

⁸⁷ Saldanha, C-122/96, ECLI:EU:C:1997:458, apartado 14.

Los inversores transfronterizos también pueden invocar, en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, los derechos fundamentales, como la libertad de empresa, el derecho a la propiedad y el derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁸. Cuando un Estado miembro (incluido el legislador nacional) adopte una medida que constituya una excepción a una libertad fundamental garantizada por la legislación de la UE, dicha medida queda incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE. Por consiguiente, se aplica plenamente la protección garantizada por el Derecho de la UE, incluidos los derechos fundamentales consagrados en la Carta⁸⁹.

La libertad de empresa se puede invocar con éxito en caso de restricciones graves de la libertad contractual del inversor⁹⁰. El derecho a la propiedad (es decir, a poseer bienes adquiridos legalmente, usarlos y disponer de ellos) tiene una importancia esencial en todos los regímenes de protección de la inversión. El Derecho europeo extiende este derecho fundamental a la «propiedad» en el sentido más amplio de la palabra⁹¹ e incluye también el ejercicio pacífico de este derecho. Esto implica directamente un derecho a una indemnización por la privación de una propiedad en interés general⁹². La protección garantizada sobre esta base reviste una especial importancia en caso de expropiación o de medidas equivalentes.

Tales derechos no son absolutos, y su ejercicio puede verse sometido a restricciones, siempre y cuando estas se justifiquen por objetivos de interés general reconocidos por el Derecho de la UE y sean proporcionadas. La importancia de los propósitos perseguidos por las medidas restrictivas puede justificar consecuencias negativas, incluso de naturaleza sustancial, para ciertos operadores. No obstante, es posible que las restricciones no constituyan, respecto del propósito perseguido, una interferencia desproporcionada e intolerable que vulnere la propia esencia de esos derechos⁹³.

5. Los inversores pueden invocar las normas de competencia de la UE frente a medidas nacionales

⁸⁸ Artículos 16, 17 y 47 de la Carta. En virtud del artículo 52, apartado 3, de la Carta, en la medida en que esta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio; esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

⁸⁹ *Online Games Handels*, C-685/15, ECLI:EU:C:2017:452, apartado 56.

⁹⁰ *Alemo-Herron y otros*, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, apartado 35.

⁹¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto en diversas ocasiones que los derechos similares al de propiedad están cubiertos por el artículo 1 del Protocolo nº1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues el concepto de «posesión» tiene un significado autónomo que no se limita a la propiedad de bienes físicos; así pues, algunos otros derechos e intereses que constituyen bienes también se pueden considerar «derechos de propiedad» y, por tanto, «posesiones» a los fines de esta disposición (véanse, por ejemplo, las sentencias *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976; *James contra Reino Unido*, de 21 de febrero de 1986, relativa a un arrendamiento; *Witteck contra Alemania*, de 12 de diciembre de 2002, relativa a un usufructo transferible sobre un terreno; *Bruncrona contra Finlandia*, de 16 de febrero de 2005, relativa a un arrendamiento).

⁹² *Pesce y otros*, asuntos acumulados C-78/16 y C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428, apartado 86.

⁹³ *Hauer*, C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290, apartados 15 y siguientes; *Wachauf*, C-5/88, ECLI:EU:C:1989:321, apartado 18.

En el mercado único de la UE se deben garantizar la competencia no falseada y la igualdad de condiciones entre las empresas. Por consiguiente, los Estados miembros no pueden conceder ayudas estatales salvo que sean compatibles con el mercado interior⁹⁴. Por otra parte, los Estados miembros no pueden exigir ni favorecer la adopción de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas contrarios a los artículos 101 o 102 del TFUE, ni reforzar sus efectos, ni tampoco despojar a sus propias normas del carácter legislativo delegando responsabilidades en la toma de decisiones que afecten a la esfera económica de los operadores económicos privados⁹⁵. Los artículos 102 y 106, apartado 1, del TFUE también se infringen cuando una medida imputable a otro Estado miembro, en particular una medida por la que un Estado miembro confiere derechos especiales o exclusivos en el sentido del artículo 106, apartado 1, del TFUE, suscita un riesgo de abuso de posición dominante⁹⁶.

IV. Cumplimiento de los derechos de los inversores en virtud del Derecho de la UE

Mientras que el Derecho internacional en materia de inversión (por ejemplo, los tratados bilaterales de inversión) se centra principalmente en indemnizar a los inversores después de que se haya producido la vulneración, el Derecho de la UE permite proteger a los inversores transfronterizos de la UE de diferentes maneras y a diferentes niveles. Los inversores transfronterizos están protegidos en la UE por diversos mecanismos orientados a prevenir o resolver las vulneraciones de sus derechos cometidas por el legislador, la administración o el sistema judicial. El cumplimiento por vía judicial de los derechos resultantes de la legislación de la UE es una de las diversas soluciones posibles. Si se considera que el cumplimiento por vía judicial es la forma más apropiada, o si se han agotado las otras posibilidades, el particular puede confiar en el completo y desarrollado sistema de recursos legales previsto por el Derecho de la UE.

1. Mecanismos para prevenir las vulneraciones y las soluciones extrajudiciales

Examen previo de las medidas nacionales que podrían obstaculizar los derechos de los particulares previstos en la legislación de la UE

La prevención de las vulneraciones de los derechos de los particulares previstos en la legislación de la UE presenta un valor distintivo para los inversores, que tienen una necesidad especial de planificar y ejecutar sus decisiones económicas en un entorno normativo previsible y estable.

⁹⁴ Véanse en particular los artículos 107 a 109 del TFUE.

⁹⁵ CIF, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, apartado 46.

⁹⁶ MOTOE, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, apartado 50; Comisión/Grecia («DEI»), C-553/12 P, apartados 41 a 43.

A fin de garantizar condiciones de igualdad entre las empresas en el mercado único, el artículo 108 del TFUE ha establecido un sistema de notificación previa para que la Comisión Europea pueda asegurar la compatibilidad de las medidas de ayuda estatal (incluida la legislación nacional) con el mercado único antes de que entren en vigor.

En lo que respecta a las normas de libre circulación de la UE, el legislador ha establecido la obligación de que los Estados miembros notifiquen ciertas medidas de carácter legislativo o administrativo antes de su adopción y las sometan al examen de la Comisión Europea y, si procede, de otros Estados miembros. Aunque en algunos casos la Comisión solo está autorizada a dirigir una recomendación al Estado miembro de que se trate⁹⁷, en otros el legislador la faculta para emitir decisiones en virtud del artículo 288 del TFUE, que son vinculantes para el Estado miembro de que se trate⁹⁸. Este poder de toma de decisiones de la Comisión es diferente e independiente del poder del Tribunal de Justicia de resolver sobre las infracciones cometidas por los Estados miembros⁹⁹. Por ejemplo, la Directiva de Servicios¹⁰⁰ confiere a la Comisión un poder de toma de decisiones en relación con la justificación y la proporcionalidad de determinadas nuevas barreras nacionales consideradas por el legislador de la UE especialmente perjudiciales para la consecución de un mercado único de ciertos servicios. Para que el procedimiento de notificación sea efectivo en la práctica, la Comisión ha propuesto recientemente una «Directiva de notificaciones»¹⁰¹.

⁹⁷ Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DO L 241 de 17.9.2015, p. 1). La obligación de que los Estados miembros notifiquen ciertas reglamentaciones técnicas a la Comisión antes de su adopción tiene por finalidad proteger, mediante un control preventivo, la libre circulación de mercancías y servicios, que constituyen uno de los fundamentos de la Unión. Para que dicho control sea eficaz, se han de notificar todos los proyectos de reglamentos técnicos contemplados por la Directiva, salvo aquellos en los que la urgencia de las medidas justifique una excepción, y su adopción o su entrada en vigor deben suspenderse durante los períodos determinados por la Directiva (véase, en relación con la libre circulación de mercancías, Unilever, C-443/98, ECLI:EU:C:2000:496, apartados 40 y siguientes). Véase también, por ejemplo, el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas y por el que se deroga la Directiva 2004/67/CE.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 9 de la Directiva 96/67/CE del Consejo de 15 de octubre de 1996 relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad (DO L 272 de 25.10.1996, p. 36). Basándose en este Reglamento, la Comisión ha tomado una decisión al menos en diez casos concretos y ha emitido ocasionalmente una decisión negativa en relación con la medida restrictiva propuesta. Véase asimismo el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (DO L 95 de 15.4.2010, p. 1).

⁹⁹ Francia/Comisión, asuntos acumulados C-15/76 y C-16/76, ECLI:EU:C:1979:29, apartados 26 a 28. P An Taise, C-325/94, ECLI:EU:C:1996:293, apartado 25.

¹⁰⁰ Véase el artículo 15, apartado 7, de la Directiva de servicios.

¹⁰¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación efectiva de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, por la que se establece un procedimiento de notificación para los regímenes de autorización y los requisitos relacionados con los servicios [COM(2016) 821 final].

Ejemplo 6 – Medida por la que se impone la transferencia de ciertos vuelos desde el aeropuerto de Linate al de Malpensa

Italia/Comisión («Malpensa»), C-361/98

El Reglamento 2408/92 tiene por objetivo la aplicabilidad de la libre prestación de servicios en el sector del transporte aéreo. En julio de 1996 y octubre de 1997, respectivamente, Italia adoptó sendos decretos por los que todo el tráfico aéreo se transferiría desde el aeropuerto de Linate, cercano al centro de Milán, a otros aeropuertos más distantes, con una excepción que, en la práctica, solo afectaba a la conexión Milán-Roma.

A raíz de las quejas presentadas por las compañías aéreas internacionales, el 16 de septiembre de 1998 la Comisión adoptó la decisión de prohibir las medidas italianas controvertidas. Dicha decisión se adoptó en virtud del artículo 8 del Reglamento 2408/92, que autoriza a la Comisión a tomar decisiones en relación con las medidas nacionales que regulan la distribución del tráfico en perjuicio de los prestadores de servicios del sector del transporte aéreo. En su decisión, la Comisión consideraba que la medida italiana controvertida era indirectamente discriminatoria y desproporcionada. Italia impugnó esta medida ante el Tribunal de Justicia invocando una serie de motivos relacionados con el poder de la Comisión y con la evaluación realizada.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia desestimó la impugnación de Italia. El Tribunal resolvió que la Comisión estaba plenamente autorizada a examinar, en primer lugar, si las medidas nacionales adoptadas en los decretos en cuestión imponían restricciones aparentemente aplicables sin distinción, y en segundo lugar, si esas restricciones permitían alcanzar el objetivo que preveían sin ir más allá de lo necesario para conseguirlo. El Tribunal examinó la evaluación relativa a la justificación y la proporcionalidad presentada por la Comisión en su decisión y consideró que ninguno de los numerosos argumentos de Italia estaba bien fundado.

Aplicación de las normas por la administración de conformidad con la legislación de la UE

Por lo general, la administración nacional es el primer y más común interlocutor con el que contacta el inversor en un Estado miembro cuando inicia una inversión o dirige una empresa. Las autoridades administrativas nacionales deben aplicar la legislación de la UE de manera efectiva, interpretar la legislación nacional con arreglo al Derecho de la UE, anular las normas nacionales contrarias al Derecho de la UE y eliminar las consecuencias de las vulneraciones de la legislación nacional (por ejemplo, reembolsar los cobros indebidos). Estos principios, que derivan del deber de cooperación leal de los Estados miembros plasmado en el artículo 4, apartado 3, del TUE y la primacía del Derecho de la UE¹⁰², permiten la aplicación correcta y

¹⁰² Véanse, entre otros, Costanzo, C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256, apartado 32; Ciola, C-224/97, ECLI:EU:C:1999:212, apartado 30; Petersen, C-341/08, ECLI:EU:C:2010:4, apartado 80.

efectiva de los derechos resultantes del Derecho de la UE sin necesidad de recurrir a medios judiciales. Se deben aplicar aunque las normas procesales nacionales no los prevean expresamente¹⁰³.

Ejemplo 7 – No aplicación de las normas nacionales por los órganos administrativos

Pepic, C-476/10

A dos nacionales de Liechtenstein se les denegó una autorización exigida por la normativa austriaca para la adquisición de segundas residencias por nacionales extranjeros.

El Tribunal interpretó el asunto a la luz de las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales del artículo 40 del Acuerdo EEE, pues estimó que tienen el mismo alcance jurídico que el artículo 63 del TFUE. En primer lugar, el Tribunal consideró que la exigencia de la autorización constituía una discriminación por razón de nacionalidad. A continuación el Tribunal indicó que todos los órganos administrativos nacionales deben respetar la primacía del Derecho de la Unión y, por tanto, deben dejar inaplicada dicha normativa nacional discriminatoria.

Toda persona tiene derecho a ser oída cuando las autoridades de los Estados miembros adopten medidas individuales que corresponden al ámbito de aplicación del Derecho de la UE y que podrían afectarle¹⁰⁴. La administración debe aplicar las normas con imparcialidad, teniendo en cuenta toda la información pertinente y de manera no discriminatoria¹⁰⁵, y debe respaldar sus decisiones con motivos adecuados¹⁰⁶. Si un Estado miembro percibe tributos vulnerando las normas del Derecho de la UE, está obligado a reembolsarlos con intereses¹⁰⁷.

En reconocimiento de la necesidad de acelerar las soluciones extrajudiciales de los problemas transfronterizos en la aplicación del Derecho de la UE, en 2002 la Comisión y los Estados miembros crearon SOLVIT. El objetivo de SOLVIT es aportar soluciones prácticas a los ciudadanos y empresas de la UE y el EEE que se enfrentan a dificultades en el cumplimiento de los derechos que les garantiza la UE por parte de las autoridades públicas. En su Comunicación «Plan de Acción para el refuerzo de SOLVIT: hacer llegar los beneficios del mercado único a los ciudadanos y las empresas»¹⁰⁸, la Comisión asumió el compromiso de

¹⁰³ Véase, a esos efectos, Sopropé, C-349/07, ECLI:EU:C:2008:746, apartado 38.

¹⁰⁴ Sopropé, C-349/07, ECLI:EU:C:2008:746, apartado 36.

¹⁰⁵ Gebhard, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, apartado 37; Technische Universität München, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438, apartado 14.

¹⁰⁶ Dieter Kraus, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125, apartado 40; Donnellan, C-34/17, ECLI:EU:C:2018:282, apartado 55.

¹⁰⁷ IN.CO.GE.'90, asuntos acumulados C-10/97 a C-22/97, ECLI:EU:C:1998:498, apartado 24; Littlewoods Retail y otros, C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478, apartados 25 y 26. Dragoş, C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662, apartado 24, y jurisprudencia citada en ella.

¹⁰⁸ http://ec.europa.eu/solvit/_docs/2017/com-2017-255_es.pdf

adoptar, junto con los Estados miembros, nuevas medidas para fortalecer el papel estratégico de SOLVIT con el objetivo de lograr que el mercado único funcione mejor en la práctica para los ciudadanos y las empresas.

2. Protección judicial efectiva de los derechos de los inversores en el marco del Derecho de la UE

Un sistema completo de recursos judiciales a nivel de la UE y de los Estados miembros

Con arreglo al artículo 19, apartado 1, del TUE, los Estados miembros están obligados a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión¹⁰⁹. En virtud del artículo 47 de la Carta, que es directamente aplicable, toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial¹¹⁰. Los sistemas judiciales nacionales de la Unión están sujetos a normas de independencia, calidad y eficiencia que se recogen con detalle en la amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹¹¹.

Los particulares disponen de multitud de recursos ante los tribunales nacionales

Existen numerosos recursos judiciales disponibles para los particulares ante los tribunales nacionales. Cabe citar, en particular:

- las medidas provisionales (cautelares)¹¹²,
- la obligación de interpretar el Derecho nacional de manera conforme al Derecho de la UE¹¹³,
- la obligación del juez de dejar inaplicada, de oficio, cualquier disposición (incluso de carácter constitucional) contraria al Derecho de la UE¹¹⁴,
- la eliminación de las consecuencias de una vulneración del Derecho de la UE¹¹⁵,
- la concesión de indemnizaciones por daños resultantes de vulneraciones del

¹⁰⁹ Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, apartado 29.

¹¹⁰ Vera Egenberger, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, apartado 78.

¹¹¹ Véanse los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es pertinente en la interpretación de los derechos fundamentales, pues el artículo 52, apartado 3, de la Carta establece que, en la medida en que los derechos contenidos en la Carta correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, salvo que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

¹¹² Factortame, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257; Zuckerfabrik, Süderdithmarschen, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65.

¹¹³ Marleasing, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395; Faccini Dori, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292.

¹¹⁴ Melki y Abdeli, asuntos acumulados C-188/10 y 189/10, ECLI:EU:C:2010:363, apartados 43 y 44. Esta obligación se extiende a la no aplicación de la jurisprudencia contradictoria: véase Puligienica, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, apartado 38.

¹¹⁵ Comisión/Alemania, C- 503/04, ECLI:EU:C:2007/432, apartados 33 y siguientes; Delay, C-276/07, ECLI:EU:C:2008:282, apartado 23. Véase también más adelante en relación con el reembolso de cargos percibidos ilegalmente.

Derecho de la UE (incluidos los errores judiciales)¹¹⁶.

Estos recursos encuentran una base jurídica directa en el Derecho de la UE. Por tanto, cuando las condiciones se cumplen, los tribunales nacionales deben proporcionarlos independientemente de si el derecho nacional lo prevé o no. Al mismo tiempo, las sentencias nacionales se pueden hacer cumplir mediante todas las herramientas previstas para ello en el Derecho nacional.

Ejemplo 8 – Recursos judiciales basados en el derecho de la UE contrarios al Derecho constitucional nacional

Factortame, C-213/89, y Brasserie du Pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93

Varias empresas, propietarias u operadoras de buques pesqueros se vieron privados de sus derechos de pesca cuando las autoridades del Reino Unido adoptaron una normativa nueva que era discriminatoria. Las empresas presentaron un recurso judicial y solicitaron medidas cautelares. La Cámara de los Lores reconoció que los solicitantes sufrirían daños irreparables si no se les concedían las medidas cautelares que habían solicitado, y tuvieron éxito en el litigio principal. Sin embargo, según el Derecho nacional, en este caso los tribunales ingleses no estaban facultados para dictar medidas cautelares. Más concretamente, lo impedía una norma del *common law* con arreglo a la cual no se pueden dictar medidas cautelares contra la Corona, es decir, contra el gobierno, junto con la presunción de que las leyes parlamentarias son conformes al Derecho de la Unión hasta el momento en que se emite una decisión sobre la compatibilidad con la ley de que se trate. La Cámara de los Lores remitió la cuestión al Tribunal. Este respondió que un tribunal nacional que, en un asunto relativo al Derecho de la Unión, considera que el único obstáculo a la concesión de medidas cautelares es una norma del derecho nacional debe dejar de aplicar esa norma.

En una cuestión posterior formulada por otro tribunal del Reino Unido en relación con los mismos inversores, el Tribunal consideró que, cuando el órgano legislativo nacional ha sido el responsable de un incumplimiento del Derecho de la Unión atribuible al Estado, es de aplicación el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los perjuicios causados a los particulares por esos incumplimientos. Por otra parte, la reparación de pérdidas o daños no se puede supeditar a fallos (intencionados o por negligencia) del órgano estatal responsable del incumplimiento, que vayan más allá de un incumplimiento suficientemente grave de la legislación de la Unión.

Con arreglo a la legislación de la UE, los Estados miembros tienen la obligación de establecer procedimientos efectivos que permitan a los ciudadanos y a las empresas, incluidos los inversores, reclamar daños si los Estados miembros vulneran los derechos que les otorga el Derecho de la UE. La Comisión reconoce que los inversores transfronterizos pueden

¹¹⁶ Véanse, entre otros muchos, Francovich, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428; Köbler, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.

encontrar dificultades al reclamar la responsabilidad del Estado, a causa de la diversidad de leyes procesales nacionales. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal no solo establece el principio de tal responsabilidad, sino también varios requisitos mínimos para la responsabilidad estatal extracontractual por violación del Derecho de la UE¹¹⁷.

Requisitos de la UE y apoyo en relación con la independencia, la calidad y la eficiencia del sistema judicial nacional

La independencia del poder judicial nacional es un principio común de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y del Derecho de la UE¹¹⁸ y se considera esencial para garantizar una protección judicial efectiva¹¹⁹. Las garantías de independencia e imparcialidad exigen reglas sobre la composición del órgano judicial, así como sobre el nombramiento, la duración del mandato y las causas de abstención, recusación y cese de sus miembros. Con ello se pretende disipar cualquier duda razonable que pueda surgir en la mente de los particulares sobre la impermeabilidad de ese órgano a los factores externos y su neutralidad ante los intereses en litigio¹²⁰.

Como se anuncia en la Comunicación «Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación»¹²¹, la Comisión estimula y ayuda a los Estados miembros a mejorar su capacidad para hacer cumplir el Derecho de la UE y proporcionar vías de recurso para garantizar que los usuarios finales del Derecho de la UE, ya sean ciudadanos o empresas, puedan ejercer plenamente sus derechos.

La Comisión impulsa la modernización de las autoridades policiales y judiciales a través del Semestre Europeo y, cuando es necesario, mediante legislación específica. La Comisión ha colaborado con los Estados miembros para seguir mejorando la eficacia de los sistemas judiciales, incluidas su independencia, su calidad y su eficiencia. La mejora de la eficacia de los sistemas judiciales es una prioridad del Semestre Europeo, y el Consejo adopta periódicamente, basándose en las propuestas de la Comisión, recomendaciones específicas por país para la mejora de los sistemas judiciales nacionales.

La UE presta apoyo financiero para ciertas reformas judiciales a través de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos. Entre 2007 y 2023, 16 Estados miembros habrán

¹¹⁷ En principio, las condiciones de la responsabilidad de los Estados miembros por daños causados a particulares por vulneración del Derecho de la UE no difieren de las condiciones por las que se rige la responsabilidad de la UE y sus instituciones por tales daños con arreglo al artículo 340, apartado 2, del TFUE; *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, apartados 40 a 42.

¹¹⁸ Artículo 47, apartado 2, de la Carta, y artículo 19 del Tratado de la Unión Europea.

¹¹⁹ *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, apartado 41.

¹²⁰ *Wilson*, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, apartados 50 a 53.

¹²¹ Comunicación «Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación» (2017/C18/02), disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2017.018.01.0010.01.SPA&toc=OJ:C:2017:018:TOC

gastado más de 900 millones de euros para mejorar la calidad y la eficiencia de sus sistemas judiciales¹²². Los fondos de la UE han facilitado, por ejemplo, la introducción en los tribunales de nuevos sistemas de gestión de los asuntos y de servicios electrónicos fáciles de usar.

Los procedimientos nacionales deben garantizar la aplicación efectiva de los derechos de los particulares previstos en el Derecho de la UE

Con la excepción del Reglamento 1215/2012¹²³, que trata de facilitar el acceso a la justicia, en particular mediante normas sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales de la UE en los asuntos transfronterizos y sobre el reconocimiento y la ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales dictadas en materia civil y mercantil¹²⁴, el Derecho de la UE suele dejar que sea el Derecho nacional el que determine las normas de procedimiento¹²⁵. Existen, no obstante, excepciones, como las Directivas sobre procedimientos de recurso, que armonizan los aspectos de procedimiento relacionados con la ejecución y los recursos en el ámbito de la contratación pública¹²⁶.

Ni siquiera cuando el Derecho de la UE no armoniza los procedimientos establece unos requisitos mínimos a este respecto. Por ejemplo, los procedimientos que regulan la aplicación de los derechos de la UE no deben ser menos favorables que aquellos que regulan las situaciones internas similares (*principio de equivalencia*) y en la práctica no deben impedir ni dificultar en exceso el ejercicio de tales derechos (*principio de eficacia*)¹²⁷. Las costas de un procedimiento no deben ser prohibitivas y se debe ofrecer asistencia jurídica gratuita a quienes carezcan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia, también para las personas jurídicas, cuando esté justificado¹²⁸. Por otra parte, los particulares tienen derecho a que el asunto que les

¹²² Cuadro de indicadores de la justicia en la UE de 2018, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf, gráficos 2 y 3.

¹²³ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20.12.2012, p. 1).

¹²⁴ El Reglamento 1215/2012 solo se aplica en los litigios «en materia civil y mercantil». Por consiguiente, no se aplica a aquellos litigios que impliquen a una partes (por ejemplo, la autoridad estatal) que ejerza poderes públicos. En el ámbito civil y mercantil hay diversos reglamentos que establecen procedimientos europeos específicos que los inversores podrían utilizar, como el Reglamento (CE) n.º 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, o el Reglamento (UE) n.º 655/2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas.

¹²⁵ *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, C-362/12, ECLI:EU:C:2013:834, apartado 31.

¹²⁶ Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DO L 335 de 20.12.2007, p. 31).

¹²⁷ *Sánchez Morcillo*, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, apartado 31.

¹²⁸ *DEB*, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, apartado 59.

conciene sea resuelto, y la resolución ejecutada, en un plazo razonable¹²⁹.

Ejemplo 9 – No aplicación de la normativa nacional sobre plazos de prescripción en vista de la conducta engañosa de las autoridades nacionales

Santex, C-327/00

Una empresa italiana no pudo participar en una licitación por no cumplir una de las cláusulas incluidas en el anuncio. Al publicar dicho anuncio, la autoridad contratante había indicado a la empresa licitadora que, dados los argumentos que respaldaban la no conformidad de esa cláusula con el Derecho de la UE, la interpretaría de manera que le permitiera participar. Sin embargo, posteriormente adoptó la postura contraria y decidió excluirla de la licitación. Cuando el asunto se remitió a los tribunales, los plazos nacionales de impugnación de anuncios de licitación habían expirado.

El Tribunal estimó que, en general, el plazo establecido por la legislación nacional era razonable y en principio garantizaba a los participantes la seguridad jurídica. No obstante, el Tribunal consideró que para determinar si no se ha puesto en peligro la eficacia de las disposiciones del Derecho de la UE, se han de tener en cuenta las circunstancias de cada asunto. En este asunto, el Tribunal sostuvo que la conducta de la autoridad contratante había creado un estado de inseguridad que no se había disipado hasta la fase de la decisión de exclusión. Así pues, la autoridad había dificultado en exceso el ejercicio de los derechos que la legislación de la UE confería al licitador perjudicado. Por consiguiente, el Tribunal concluyó que, en las circunstancias concretas del asunto, a fin de que el demandante pudiera alegar la incompatibilidad de la cláusula de la licitación con la legislación de la UE aplicable, el tribunal nacional debía interpretar las normas nacionales sobre plazos de prescripción en cumplimiento del principio de eficacia de la UE o, si esta interpretación no era posible, no aplicarlas.

Remisiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Los tribunales nacionales actúan como «tribunales de la UE» y tienen la obligación de dejar de aplicar de oficio las disposiciones nacionales contrarias a disposiciones del Derecho de la UE que tengan efecto directo. Cuando la aplicación de normas del Derecho de la UE se base en una cuestión de interpretación de este por un tribunal nacional, ese tribunal puede formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Si se plantea una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal¹³⁰. Las

¹²⁹ Kolev, C-612/15, ECLI:EU:C:2018:392, apartados 70 a 72.

¹³⁰ Artículo 267 del TFUE.

cuestiones prejudiciales también pueden referirse a la validez de las normas de la UE: cuando tales cuestiones son pertinentes, el órgano jurisdiccional nacional debe remitirlas al Tribunal de Justicia, que tiene la competencia exclusiva para examinar la validez de los actos de la UE¹³¹. Para poderse considerar «órgano jurisdiccional de un Estado miembro» en el sentido del artículo 267 del TFUE y, por tanto, estar facultado para remitir cuestiones al Tribunal de Justicia, un órgano ha de cumplir diversos criterios¹³². Los árbitros privados y los tribunales arbitrales establecidos en los TBI intra-UE no cumplen esos criterios y, por tanto, no se pueden considerar «órganos jurisdiccionales» en el sentido del artículo 267 del TFUE¹³³.

La interpretación dada en una decisión prejudicial por el Tribunal de Justicia es vinculante para el tribunal nacional, a los fines de la resolución del litigio principal¹³⁴. Todas las autoridades nacionales están obligadas a adoptar las medidas generales o particulares adecuadas para cumplir lo dispuesto en la decisión prejudicial en el plazo más breve posible¹³⁵. No es necesario que el juez nacional solicite o espere la derogación previa de las disposiciones contrarias al Derecho de la UE por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional¹³⁶.

En virtud del artículo 19 del TUE, el Tribunal de Justicia tiene autoridad para garantizar el respeto del Derecho de la UE, y por consiguiente desempeña un papel fundamental a la hora de asegurar la eficacia y la uniformidad de las normas de la UE que confieran derechos a los inversores transfronterizos.

3. Función de la Comisión como guardiana de los Tratados

El artículo 17, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea confía a la Comisión la responsabilidad de la aplicación, la ejecución y el cumplimiento efectivos del Derecho de la UE. Esta función permite a la Comisión examinar las medidas nacionales y actuar para garantizar el cumplimiento de las salvaguardias de la UE que protegen a los inversores. El objetivo primordial del procedimiento de infracción es garantizar que las acciones u omisiones de los Estados miembros se ajusten a la legislación de la UE (por ejemplo, modificando la legislación nacional), como objetivo de interés general. Las acciones de inversores individuales dirigidas a la anulación de medidas nacionales o a reclamar una compensación financiera por los daños causados por tales medidas son competencia de los tribunales nacionales.

¹³¹ Foto-Frost, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

¹³² A este fin, el Tribunal valora diversos factores, como si el órgano ha sido creado por ley, si es permanente, si su jurisdicción tiene carácter obligatorio, si su procedimiento es contradictorio, si aplica normas jurídicas y si es independiente (Dorsch Consult, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413, apartado 23).

¹³³ Véanse, respectivamente, Nordsee, C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107, apartados 10 a 13, y Achmea, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, apartados 43 y siguientes.

¹³⁴ Puligienica, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, apartado 38.

¹³⁵ Jonkman, asuntos acumulados C-231/06 a C-233/06, ECLI:EU:C:2007:373, apartado 38.

¹³⁶ Puligienica, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, apartado 40.

Los Estados miembros están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para cumplir las resoluciones del Tribunal de Justicia en las que se haya apreciado una infracción. En caso de incumplimiento, la Comisión puede pedir al Tribunal de Justicia que imponga sanciones económicas al Estado miembro de que se trate¹³⁷.

La Comisión se ha comprometido a actuar con firmeza contra las infracciones que obstaculicen el cumplimiento de los objetivos importantes de la UE o que puedan socavar las cuatro libertades fundamentales¹³⁸, que son esenciales para los inversores. La Comisión concede una gran prioridad a las infracciones que revelen debilidades sistémicas y, en particular, a las que afecten a la capacidad de los sistemas judiciales nacionales de contribuir al cumplimiento efectivo de la legislación de la UE. Conviene señalar que cierto número de casos de infracción se resuelven antes de su remisión al Tribunal de Justicia, pues el Estado miembro afectado modifica o deroga la legislación correspondiente o adopta medidas positivas para subsanar la infracción.

V. Conclusión

Permitir, alentar y proteger la inversión se encuentra entre las grandes prioridades de la UE en el mercado único. El Derecho de la UE, interpretado por el Tribunal de Justicia, establece un equilibrio entre la protección de la inversión y otros objetivos legítimos de interés público al servicio del bienestar de los ciudadanos. Este equilibrio entre diferentes intereses públicos también se debe conseguir cuando los Estados miembros actúan a nivel nacional dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE.

El Derecho de la UE no resuelve todos los problemas que los inversores pueden afrontar en sus actividades. Sin embargo, en el mercado único los derechos de los inversores de la UE están protegidos por el Derecho de la UE, que permite ejercer y desarrollar actividades económicas en todos los Estados miembros. Los inversores pueden ejercer sus derechos ante las administraciones y los tribunales nacionales con arreglo a las normas procesales nacionales, que deben garantizar la protección efectiva de esos derechos.

Los inversores de la UE no pueden invocar los TBI intra-UE, que son incompatibles con el Derecho de la Unión y ya no son necesarios en el mercado único. No pueden recurrir a los tribunales arbitrales establecidos por esos TBI intra-UE ni, en caso de litigios dentro de la UE,

¹³⁷ Artículo 260, apartado 2, del TFUE.

¹³⁸ Comunicación «Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación» (2017/C18/02), disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2017.018.01.0010.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2017%3A018%3ATO C

a los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía. Sin embargo, el sistema jurídico de la UE ofrece una protección adecuada y efectiva a los inversores transfronterizos en el mercado único, a la vez que garantiza que se tengan debida y legalmente en cuenta otros intereses legítimos. Cuando los inversores ejercen una de las libertades fundamentales, como la libertad de establecimiento o la libre circulación de capitales, actúan dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por consiguiente, gozan de la protección que este les ofrece.

Los Estados miembros tienen la responsabilidad y la potestad de hacer cumplir la legislación de la UE en general, y los derechos de los inversores de la UE en particular. La Comisión se esfuerza en aumentar la eficacia del sistema de ejecución en la UE, lo que incluye acciones de apoyo al desarrollo de la capacidad administrativa o de refuerzo de los sistemas judiciales, así como en abordar las vulneraciones de la legislación de la UE por las autoridades nacionales.