CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 10 de septiembre de 2009 [1]

1. Antes de su adhesión a la Unión Europea, Finlandia había celebrado convenios bilaterales de inversión con la Federación de Rusia, [2] Bielorrusia, [3] China, [4] Malasia, [5] Sri Lanka, [6] y Uzbekistán. [7] Esos convenios garantizan a los inversores de cada Parte la libertad para transferir los pagos relacionados con una inversión en divisa libremente convertible. [8]

2. La Comisión mantiene que esa libertad de movimientos de capitales sin restricción es incompatible con los artículos 57 CE, apartado 2, 59 CE, y 60 CE, apartado 1, que prevén la posibilidad de que el Consejo restrinja en determinadas circunstancias los movimientos de capitales y los pagos hacia o desde países terceros. Considera que Finlandia debía haber renegociado esos convenios conforme al párrafo segundo del artículo 307 CE para ajustarlos al Derecho comunitario y para establecer mecanismos que permitieran al Consejo decidir posibles restricciones futuras.

3. La Comisión solicita por tanto al Tribunal de Justicia que declare que Finlandia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del párrafo segundo del artículo 307 CE al no utilizar los medios apropiados para eliminar esas incompatibilidades.

4. La Comisión también interpuso análogos recursos por incumplimiento contra Austria y Suecia. Se pronunciaron las sentencias en dichos asuntos el 3 de marzo de 2009. [9] El presente recurso por incumplimiento atañe en sustancia a los mismos problemas que se plantearon en aquéllos.

1 — Lengua original: inglés.

2 — Nº 58/1991, firmado el 8 de febrero de 1989, que entró en vigor el 15 de agosto de 1991.

3 — Nº 89/1994, firmado el 28 de octubre de 1992, que entró en vigor el 11 de diciembre de 1994.

4 — Nº 4/1986, firmado el 4 de septiembre de 1984, que entró en vigor el 26 de enero de 1986.

5 — Nº 79/1987, firmado el 15 de abril de 1985, que entró en vigor el 3 de enero de 1988.

6 — Nº 54/1987, firmado el 27 de abril de 1985, que entró en vigor el 25 de octubre de 1987.

7 — Nº 74/1993, firmado el 1 de octubre de 1992, que entró en vigor el 22 de octubre de 1993.

8 — Véase también, en general, Eilmansberger, T.: «Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Common Market Law Review* 2009, pp. 383 a 429, y más concretamente, sobre algunos de los problemas suscitados en el presente asunto, pp. 409 a 413.

9 — Sentencias Comisión/Austria (C-205/06, Rec. p. I-1301), y Comisión/Suecia (C-249/06, Rec. p. I-1335).

5. Por consiguiente, mi análisis en las presentes conclusiones se basará en esencia en lo resuelto por el Tribunal de Justicia en ambas sentencias. No obstante trataré específicamente de la nueva cuestión suscitada en el presente caso, a saber, la repercusión de una cláusula que garantiza la protección de la inversión *dentro de los límites de la legislación nacional de la Parte contratante* (en lo sucesivo, «cláusula impugnada»), incluida por Finlandia en los convenios controvertidos: [10]

«Cada Parte contratante garantiza en cualquier circunstancia, dentro de los límites autorizados por sus propias leyes y reglamentos y de conformidad con el Derecho internacional, un trato razonable y apropiado de las inversiones realizadas por ciudadanos o sociedades de la otra Parte contratante.» [11]

6. Examinaré específicamente si, como el Gobierno finlandés sostiene, la frase «dentro de los límites autorizados por sus propias leyes y reglamentos» permitiría que Finlandia aplicara las restricciones de los movimientos de capitales y los pagos previstas por los artículos 57 CE, apartado 2, 59 CE y 60 CE, apartado 1.

7. Si así lo permite, Finlandia no habrá vulnerado sus obligaciones derivadas del párrafo segundo del artículo 307 CE. [12] Esa disposición obliga al Estado miembro a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar las incompatibilidades con el Derecho comunitario que se hayan observado en convenios celebrados antes de su adhesión. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común. [13]

Disposiciones jurídicas pertinentes

El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados

8. El artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados [14] contiene una regla general sobre la interpretación de los Tratados:

«1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de

10 — La Comisión señala que la cláusula no está incluida en los convenios con Bielorrusia, la Federación de Rusia y Uzbekistán, en tanto que Finlandia afirma que está incluida en todos los convenios excepto el de la Federación de Rusia. Dada la conclusión a la que llego no he indagado más acerca de este aspecto.

11 — Artículo 3 del Convenio con Sri Lanka. Hay conformidad en que es la versión típica de la cláusula controvertida.

12 — Excepto, en su caso, respecto a los convenios con Bielorrusia, la Federación de Ruisa y Uzbekistán: Véase la nota 10 *supra*.

13 — Véanse las sentencias Comisión/Austria (apartados 32 y 34), y Comisión/Suecia (apartados 33 y 35), citadas en la nota 9.

14 — Celebrado en Viena el 23 de mayo de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980, UN Doc.A/Conf.39/27, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969) (en lo sucesivo, «Convenio de Viena»).

atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.»

9. El artículo 62 del Convenio de Viena prevé varias posibilidades cuando se produzca un cambio fundamental en las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus):*

«1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y

b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él:

a) si el tratado establece una frontera; o

b) si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del contrato o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.»

El Tratado CE

10. El artículo 57 CE, apartado 2, dispone:

«Aunque procurando alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales entre Estados miembros y terceros países en el mayor grado posible, y sin perjuicio de lo dispuesto en los demás capítulos del presente Tratado, el Consejo podrá, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, adoptar medidas relativas a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. Se exigirá unanimidad para adoptar medidas en virtud del presente apartado que supongan un retroceso respecto de la liberalización contemplada en la legislación comunitaria sobre movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos.»

11. El artículo 59 CE establece:

«Cuando en circunstancias excepcionales los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos causen, o amenacen causar, dificultades graves para el funcionamiento de la unión económica y monetaria, el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al BCE, podrá adoptar respecto a terceros países, por un plazo que no sea superior a seis meses, las medidas de salvaguardia estrictamente necesarias.»

12. El artículo 60 CE, apartado 1, prevé:

«Si, en los casos contemplados en el artículo 301, se considerare necesaria una acción de la Comunidad, el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 301, podrá tomar las medidas urgentes que sean necesarias sobre movimiento de capitales y sobre pagos respecto de los terceros países de que se trate.»

13. El artículo 307 CE dispone:

«Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

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

Procedimiento

14. En respuesta al escrito de requerimiento de 7 de mayo de 2004, el dictamen motivado de 16 de marzo de 2005 y el dictamen motivado complementario de 4 de julio de 2006, el Gobierno finlandés mantuvo que las disposiciones controvertidas de los convenios bilaterales de inversión respetaban sus obligaciones derivadas de los artículos 57 CE, apartado 2, 59 CE y 60 CE, apartado 1. No consideraba por tanto necesario tomar ninguna medida conforme al artículo 307 CE para eliminar las supuestas incompatibilidades. [15]

15. La Comisión interpuso el presente recurso el 20 de febrero de 2007.

16. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— declare que la República de Finlandia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 307 CE al no tomar las medidas necesarias, conforme al párrafo segundo del artículo 307 CE, para eliminar las incompatibilidades relativas a las disposiciones sobre transferencias de los convenios bilaterales de inversión celebrados con la Federación de Rusia (la antigua Unión Soviética), Bielorrusia, China, Malasia, Sri Lanka y Uzbekistán;

— condene en costas a Finlandia.

17. Han presentado observaciones escritas los Gobiernos austriaco, finlandés, alemán, húngaro, lituano y sueco, y la Comisión.

18. El Gobierno finlandés solicitó la celebración de vista oral, pero después desistió de su solicitud. En consecuencia, la vista no tuvo lugar.

La incompatibilidad de los convenios con el Tratado CE

19. Finlandia y los Estados miembros coadyuvantes alegan que, al no haber adoptado el

15 — Mediante escrito de 27 de octubre de 2006, Finlandia informó a la Comisión de que había celebrado un nuevo convenio bilateral de inversión con China, que debía entrar en vigor el 15 de noviembre de 2006. Sin embargo, no mostró a la Comisión una copia del texto ni indicó si la fecha de entrada en vigor era definitiva. Así permanece la situación.

Consejo medida alguna contra los países terceros interesados, el incumplimiento imputado es puramente hipotético ya que no existen «incompatibilidades observadas» en el sentido del párrafo segundo del artículo 307 CE. Únicamente cuando la Comisión observa la existencia de tal incompatibilidad nace la obligación del Estado miembro de eliminar las «incompatibilidades que se hayan observado». La misma alegación fue formulada por los Gobiernos austriaco y sueco y por los Estados miembros coadyuvantes, incluida Finlandia, en los asuntos que dieron lugar a las sentencias Comisión/Austria y Comisión/Suecia. [16]

20. Si bien no respondió expresamente a esa alegación, el Tribunal de Justicia estimó que para garantizar el efecto útil de los artículos 57 CE, apartado 2, 59 CE y 60 CE, apartado 1, es necesario que las medidas que restringen la libre circulación de capitales puedan, en el caso de que sean adoptadas por el Consejo, aplicarse inmediatamente a los Estados a los que se refieren, y que pueden ser algunos de los Estados firmantes de los convenios controvertidos con el Estado miembro interesado. Parece, por tanto, que la alegación de las «incompatibilidades (aún) no observadas» no se consideró pertinente.

21. El Tribunal de Justicia afirmó además que «estas competencias del Consejo, que consisten en la adopción unilateral de medidas restrictivas respecto de Estados terceros en un ámbito que es idéntico o conexo al regulado por un convenio anterior celebrado entre un Estado miembro y un Estado tercero, ponen de manifiesto una incompatibilidad con dicho convenio puesto que, por un lado, éste no contiene ninguna disposición que permita al Estado miembro interesado ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones como miembro de la Comunidad y, por otro, tampoco se lo permite ningún mecanismo de Derecho internacional». [17]

22. Examinaré sucesivamente cada uno de esos requisitos de la incompatibilidad.

¿Contienen los convenios controvertidos una disposición que permita que Finlandia ejerza sus derechos y cumpla sus obligaciones como miembro de la Comunidad?

23. Consta que los convenios controvertidos no contienen ninguna disposición mediante la que la Comunidad se reserve la posibilidad de aplicar restricciones a los movimientos de capitales y de pagos según lo previsto por los artículos 57 CE, apartado 2, 59 CE y 60 CE, apartado 1.

16 — Sentencias Comisión/Austria (apartados 18 a 23) y Comisión/Suecia (apartados 17 a 21), citadas ambas en la nota 9.

17 — Sentencias Comisión/Austria (apartado 37), y Comisión/Suecia (apartado 38), citadas ambas en la nota 9.

24. Los Gobiernos finlandés y lituano mantienen, no obstante, que la cláusula controvertida permite que Finlandia respete las medidas restrictivas que pueda adoptar el Consejo con fundamento en esas disposiciones del Tratado CE.

25. El Gobierno finlandés alega que tales disposiciones podrían aplicarse inmediatamente porque cualquier medida restrictiva que adoptara el Consejo formaría parte de la legislación finlandesa a la que esa cláusula se refiere, por aplicación del principio del efecto directo del Derecho comunitario. Según, resulta irrelevante que la propia Comunidad no sea parte en los convenios controvertidos. Por su parte, el Gobierno lituano recuerda que el Derecho comunitario forma parte del Derecho nacional.

26. A mi entender, sin embargo, la cuestión no es si el Derecho comunitario forma parte del Derecho nacional, lo que ciertamente es así. Antes bien, el aspecto esencial es si la facultad potencial de Finlandia para invocar la frase «dentro de los límites autorizados por sus propias leyes y reglamentos» frente a los países terceros con los que ha celebrado esos convenios constituye una garantía suficiente de que podrían aplicarse las restricciones de los movimientos de capitales y de los pagos que afectaran a terceros países, según lo previsto por los artículos 57 CE, apartado 2, 59 CE y 60 CE, apartado 1.

27. No creo que exista tal garantía. Al igual que el Abogado General Poiares Maduro, considero que la aplicación del artículo 307 CE no se garantiza adecuadamente mediante la interpretación incierta de las cláusulas de un convenio internacional. [18] Antes bien, el artículo 307 CE «tiene alcance general y se aplica a todo convenio internacional, cualquiera que sea su objeto, que *pueda afectar a* la aplicación del Tratado». [19]

28. En este aspecto deseo establecer un paralelismo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la inadecuada adaptación del Derecho interno a las directivas por parte de un Estado miembro.

29. Según reiterada jurisprudencia, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, es indispensable, sin embargo, que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales. [20]

18 — Conclusiones presentadas en los asuntos que dieron lugar a las sentencias Comisión/Austria y Comisión/Suecia, citadas en la nota 9 (punto 62).

19 — Sentencias de 14 de octubre de 1980, Burgoa (812/79, Rec. p. 2787), apartado 6 (la cursiva es mía); y de 5 de noviembre de 2002, Comisión/Reino Unido (C-466/98, Rec. p. I-9427), apartado 23 y la jurisprudencia allí citada.

20 — Véase la sentencia de 9 de septiembre de 2004, Comisión/España (C-70/03, Rec. p. I-7999), apartado 15 y la jurisprudencia allí citada. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha estimado que «la existencia de principios generales del Derecho constitucional o administrativo» [sentencia de 23 de mayo de 1985, Comisión/Alemania (29/84, Rec. p. 1661), apartado 23] o «un contexto jurídico general» [sentencia de 20 de mayo de 1992, Comisión/Países Bajos (C-190/90, Rec. p. I-3265), apartado 17] pueden ser suficientes para la aplicación de la directiva siempre que se cumplan esos requisitos mínimos.

30. El Tribunal de Justicia también ha afirmado que la mera existencia de una práctica administrativa conforme con una directiva [21] o la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales interpreten el Derecho nacional de conformidad con la directiva [22] no exonera al Estado miembro del deber de adoptar las medidas apropiadas, con fuerza obligatoria, para la adaptación a la directiva. El Tribunal de Justicia ha señalado que no debe existir posibilidad, sea práctica o incluso teórica, de que la forma en que se haya realizado la adaptación a la directiva pueda perjudicar la debida aplicación de las reglas que ésta establece. [23]

31. Además, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto que un Estado miembro no puede invocar el efecto directo de las directivas para defenderse de la imputación de no haber adaptado plenamente su ordenamiento a una directiva. [24]

32. A mi parecer, esos principios pueden y deben aplicarse en el presente caso, *mutatis mutandis*. En realidad, en las sentencias Comisión/Austria y Comisión/Suecia parece que el Tribunal de Justicia ha adoptado una pauta muy similar a la establecida por esa jurisprudencia; y ha exigido efectivamente *una garantía* de que las restricciones de los movimientos de capitales y de los pagos, según lo previsto por artículos 57 CE, apartado 2, 59 CE y 60 CE, apartado 1, podrían aplicarse de ser necesario. [25]

33. No creo que Finlandia pueda ofrecer esa garantía.

34. Resulta claro que la capacidad de Finlandia para garantizarlo dependería, en última instancia, de cómo interpretara un tribunal internacional o un tribunal arbitral la frase «dentro de los límites autorizados por sus propias leyes y reglamentos». Según una jurisprudencia reiterada, un Tratado internacional ha de interpretarse en función de los términos en que está redactado, así como a la luz de sus objetivos. El artículo 31 del Convenio de Viena, [26] que expresa el Derecho internacional general consuetudinario en este sentido, [27] establece que un Tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del mismo. [28] Es posible que quepa una alegación apoyada en esa disposición para convencer a un tribunal internacional o a un tribunal arbitral de que interprete la cláusula controvertida en el sentido de que se refiere al Derecho comunitario.

21 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 15 de marzo de 1990, Comisión/Países Bajos (C-339/87, Rec. p. I-851), apartado 36.

22 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 27 de octubre de 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Rec. p. I-5475), apartados 32 a 34.

23 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 9 de abril de 1987, Comisión/Italia (363/85, Rec. p. 1733), apartados 10 y 12.

24 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 6 de mayo de 1980, Comisión/Bélgica (102/79, Rec. p. 1473), apartado 12; de 25 de julio de 1991, Emmott (C-208/90, Rec. p. I-4269), apartado 20; y de 20 de marzo de 1997, Comisión/Alemania (C-96/95, Rec. p. I-1653), apartado 37.

25 — Véase las sentencias Comisión/Austria (apartados 38 y 40), y Comisión/Suecia (apartados 39 y 41), citadas ambas en la nota 9.

26 — Véanse el punto 8 y la nota 14 *supra*.

27 — Véase, por ejemplo, la sentencia en el caso relativo a la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia contra Malasia), del Tribunal Internacional de Justicia, I.C. J. Reports 2002, p. 625, apartado 37.

28 — Véanse las sentencias de 20 de noviembre de 2001, Jany y otros (C-268/99, Rec. p. I-8615), apartado 35; y de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA (C-344/04, Rec. p. I-403), apartado 40.

35. No obstante, lo considero excesivamente incierto. Sin que sea necesario examinar el problema detalladamente, no creo que la aplicación del artículo 31 del Convenio de Viena o de cualquier otra norma relevante sobre interpretación de los tratados pudiera ofrecer garantía suficiente de que Finlandia podría aplicar restricciones de los movimientos de capitales y de los pagos conforme a los artículos 57 CE, apartado 2, 59 CE y 60 CE, apartado 1. La mera posibilidad de que un tribunal internacional o un tribunal arbitral pudiera interpretar la cláusula impugnada en ese sentido no basta para eximir a Finlandia de sus obligaciones.

36. En cambio, en la sentencia Comisión/Austria, el Tribunal de Justicia observó que Austria preveía introducir en los convenios de inversión que se estaban negociando, o con ocasión de la renovación de los convenios existentes, una cláusula que reservara determinadas competencias de las organizaciones regionales y que permitiera, de este modo, aplicar las medidas restrictivas de los movimientos de capitales y de los pagos que el Consejo adoptara. El Tribunal de Justicia reconoció que debería considerarse que tal cláusula, en principio, podía hacer desaparecer la incompatibilidad observada. [29] No obstante una cláusula de esas características es completamente diferente de la cláusula controvertida.

37. Por tanto, no puede aplicarse por analogía lo que el Tribunal de Justicia afirmó acerca de la cláusula que Austria se proponía incluir en futuros convenios.

38. Concluyo, en consecuencia, que los convenios controvertidos no contienen una disposición que permita que Finlandia ejerza sus derechos y cumpla sus obligaciones como miembro de la Comunidad.

¿Existe un mecanismo de Derecho internacional que haga posible que Finlandia ejerza sus derechos y cumpla sus obligaciones como miembro de la Comunidad?

39. Los Gobiernos lituano y húngaro consideran que un Estado miembro puede adoptar medidas restrictivas mediante el uso de las posibilidades previstas por el Derecho internacional, como la suspensión o la denuncia

29 — Sentencia citada en la nota 9 (apartados 40 y 41). Sin embargo, el Tribunal de Justicia indicó que constaba que Austria «no inició, en el plazo que le señaló la Comisión en el dictamen motivado, ninguna actuación en relación con los Estados terceros afectados para eliminar el riesgo de conflicto con las medidas que el Consejo está facultado para adoptar en virtud de los artículos 57 CE, apartado 2, 59 CE y 60 CE, apartado 1, que pueda surgir de la aplicación de los convenios de inversión celebrados con dichos Estados terceros» (apartado 42).

del Tratado en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. [30]

40. En los procedimientos que dieron lugar a las sentencias Comisión/Austria y Comisión/Suecia, los Estados miembros demandados invocaron varios mecanismos propios del Derecho internacional, incluida la cláusula *rebus sic stantibus,* que, según apuntaron, les permitirían ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones como miembros de la Comunidad. [31]

41. El Tribunal de Justicia refutó de forma categórica esas alegaciones. [32] Estimó que los mecanismos indicados por Austria y Suecia no podían garantizar que esos Estados miembros pudieran cumplir sus obligaciones comunitarias, por dos motivos: «En primer lugar, los plazos inherentes a cualquier negociación internacional necesarios para renegociar los acuerdos en cuestión son, por su propia naturaleza, incompatibles con el efecto útil de dichas medidas. En segundo lugar, la posibilidad de recurrir a otros medios ofrecidos por el Derecho internacional, como la suspensión del convenio, o incluso la denuncia de los acuerdos de que se trata o de alguna de sus cláusulas, es demasiado incierta en sus efectos para garantizar que las medidas adoptadas por el Consejo puedan ser eficazmente aplicadas.» [33]

42. Concluyo que no existe un mecanismo de Derecho internacional que garantice que Finlandia podrá ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones como miembro de la Comunidad.

Conclusión sobre la incompatibilidad de los convenios con el Derecho comunitario

43. Los convenios controvertidos no contienen disposición expresa alguna que permita a Finlandia ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones como miembro de la Comunidad. Además, tampoco existe ningún mecanismo de Derecho internacional que garantice que Finlandia podrá hacerlo. Concluyo, por tanto, que los convenios controvertidos son incompatibles con las facultades del Consejo para restringir los movimientos de capitales y los pagos según prevén los artículos 57 CE, apartado 2, 59 CE y 60 CE, apartado 1; y que Finlandia está obligada a tomar las medidas a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 307 CE.

30 — Véase el artículo 62 del Convenio de Viena, citado en el punto 9 *supra*.

31 — Véanse la conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en los asuntos que dieron lugar a las sentencias Comisión/Austria y Comisión/Suecia, citadas ambas en la nota 9 (puntos 55 a 62).

32 — Sentencias Comisión/Austria (apartados 38 a 40), y Comisión/Suecia (apartados 39 a 41), citadas ambas en la nota 9.

33 — Véase además la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 25 de septiembre de 1997, en el asunto relativo al proyecto Gabčíkovo – Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), apartado 104, I.C.J. Reports 1997, p. 7, apartado 104: «La redacción en términos negativos y condicionales del artículo 62 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados es además una clara indicación de que la estabilidad de las relaciones convencionales exige que el motivo basado en un cambio fundamental en las circunstancias se aplique únicamente en casos excepcionales», a la que se refiere el Tribunal de Justicia en la sentencia de 16 de junio de 1998, Racke (C-162/96, Rec. p. I-3655), apartado 50.

¿Ha tomado Finlandia las medidas apropiadas conforme al párrafo segundo del artículo 307 CE?

44. Finlandia ha mantenido en todo momento que los convenios bilaterales de inversión controvertidos no son incompatibles con el Tratado CE y que por tanto no es necesaria acción alguna en virtud del párrafo segundo del artículo 307 CE. Consta que ciertamente Finlandia no ha tomado medida alguna conforme a esa disposición.

45. Los Gobiernos austriaco, húngaro y alemán alegan que, dada la importancia económica y política de los convenios bilaterales de inversión controvertidos, su terminación a fin de lograr el cumplimiento del Derecho comunitario sólo puede plantearse como último recurso. En realidad, dado que las medidas restrictivas son en general de carácter temporal, la terminación definitiva de los convenios existentes sería desproporcionada.

46. En las sentencias Comisión/Austria y Comisión/Suecia, el Tribunal de Justicia no indicó en pasaje alguno que los Estados miembros demandados estuvieran obligados a dar por terminados los convenios bilaterales de inversión controvertidos en esos asuntos.

47. El Tribunal de Justicia sólo observó que las incompatibilidades con el Tratado a las que abocaban los convenios bilaterales de inversión considerados no se limitaban al Estado miembro demandado en cada asunto. El Tribunal de Justicia señaló por tanto que, con arreglo al artículo 307 CE, párrafo segundo, en caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común. El Tribunal de Justicia añadió que, en el marco de la responsabilidad que incumbe a la Comisión, en virtud del artículo 211 CE, de velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado, le correspondía adoptar cualquier iniciativa que pudiera facilitar la asistencia mutua entre los Estados miembros interesados, así como la adopción por dichos Estados miembros de una postura común. [34]

48. Esas observaciones son también aplicables en el presente asunto.

49. Además, en la sentencia Comisión/Portugal, [35] el Tribunal de Justicia expuso cómo puede subsanarse un incumplimiento del artículo 307 CE. Afirmó que si bien los

34 — Sentencias Comisión/Austria (apartados 43 y 44) y Comisión/Suecia (apartados 43 y 44), citadas ambas en la nota 9.

35 — Sentencia de de 4 de julio de 2000 (C-62/98, Rec. p. I-5171).

Estados miembros tienen, en el marco del artículo 307 CE, «la posibilidad de elegir las medidas apropiadas, también tienen la obligación de eliminar las incompatibilidades que existan entre un convenio precomunitario y el Tratado CE. Por consiguiente, no puede negarse que, cuando un Estado miembro se encuentra con dificultades que hacen imposible la modificación de un Acuerdo, le incumbe denunciarlo». [36] En respuesta a la alegación de Portugal de que semejante denuncia supondría excluir de un modo desproporcionado los intereses vinculados a su política exterior en relación con el interés comunitario, el Tribunal de Justicia señaló que el equilibrio entre los intereses vinculados a la política exterior de un Estado miembro y el interés comunitario se plasma ya en el artículo 307 CE, en la medida en que esta disposición «permite que un Estado miembro deje de aplicar una norma comunitaria a fin de respetar los derechos de países terceros derivados de un convenio anterior y de cumplir sus correspondientes obligaciones. Este artículo confiere también a los Estados miembros la posibilidad de elegir los medios apropiados para hacer que el Acuerdo de que se trate sea compatible con el Derecho comunitario». [37]

50. Concluyo, en consecuencia, que la República de Finlandia ha incumplido sus obligaciones derivadas del artículo 307 CE al no tomar las medidas apropiadas conforme al párrafo segundo del artículo 307 CE para eliminar las incompatibilidades relativas a las disposiciones sobre transferencias de los convenios bilaterales de inversión celebrados con la Federación de Rusia (la antigua Unión Soviética), Bielorrusia, China, Malasia, Sri Lanka y Uzbekistán.

El principio de no discriminación

51. Los Gobiernos húngaro y alemán alegan que la declaración de una incompatibilidad basada en el párrafo segundo del artículo 307 CE sería contraria al principio de libre competencia en el mercado interior y al principio de no discriminación. Tanto Finlandia como los ciudadanos y las sociedades de la UE a quienes se aplican los convenios resultarían desfavorecidos en comparación con otros Estados miembros y personas a quienes se aplican convenios bilaterales de inversión a los que la Comisión *no* ha opuesto objeciones.

52. Según una jurisprudencia reiterada, el principio de no discriminación exige que las situaciones comparables no sean tratadas de

36 — Sentencia Comisión/Portugal, citada en la nota 35 (apartado 49).

37 — Sentencia Comisión/Portugal, citada en la nota 35 (apartado 50).

manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado. [38]

53. No obstante, la situación de los Estados miembros demandados en procedimientos con arreglo al artículo 226 CE es objetivamente diferente de la de los Estados miembros que no han sido demandados en tales procedimientos. El criterio opuesto limitaría gravemente la libertad de la Comisión para interponer un recurso por incumplimiento cuando lo considere oportuno en cumplimiento de su función de guardiana del Tratado.

54. En esa función, la Comisión es la única competente para decidir si es oportuno iniciar un procedimiento de declaración de incumplimiento y debido a qué actuación u omisión imputable al Estado miembro afectado debe incoarse dicho procedimiento. En el ejercicio de las competencias que le otorga el artículo 226 CE, la Comisión no necesita demostrar la existencia de un interés específico para ejercitar la acción. [39]

55. Además, según reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado alegando que otros Estados miembros también han incumplido sus obligaciones. En el ordenamiento jurídico establecido por el Tratado, la aplicación del Derecho comunitario por los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad. Los artículos 226 CE y 227 CE establecen las vías de recurso apropiadas en tales casos. [40]

56. La alegación basada en la prohibición de discriminación debe, por tanto, ser refutada.

Costas

57. A tenor de lo dispuesto en el artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. La Comisión ha pedido la condena en costas. Procede por tanto condenar en costas a Finlandia.

38 — Sentencia de 14 de mayo de 2009, Azienda Agricola Disarò Antonio y otros (C-34/08, Rec. p. I-4023), apartado 67 y la jurisprudencia allí citada.

39 — Véase la sentencia de 5 de noviembre de 2002, Comisión/Alemania (C-476/98, Rec. p. I-9855), apartado 38 y la jurisprudencia allí citada.

40 — Véase la sentencia de 29 de marzo de 2001, Portugal/Comisión (C-163/99, Rec. p. I-2613), apartado 22 y la jurisprudencia allí citada.

Conclusión

58. Considero, en consecuencia, que el Tribunal de Justicia debe:

— Declarar que la República de Finlandia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 307 CE al no tomar las medidas apropiadas, conforme al párrafo segundo del artículo 307 CE, para eliminar las incompatibilidades relativas a las disposiciones sobre transferencias de los convenios bilaterales de inversión celebrados con la Federación de Rusia (la antigua Unión Soviética), Bielorrusia, China, Malasia, Sri Lanka y Uzbekistán.

— Condenar en costas a Finlandia.