

EVOLUCIÓ DEL MARC CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓ EUROPEA EN LA REGULACIÓ DE LA INVERSIÓ ESTRANGERA DIRECTA*

Hèctor López Bofill**

Resum

Amb l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa la Unió Europea (UE) ha assumit competències en matèria d'inversió estrangera directa. Aquest article descriu el sistema de distribució competencial entre la Unió i els estats membres en aquest àmbit, remarca les competències retingudes pels estats i exercides a través dels tractats bilaterals d'inversió i perfila els instruments que poden fer compatible la política d'inversions de la UE amb la política d'inversions desplegada pels estats. En particular, el text se centra en el desenvolupament de la política de la UE a partir dels nous acords globals d'inversió a punt de ser ratificats o en fase de negociació (com en el cas de l'acord amb el Canadà, de l'acord amb Singapur o de l'acord amb els Estats Units) i aprofundeix en les conseqüències derivades de l'establiment d'un sistema de resolució de controvèrsies inversor/estat previst en aquests acords i la seva compatibilitat amb el principi d'autonomia del dret de la UE.

Paraules clau: inversió estrangera directa; dret constitucional; dret de la Unió Europea; tractats bilaterals d'inversió; acords d'inversió de la Unió Europea; sistema de resolució de controvèrsies inversor/estat.

CHANGE IN THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK OF THE EUROPEAN UNION WITH REGARD TO REGULATING FOREIGN DIRECT INVESTMENT

Abstract

Since the Treaty of Lisbon came into force, the European Union (EU) has assumed powers over foreign direct investment. This article describes the system for allocating powers in this area between the Union and member states. It also comments on the powers still retained by the member states (which they exercise through bilateral investment treaties) and outlines the instruments that could make the EU's investment policy compatible with that of member states. It focuses in particular on developments in the EU's policy based on new, global investment agreements that are about to be ratified or still at the negotiation stage (such as the agreements with Canada, Singapore and the United States) and explores the consequences of establishing a state/investor dispute resolution system, which is envisaged by these agreements, and its compatibility with the principle of EU law autonomy.

Key words: foreign direct investment; constitutional law; European Union law; bilateral investment treaties; European Union investment agreements; state/investor dispute resolution system.

* Aquest article ha estat elaborat amb finançament del MINECO (Ref. DER2014-57116-P).

** Hèctor López Bofill, professor agregat de dret constitucional de la Universitat Pompeu Fabra, Campus Ciutadella, c. Ramon Trias Fargas, 25-27, 08005 Barcelona, hector.lopez@upf.edu.

Article rebut el 22.05.2015. Avaluació cega: 11.06.2015 i 24.06.2015. Data d'acceptació de la versió final: 22.07.2015.

Citació recomanada: LÓPEZ BOFILL, Hèctor. «Evolució del marc constitucional de la Unió Europea en la regulació de la inversió estrangera directa». *Revista catalana de dret públic*, núm. 51 (desembre 2015), p. 104-121, DOI: [10.2436/20.8030.01.56](https://doi.org/10.2436/20.8030.01.56).

Sumari

1 Introducció

2 Primera fase: el marc constitucional de la UE en matèria d'inversions abans de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa

3 Segona fase: el règim europeu del dret d'inversions amb posterioritat a l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa

3.1 Les institucions de la UE i els acords d'inversió després de Lisboa

3.2 Manteniment dels BIT entre els estats membres i tercers estats

3.3 Mesures de compatibilitat entre la política d'inversions de la UE i la política d'inversions dels estats membres

3.4 Conseqüències i possibles tensions de la transferència de competències a la UE en matèria d'inversions i la política exterior dels estats membres

3.5 El sistema de resolució de conflictes en els acords d'inversió de la UE/tercer estat i la seva articulació amb els mecanismes de resolució de conflictes previstos en els BIT

4 Tercera fase: la política global d'inversions de la UE i la negociació dels tractats de lliure comerç amb inclusió d'un capítol en matèria d'inversions

4.1 La no pertinença de la UE a tractats internacionals relatius a mecanismes de solució de controvèrsies inversor/estat

4.2 Els tribunals d'arbitratge d'inversions i l'autonomia del dret de la UE. Un límit constitucional?

5 Conclusions

1 Introducció

El procés d'integració europeu en relació amb el dret d'inversions està generant controvertides conseqüències en l'àmbit de l'organització del poder públic i del sistema de fonts que comença a desvetllar l'interès de la doctrina constitucionalista i administrativista.¹

En l'actualitat, com veurem, el protagonisme de la discussió rau en la instauració d'un mecanisme d'arbitratge internacional inversor/estat en el marc d'acords globals de comerç entre la Unió Europea i un tercer estat (debat que, en concret, s'està centrant en les negociacions sobre el denominat Tractat Transatlàntic de Comerç i d'Inversions entre els Estats Units i la UE, o *TTIP*, en les seves sigles en anglès), per bé que algunes qüestions problemàtiques sobre la relació entre el dret públic i el dret d'inversions ja es van començar a copsar d'ençà de les reformes en matèria competencial introduïdes pel Tractat de Lisboa i en el curs de la política d'inversions desplegada per les institucions de la Unió els darrers anys.

El canvi principal que va suposar l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa va consistir en el fet que la matèria sobre «inversió estrangera directa» es transferia amb caràcter exclusiu a la Unió Europea en el marc de la política comercial comuna (articles 206 i 207 en relació amb l'article 3.1.e del Tractat de Funcionament de la Unió Europea, en endavant «TFUE»), de manera que els estats membres, amb la intenció de consolidar un pol inversor global, semblaven renunciar a un instrument essencial de política econòmica d'importació i exportació de capital.

En la mesura que abans de la reforma introduïda pel TFUE les relacions internacionals d'inversió es canalitzaven preferentment pels estats, aquests havien desenvolupat una constel·lació de tractats bilaterals d'inversió conclusos entre ells i tercers estats (*BIT* en les seves sigles en anglès, acrònim que farem servir en aquest text) sotmesos al dret internacional públic que regulaven el règim d'inversions estrangeres tot establint sistemes de tracte preferencial i mecanismes de resolució de disputes situats en tribunals d'arbitratge internacional. Fins a l'any 2014, el conjunt dels estats membres de la UE havien conclòs aproximadament 1.200 BIT, xifra que constituïa una mica menys de la meitat dels BIT en vigor arreu del món.² Una rellevant particularitat del sistema de litigis dissenyat per alguns BIT conclusos per estats membres de la UE és que els laudes dels tribunals internacionals d'arbitratge poden ser directament executius i no susceptibles de control (o de molt limitat control) per part de les autoritats judicials estatals.³ En aquesta tessitura, amb el desplegament de les competències de la UE en matèria d'inversions, es planteja el problema de com conviuen, i fins a quina mesura són compatibles, els acords als quals la UE pugui arribar amb tercers estats amb el citat règim dels BIT que diversos estats membres havien mantingut (i mantenen) amb els mateixos tercers estats.

Una preocupació derivada de la nova organització del dret d'inversions, i tal vegada la més rellevant, és fins a quin punt la transferència del poder interpretatiu i d'aplicació dels acords d'inversió en cas de conflicte a tribunals internacionals d'arbitratge previstos en els acords globals d'inversió UE/tercer estat no podrien significar una fractura en la subjecció dels poders públics europeus al dret de la Unió Europea. Es tractaria d'una escletxa a través de la qual, en la mesura en què els laudes serien directament executius, eludir el control tant dels tribunals dels estats membres que enjudiciessin el conflicte segons dret local i dret de la UE com del mateix Tribunal de Justícia de la UE (TJUE). Com veurem, aquesta possibilitat, a tenor del zel amb el qual el TJUE defensa la seva jurisdicció en d'altres àmbits com els relatius als drets humans, es

1 Vegeu, per exemple, les aportacions de SCHILL, SCHNEIDERMAN o TERHECHTE. Així, SCHILL, Stephan. *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010; SCHNEIDERMAN, David. «Investment Rules and the New Constitutionalism». *Law & Social Inquiry*, vol. 25, núm. 3 (2000), p. 757-787; SCHNEIDERMAN, David. *Resisting Economic Globalization. Critical Theory and International Investment Law*. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2013; SCHNEIDERMAN, David. *Constitutionalizing Economic Globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; TERHECHTE, Jörg Philipp. «(National) Constitutional Law Limitations on the Advancement of the EU's Common Commercial Policy». A: BUNGENBERG, Marc i HERRMANN, Christoph (ed.). *Common Commercial Policy after Lisbon. European Yearbook of International Economic Law*. Heidelberg/Nova York/Doldrecht/Londres: Springer, 2013, p. 19-28.

2 Vegeu l'informe sobre inversions de 2014 de la Conferència de Nacions Unides per al Comerç i el Desenvolupament, *UNCTAD Investment Report 2014*, disponible a <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>.

3 Una bona síntesi sobre les particularitats de l'arbitratge internacional d'inversions al qual es refereixen els mencionats BIT es troba a LAVRANOS, Nikos. «Designing an International Investor-to-State Arbitration System After Opinion 1/09». A: BUNGENBERG, Marc i HERRMANN, Christoph (ed.). *Common Commercial Policy after Lisbon. European Yearbook of International Economic Law*, op. cit., p. 201-205.

podria descartar si no fos perquè fins i tot en l'actualitat, com explicarem, els mecanismes de relació entre els tribunals internacionals d'arbitratge i la jurisdicció europea presenten una sèrie de dèficits significatius.

El present article s'estructurarà amb una descripció de l'evolució del marc constitucional de la Unió Europea en relació amb el dret d'inversions dividida en tres fases referides, primerament, a la regulació en matèria d'inversió estrangera directa abans de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa; en segon lloc, a la situació creada amb l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, amb un esment especial als acords d'inversió conclusos sota el nou règim; i, en tercer lloc, a l'anàlisi dels processos de negociació dels acords d'inversió UE/tercer estat encara pendents de ratificació que presenten novetats remarcables (i molt qüestionables) en comparació dels acords de la fase anterior (en particular, tractarem els casos dels acords UE/Canadà i UE/Singapur susceptibles de determinar el marc de regulació de TTIP UE/EUA). Així mateix, analitzarem, a tenor de la narració exposada sobre el procés d'integració i el dret d'inversions, els principals problemes de compatibilitat entre el règim de la UE i el règim dels estats membres articulats al voltant dels BIT i els principals instruments concebuts per superar-los.

2 Primera fase: el marc constitucional de la UE en matèria d'inversions abans de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa

Per bé que abans de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa no hi havia una competència explícita atribuïda a la UE en matèria d'inversió estrangera directa, el dret europeu tenia una rellevant incidència en aquesta qüestió.⁴ Les competències en matèria de circulació de capitals, de política comercial comuna, de dret de la competència, de llibertat d'establiment o de medi ambient posaven límits als estats membres en la seva capacitat d'atracció d'inversions foranes a l'àmbit de la UE o al règim de les seves inversions en aquests tercers estats. Així, per exemple, principis com el de prohibició de discriminació per raó de nacionalitat aplicat al conjunt dels ciutadans de la Unió impedièn teòricament que un estat membre negociés amb un tercer estat privilegis reconeguts en exclusiva als seus inversors nacionals i requeria que tota garantia establerta en favor d'un ciutadà o d'una empresa d'un estat membre fos extensiva a qualsevol ciutadà o empresa de la Unió.⁵ En un sentit similar, i com a nova mostra de la incidència del dret de la Unió en relació amb el règim inversor procedent de tercers estats, calia tenir en compte que els poders públics de cadascun dels estats de la UE s'havien d'abstenir d'incentivar l'atracció de capitals estrangers mitjançant ajuts directes o exempcions tributàries que vulneressin el dret europeu de la competència. En relació amb la llibertat d'establiment, així mateix, la Comunitat Europea també podia adoptar mesures relatives a l'accés a una activitat econòmica que tinguessin relació amb la inversió inicial realitzada per un nacional d'un tercer estat.⁶

La incertesa sobre els poders de la Unió en matèria d'inversions va conduir al fet que les seves autoritats tendissin a fonamentar la seva actuació sobre la base de la doctrina de les competències implícites derivada de l'antic article 308 del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea (TCCE) en relació amb la projecció exterior del ventall de competències internes assumides (article 310 TCCE).⁷ Aquesta estructura normativa va permetre a les autoritats europees, entre d'altres mesures, negociar i concloure acords incorporant algunes previsions en matèria d'inversions amb tercers estats, fos en el marc d'un acord d'associació en el context d'un tercer estat que aspirava a l'adhesió,⁸ en el marc d'un acord de cooperació centrat en el desenvolupament

4 Sobre el sistema competencial en l'àmbit d'inversió estrangera directa abans de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, vegeu DIMOPOULOS, Angelos. *EU Foreign Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 66-95.

5 Aquesta doctrina per la qual els avantatges oferts a un nacional d'un estat membre en un acord amb un tercer estat havien d'estendre's a tots els nacionals de tots els estats membres de la UE, s'inferia de la sèrie de casos coneguda com a *Cels oberts*: Cas 466/98, *Comissió contra Regne Unit* [2002] ECR I-9427; Cas 467/98, *Comissió contra Dinamarca* [2002] ECR I-9519; Cas 468/98, *Comissió contra Suècia* [2002] ECR I-9575; Cas 469/98, *Comissió contra Finlàndia* [2002] ECR I-9627; Cas 471/98, *Comissió contra Bèlgica* [2002] ECR I-9681; Cas 472/98, *Comissió contra Luxemburg* [2002] ECR I-9741; Cas 975/98, *Comissió contra Àustria* [2002] ECR I-9797; i Cas 976/98, *Comissió contra Alemanya* [2002] ECR I-9855.

6 Així, vegeu VIDAL PUIG, Ramón. «The Scope of the New Exclusive Competence of the European Union with Regard to 'Foreign Direct Investment'». *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 40, núm. 2 (2013), p. 147.

7 Sobre la doctrina de les competències implícites vinculada a l'acció exterior, vegeu KLAMERT, Marcus i MAYDELL, Niklas. «Lost in Exclusivity: Implied Non-exclusive External Competences in Community Law». *European Foreign Affairs Review*, núm. 13 (2008), p. 493-513. Vegeu també, entre d'altres, el Dictamen 2/91 del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, *Conveni número 170 de la OIT* [1993] ECR I-106, paràgraf 7.

8 Per exemple, l'Acord d'associació i estabilització amb Croàcia, OJ 2001 L-330/1.

econòmic,⁹ o en el marc d'un acord d'associació o de lliure comerç amb un tercer estat no europeu en el qual la inversió tenia una incidència clau en la circulació de mercaderies i en la llibertat de prestació de serveis.¹⁰ Aquesta darrera circumstància va reforçar la participació de les institucions de la Unió Europea en representació del conjunt dels estats membres en organitzacions econòmiques globals com l'Organització Mundial del Comerç i la capacitat de subscriure acords en matèria d'inversions que es poguessin concloure en aquests fòrums.¹¹

La vaguetat dels poders de la Unió sobre el dret d'inversions, però, continuava permetent als estats membres el desplegament d'una política d'inversions en relació a tercers estats al marge del procés d'integració i concretada, com ja hem anunciat, en BIT. Ja abans de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, aquests BIT podien presentar incompatibilitats amb el dret de la UE precisament per la incidència sobre matèries, com circulació de capitals, llibertat d'establiment o dret de la competència, que ja sota el Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea eren d'inequívoca atribució comunitària. Un conflicte no exempt encara de conseqüències requeia en els BIT conclusos entre un estat membre de la UE i un tercer estat europeu que acabaria adherint-se a la Unió quan el tercer estat encara no era membre de l'organització, amb totes les dificultats d'encaix que després significaria el manteniment de regles de dret internacional públic entre dos estats membres de la UE malgrat que algunes d'elles fossin contràries al dret de la UE. En aquest article, però, no ens centrarem en aquesta problemàtica, a la qual se sol referir amb el conflicte entre els anomenats *intra-BIT* i el dret de la UE,¹² sinó en el tema de les possibles incompatibilitats entre l'acció de la UE en relació amb tercers estats no europeus en matèria d'inversions i la regulació de les inversions continguda en els BIT que els estats membres mantenen amb els mateixos tercers estats (la qüestió dels anomenats *extra-BIT*).

3 Segona fase: el règim europeu del dret d'inversions amb posterioritat a l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa

Com hem vist, l'entrada en vigor del denominat Tractat de Lisboa va representar l'assumpció per part de les autoritats de la Unió Europea de la competència exclusiva en matèria d'«inversió estrangera directa» associada a la política comercial comuna (articles 206 i 207 en relació amb l'article 3.1.e TFUE).¹³ La nova articulació competencial derivava de la constatació que la liberalització de la circulació de mercaderies i serveis que es proposava i la política comercial en relació amb tercers estats o amb d'altres organitzacions regionals d'integració econòmica reclamava també la liberalització en matèria d'inversions i de fluxos de capital, així com una intervenció en bloc de la Unió Europea sobre la matèria a fi de reforçar la posició negociadora i de competir en el mercat global d'inversions.

9 En aquest sentit, vegeu l'exemple de l'acord d'associació econòmica entre la UE i els estats del Carib (CARIFORUM) OJ 2008 L 289/1/3.

10 Així, per exemple, en els acords amb Xile i Mèxic. Vegeu Acord d'associació UE/Xile OJ 2002 L-352, signat el 18 de novembre de 2002. O l'acord entre Mèxic i la UE en matèria de liberalització dels serveis (Acord Mèxic/UE de 27 de febrer de 2001 [2001/153/EC] OJ 2001 L 70/7).

11 Així, per exemple, l'Acord sobre mesures d'inversió vinculades al comerç, aprovat com a annex en l'acta final dels acords resultants de la Ronda Uruguai que van comportar la reforma de l'acord general sobre comerç i aranzels (GATT) l'any 1994.

12 Sobre la qüestió dels *intra-BIT* i del dret de la UE vegeu, per a tots, BURGSTALLER, Markus. «European Law and Investment Treaties». *Journal of International Arbitration*, vol. 26, núm. 2 (2009), p. 181-216.

13 Sobre l'estructura competencial en matèria d'inversió estrangera directa posterior a l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, vegeu, entre molts d'altres, BUNGENBERG, Marc. «The Division of Competences between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics». A: BUNGENBERG, Marc et al. (ed.). *International Investment Law and EU Law. European Yearbook of International Economic Law*. Heidelberg/Nova York/Doldrecht/Londres: Springer, 2011, p. 29-54; DIMOPOULOS, Angelos. *EU Foreign Investment Law*, op. cit., p. 95 i següents; EILMANSBERGER, Thomas. «Bilateral investment treaties and EU law». *Common Market Law Review*, vol. 46, núm. 2 (2009), p. 394; ORTINO, Federico i EECKHOUT, Piet. «Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment». A: BIONDI, Andrea; EECKHOUT, Piet i RIPLEY, Stefanie (ed.). *EU Law after Lisbon*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 313-328; PASCUAL VIVES, Francisco José. «Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el Derecho de la Unión Europea». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 40 (2011), p. 441-489; REINISCH, August. «The Future Shape of EU Investment Agreements». *ICSID Review*, vol. 28, núm. 1 (2013), p. 180 i següents; STRICK, Philip. *Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment*. Oxford: Hart Publishing, 2014; TORRENT, Ramon. «The EU's International Investment Policy: Hardware without the Software». *Investment Treaty News*, vol. 1, núm. 1 (2010), disponible a <<http://www.iisd.org/itn/2010/09/23/the-eu-s-international-investment-policy-hardware-without-the-software/>>; VIDAL PUIG, Ramón. «The Scope of the New Exclusive Competence of the European Union with Regard to 'Foreign Direct Investment'», op. cit., i WOOLCOCK, Stephen. «EU Trade and Investment Policymaking after the Lisbon Treaty». *Intereconomics*, vol. 45, núm. 5 (2010), p. 22-25.

La incorporació explícita del terme «inversió estrangera directa» als Tractats Constitutius permetia, així mateix, superar una part de la incertesa sobre els àmbits d'actuació de la Unió i dels estats membres. Malgrat tot, com veurem, continuen existint espais sobre els quals encara és controvertit precisar si la competència correspon a la UE o als estats membres, o sota quina estructura es produeix la distribució competencial (és a dir, si es tracta d'una competència exclusiva de la UE, com sembla que es dedueix de la regulació prevista en el TFUE sobre la «inversió estrangera directa» en relació amb la política comercial comuna, o si en realitat ens trobem davant d'una competència compartida UE/estats membres). És com a conseqüència de la continuïtat d'aquestes àrees difuminades d'atribució competencial que s'entén d'aplicació la jurisprudència del TJUE fonamentada en les «competències implícites» en aquells aspectes sobre els quals les previsions del Tractat de Lisboa no han acotat amb suficient claredat l'abast dels poders de la UE.¹⁴

Val a dir que la interpretació del concepte «inversió estrangera directa» ja estava present en la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees anterior a l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa i es referia «a qualsevol mena d'inversió efectuada per persones físiques o jurídiques que serveixi per crear o mantenir relacions directes i de llarga durada entre el proveïdor dels fons i l'empresa a la qual es destinen els esmentats fons per al desenvolupament d'una activitat econòmica»,¹⁵ una definició, inspirada en la noció d'«inversió estrangera directa» formulada des d'altres organitzacions internacionals de l'àmbit econòmic global,¹⁶ que permet interpretar els termes al·ludits als articles 206 i 207 TFUE.

Alguns actors estatals, però, com per exemple el Tribunal Constitucional Federal Alemany (TCFA), han promogut una idea restrictiva d'allò que s'entén per «inversió estrangera directa», cosa que implicaria un seguit de limitacions en la competència transferida a la Unió.¹⁷ Així, «inversió estrangera directa» se cenyiria a la fase inicial de transferència de capital i d'establiment de la inversió («la inversió que serveix per obtenir la participació en el control d'una empresa», per dir-ho en els termes en què ho fa el TCFA¹⁸), però, com veurem, no incorporaria alguns aspectes associats a l'activitat inversora que, d'acord amb aquesta perspectiva, continuarien retinguts per les autoritats dels estats membres.

Així, de la citada posició del TCFA (i deixant de banda la discutible circumstància que sigui un tribunal constitucional d'un estat membre que defineixi els contorns d'una competència exclusiva atribuïda a la UE)¹⁹ i de força sectors de la doctrina,²⁰ es desprèn que la competència reconeguda a la Unió sobre «inversió estrangera directa» no inclouria, almenys amb caràcter exclusiu, l'anomenada inversió «de *portfolio*» o la inversió «de cartera», consistent en l'adquisició de títols en el mercat de capitals «sense cap intenció d'influir en la gerència i el control de l'empresa»,²¹ àmbit en el qual els estats es poden continuar reservant algunes atribucions de regulació. Així mateix, la «inversió estrangera directa» tampoc no afectaria la competència dels estats en la configuració del règim de propietat ni, en conseqüència, en la determinació de les garanties en relació amb les inversions estrangeres en la fase posterior a l'establiment de la inversió, com el règim

14 Així ho consideren HINDELANG, Steffen i MAYDELL, Niklas. «The EU's Common Investment Policy – Connecting the Dots». A: BUNGENBERG, Marc *et al.* (ed.). *International Investment Law and EU Law*, *op. cit.*, p. 1-27.

15 Així, per exemple, decisions del TJCE C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation contra Commissioners Inland Revenue* [2006] ECR I-11753, paràgraf 181; C-157/05 *Winfried L. Holböck contra Finanzamt Salzburg Land* [2007] ECR I-4051, paràgraf 34; o C-112/05, *Comissió contra Alemanya* [2007] ECR I-8995, paràgraf 18.

16 Així, en el cas del Fons Monetari Internacional, vegeu International Monetary Fund: *Balance of Payments Manual*, 1993, paràgraf 362, disponible a <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>>. En el cas de l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic, vegeu Organization for Economic Co-operation and Development: *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 2008, disponible a <<http://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>>.

17 Sentència del Tribunal Constitucional Federal Alemany sobre el Tractat de Lisboa 2 *BvE* 2/08, 30 de juny de 2009, paràgraf 379.

18 *Ibidem*, paràgraf 379.

19 TERHECHTE, Jörg Philipp. «(National) Constitutional Law Limitations on the Advancement of the EU's Common Commercial Policy», *op. cit.*, p. 26.

20 Vegeu, per exemple, DIMOPOULOS, Angelos. *EU Foreign Investment Law*, *op. cit.*, p. 95 i següents; REINISCH, A. «The Future Shape of EU Investment Agreements», *op. cit.*, p. 180 i següents; TIETJE, Christian. «Außenwirtschaftliche Dimension der europäischen Wirtschaftsverfassung». A: FASTENRATH, Ulrich i NOWAK, Carsten (ed.). *Der Lissabonner Reformvertrag-Anderungsimpulse in einzelnen Rechts- und Politikbereichen*. Berlín: Duncker & Humblot, 2009, p. 237.

21 Aquesta seria la definició d'inversió *portfolio* o inversió «de cartera» segons el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, formulada en els afers acumulats Casos C-282/04 i C-283/04, *Comissió contra Països Baixos* [2008] ECR I-9141, paràgraf 19.

d'expropiació o el règim de resolució de conflictes en cas d'afectació a la propietat de l'inversor per part de les autoritats estatals.

En general, mentre que l'àmbit d'actuació de la UE s'estén a bona part dels aspectes vinculats a l'admissió inicial de la inversió (amb l'anomenada excepció de la inversió «de cartera» o de l'adquisició de béns immobles per part de persones físiques per a ús personal),²² els aspectes relacionats amb el tractament de la inversió estrangera posterior a l'admissió, com la referida qüestió del dret de propietat i de l'expropiació,²³ així com les regulacions específiques derivades dels diversos sectors de l'activitat econòmica en les quals es desenvolupa la inversió, són d'ubicació competencial més controvertida.²⁴ Aquestes esclletxes en el sistema de distribució competencial en matèria d'inversions traçat pels articles 206 i 207 TFUE permetrien justificar que els estats membres mantinguessin una base legal d'actuació per continuar desenvolupant una política pròpia d'inversions en el camp de les garanties posteriors a l'establiment de la inversió i, per tant, es trobessin en condicions de mantenir els règims de garanties enfront de l'expropiació i de resolució de conflictes incorporats en els BIT conclusos amb tercers estats. Així, per exemple, com que la Unió no tindria poders sobre la regulació de les causes d'expropiació d'inversió estrangera, ni sobre el seu procediment, ni sobre el sistema de resolució de controvèrsies entre un inversor estranger i les autoritats públiques, es podrien continuar preservant els mecanismes d'arbitratge internacional inversor privat/estat que preveuen els BIT i que fan referència a les estructures d'arbitratge internacional previstes en tractats multilaterals, com és el cas del Conveni sobre el Centre Internacional d'Arranjament de Diferències relatives a Inversions (en endavant, «CIADI», *ICSID* en les seves sigles en anglès)²⁵ en el marc del Banc Mundial.

Aquesta diversitat competencial entre la UE i els estats membres, que a la pràctica en comptes d'al·ludir a una competència exclusiva de la UE més aviat s'emmarca en un àmbit de competència compartida, ha significat que en el sistema europeu del dret d'inversions la política de la UE hagi de conuiuïre encara amb l'exercici de les competències dels estats i que aquesta situació generi la necessitat de buscar vies que facin compatible l'acció europea conjunta amb l'acció bilateral dels estats membres.

3.1 Les institucions de la UE i els acords d'inversió després de Lisboa

La primera conseqüència directa de l'explícita atribució de la competència a la UE de la matèria «inversió estrangera directa» es refereix, doncs, a la creixent implicació de les institucions de la UE en la negociació i conclusió d'acords d'inversió amb tercers estats i, en conseqüència, al desplegament d'una política d'inversions en el pla europeu. D'ençà de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, l'estratègia de les autoritats de la Unió consisteix a negociar acords globals de comerç de caràcter bilateral en els quals s'inclouen disposicions relatives a inversions. Un exemple el tindriem en el primer dels anomenats tractats de lliure comerç «de nova generació» (en referència al fet d'haver estat conclusos amb posterioritat a les reformes introduïdes pel Tractat de Lisboa), com seria el Tractat de Lliure Comerç entre la Unió Europea i la República de Corea, en el qual es preveuen disposicions relatives a inversió en relació amb la llibertat d'establiment.²⁶

22 VIDAL PUIG, Ramón. «The Scope of the New Exclusive Competence of the European Union with Regard to 'Foreign Direct Investment'», *op. cit.*, p. 141.

23 El règim del dret de propietat es reserva als estats membres d'acord amb l'article 345 TFUE, per bé que força mesures contingudes en el dret de la UE tenen incidència en la configuració del dret de propietat, de manera que es pot afirmar que almenys ens trobem en àmbit de competència compartida. Vegeu ORTINO, Federico i ECKHOUT, Piet. «Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment». A: BIONDI, Andrea; ECKHOUT, Piet i RIPLEY, Stefanie (ed.). *EU Law after Lisbon*, *op. cit.*, p. 319-321. El règim del dret de propietat atribuït als estats membres no ha estat obstacle perquè el TJCE hagi admès que determinades mesures contingudes en el dret de la UE que afectaven el dret de propietat no vulneraven el sistema de distribució competencial. Així, per exemple, sobre la compatibilitat entre les mesures dels estats membres reguladores del règim d'adquisició de la propietat immobiliària i les disposicions de dret de la UE relatives al moviment de capitals, vegeu la resolució del Tribunal de Justícia C-452/01, *Ospelt contra Schlössle Weissenberg Familienstiftung* [2003] ECR I-9743, paràgraf 24; i sobre el dret de propietat industrial, vegeu STJCE C-350/92, *Consell contra Espanya* [1995] ECR I-1985, paràgrafs 13-22.

24 VIDAL PUIG, Ramón, *ibidem*, p. 141-147.

25 Conveni sobre l'Arranjament de Diferències relatives a Inversions entre estats i nacionals d'altres estats fet a Washington el 18 de març de 1965.

26 Vegeu el capítol VII del Tractat de Lliure Comerç entre la Unió Europea i la República de Corea, 2011/265/UE L 127 (Decisió del Consell de 16 de setembre de 2010).

Per bé que la qüestió és secundària en la nostra anàlisi, no és sobrer remarcar que la política d'inversions europea es concreta en el marc de tractats de lliure comerç i no en tractats bilaterals específics d'inversió (a diferència d'allò que ha esdevingut la pràctica dels estats membres), i s'aposta decididament per establir relacions bilaterals tot deixant al marge fòrums globals com l'Organització Mundial del Comerç. Aquest és el camí que també es recorrerà en la tercera fase de les actuacions europees en matèria d'inversions que es materialitzaran amb la negociació d'acords bilaterals amb el Canadà, amb Singapur o amb els Estats Units. Com tot seguit apuntarem, la diferència principal entre els acords de la tercera fase i els de la segona, com en el cas del Tractat amb Corea, és que en la tercera fase no tan sols es preveuran capítols específics dedicats a inversions i deslligats de les llibertats comercials, sinó que també es preveuran mecanismes de resolució de conflictes inversor/estat que eren absents en la regulació anterior, fins i tot en el cas d'acords aprovats després de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa que només preveien mecanismes de resolució de conflictes entre poders públics, per exemple, UE/tercer estat.

3.2 Manteniment dels BIT entre els estats membres i tercers estats

La segona situació relativa al desenvolupament del dret d'inversions en el nou marc competencial europeu es refereix al manteniment de la política d'inversions dels estats membres concretada en la continuïtat en la vigència del seus BIT conclusos amb tercers estats. En la mesura en què els estats membres retenen competències en matèria d'inversions, com s'esdevé en la configuració del dret de propietat, en el règim d'expropiació o en el règim de solució de conflictes derivats de les actuacions estatals sobre la inversió estrangera, els instruments de dret internacional públic ratificats pels estats preserven la seva operativitat. Aquesta circumstància, d'altra banda, no es veurà alterada en el supòsit que la UE no desplegui una política d'inversions en relació amb un estat concret, ni tampoc significarà la plena substitució dels BIT estatals pels acords entre la UE i el mateix estat amb el qual l'estat membre hagués conclòs un BIT. Perquè es produís això darrer, s'exigiria una completa coincidència de subjecte i matèria regulada entre els BIT estatals i els acords UE que permetés entendre que s'ha produït una substitució d'un tractat per un altre segons la Convenció de Viena de Dret dels Tractats,²⁷ o bé que el BIT entre l'estat membre i el tercer estat amb el qual la UE també manté un acord hagi estat terminat.

Els BIT dels estats membres continuaran vigents, doncs, respecte a tots aquells estats amb els quals la UE no hagi conclòs cap acord i també en aquells casos en els quals hi hagi aspectes regulats pel BIT que no es prevegin en l'acord UE/tercer estat. En aquest darrer supòsit s'inclou el cas que el BIT entre un estat membre i el tercer estat contingui clàusules de protecció absoluta de la inversió enfront d'expropiació o riscos polítics o que faci referència a un procés de resolució de disputes inversor/estat que ja hem vist fins ara absent en els acords UE.²⁸

L'entrada en vigor del Tractat de Lisboa i la conclusió d'alguns acords amb tercers estats per part de les autoritats de la UE han reclamat l'adopció de mesures que confirmen la compatibilitat entre el règim d'inversions en el marc europeu i el règim d'inversions dels estats membres. Aquestes mesures, impulsades per les institucions europees, representen un reconeixement de la pervivència de les competències estatals en la matèria, ja que si efectivament la competència sobre inversió estrangera directa fos «exclusiva» de la UE en el marc de la política comercial comuna, seria contrària al dret de la UE qualsevol acció estatal encara que no hi hagués cap col·lisió actual entre el dret estatal i el dret de la UE (o que la UE ni tan sols hagués exercit la seva competència).²⁹ En un altre sentit, com veurem, la regulació general sobre la compatibilitat entre l'acció de la UE i l'acció dels estats membres a través dels seus BIT amb tercers estats regits per dret internacional públic representa un intent d'evitar que la conflictivitat produïda per la convivència dels dos

27 Article 59 de la Convenció de Viena sobre Dret dels Tractats, de 23 de maig de 1969.

28 En la relació entre els acords UE/tercer estat i els BIT estat membre/tercer estat cal tenir present que l'acord entre la UE i Singapur (encara pendent de ratificació) preveu la terminació automàtica dels BIT celebrats pels estats membres amb anterioritat.

29 Així, vegeu l'opinió de l'advocat general Tizzano a la sèrie dels *Cels oberts* [2002] ECR I-9427, paràgrafs 112-114; l'opinió de l'advocat general Maduro al Cas 205/06, *Comissió contra Austria* [2009] ECR I-1301; i el Cas 249/06, *Comissió contra Suècia* [2009] ECR I-1335, paràgraf 28. En el mateix sentit, vegeu CREMONA, Marise. «Defending the Community Interest: the Duties of Cooperation and Compliance». A: CREMONA, Marise i DE WITTE, Bruno (ed.). *EU Foreign Relations Law—Constitutional Fundamentals*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008, p. 129.

règims hagi de ser resolta cas per cas davant del TJUE, com ha succeït en el passat.³⁰ Finalment, cal destacar que la preocupació per determinar exactament el règim aplicable representa un dels imperatius cabdals en una matèria com és el dret d'inversions, que depèn de forma decisiva de la capacitat de proporcionar seguretat jurídica per atreure capitals. Seria una paradoxa que l'àrea del món que més flux de capitals genera a través de la inversió presentés la més gran incertesa sobre el dret aplicable per efecte de la convivència entre el règim dels estats i el règim de la UE.

3.3 Mesures de compatibilitat entre la política d'inversions de la UE i la política d'inversions dels estats membres

La primera mesura a tenir en compte per assegurar la coherència entre la política d'inversions dels estats membres i la que desplega la UE és que els acords assolits per aquesta i un tercer estat normalment es negocien com a acords mixtos UE/estats membres. Així doncs, ens trobem davant de tractats internacionals en els quals també els estats membres són part. Aquesta era la fórmula suggerida pel mateix TCFA en el seu judici sobre el Tractat de Lisboa quan, en analitzar l'assumpció de competències de la UE en matèria d'«inversió estrangera directa» i en constatar que restaven encara en mans dels estats membres un ventall de competències amb incidència sobre la matèria, remarcava que un acord de la UE que afectés àmbits atribuïts als estats, com el relatiu al règim de protecció d'inversions, hauria de ser conclòs com a acord mixt.³¹ La pràctica dels acords mixtes, que no era desconeguda en l'acció exterior de les institucions comunitàries abans de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, ha estat generalitzada amb posterioritat a aquesta data i, en efecte, caracteritza els acords de lliure comerç en els quals s'inclouen preceptes relatius a inversions (així s'esdevé en el ja esmentat acord de lliure comerç amb la República de Corea).

La segona consideració que permet avançar en el desplegament d'una política d'inversions coherent entre la UE i els estats membres és, naturalment, el mateix procediment d'aprovació dels acords en el qual cal un consentiment majoritari dels estats en el Consell. És cert que, tractant-se d'aspectes d'inversió inclosos en tractats de lliure comerç i, a tenor del caràcter exclusiu de la competència de la Unió i del procediment d'aprovació que, segons l'article 207.4 TFUE, exigeix les mateixes majories en l'àmbit de l'acció exterior que en l'àmbit intern, seria possible concloure un acord amb un tercer estat amb tan sols majoria qualificada dels estats membres. Altrament dit, es permetria que s'aprovés un tractat en matèria d'inversions contra la voluntat d'algun estat membre. D'una banda, però, la pràctica ens assenyalava que aquest escenari no es produeix mai, ja que els instruments de l'acció exterior de la UE sempre són acordats per unanimitat; i, de l'altra, hi ha matèries competencials que poden incidir en el règim d'inversions, com la propietat intel·lectual, el règim de les quals cal que sigui consentit per tots els estats membres tant en la dimensió interior com en la dimensió exterior. En definitiva, l'aprovació per unanimitat de la representació dels estats membres en el Consell, bé pel desenvolupament en la pràctica de la conclusió de tractats de matèria econòmica, o bé per requeriments procedimentals en la mesura que s'hi troben afectades matèries vetades a la regla de la majoria qualificada, contribueix al fet que no hi hagi massa divergències entre l'acció de cadascun dels estats en aspectes relatius a la inversió estrangera i la voluntat expressada per la representació estatal a les institucions de la UE que consent en l'acció conjunta.

Finalment, com ja hem insinuat, les mateixes institucions de la UE han previst que el període d'implementació de les polítiques d'inversió amb tercers estats o organitzacions de l'àmbit econòmic sigui dilatat en el temps i han optat per construir un règim provisional que minimitzi les contradiccions amb els BIT dels estats membres. Aquesta és l'estructura que es deriva del Reglament UE número 1219/2012, del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre, pel qual s'estableixen disposicions transitòries sobre els acords bilaterals

30 Així s'esdevingué en les decisions dels Tribunal de Justícia de la Unió: Cas 205/06, *Comissió contra Àustria* [2009] ECR I-1301; Cas 249/06, *Comissió contra el Regne de Suècia* [2009] ECR I-1335; i Cas 118/07, *Comissió contra Finlàndia* [2009] ECR I-10889. En tots ells, el TJUE va apreciar la incompatibilitat amb el dret de la UE dels tractats bilaterals d'inversió que mantenien els estats demandats amb tercers estats. Sobre aquestes decisions, vegeu Díez-Hochleitner, Javier. «El incierto futuro de los Acuerdos de Bilaterales de Inversión». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33 (2010), p. 5-53; i Ghouri, Ahmad Ali. «Resolving Incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU Member States with the EC Treaty: Individual and Collective Options». *European Law Journal*, vol. 16, núm. 6 (2010), p. 806.

31 Sentència del Tribunal Constitucional Federal Alemany sobre el Tractat de Lisboa 2 BvE 2/08, 30 de juny de 2009, paràgraf 379. Vegeu Terhechte, Jörg Philipp. «(National) Constitutional Law Limitations on the Advancement of the EU's Common Commercial Policy», *op. cit.*, p. 26.

d'inversió entre els estats membres i tercers països.³² Així, el principi general del Reglament 1219/2012 consisteix a declarar el manteniment en vigor dels BIT dels estats membres conclusos amb un tercer estat amb l'obligació per part de l'estat membre de notificar a la Comissió l'existència d'aquests acords conclusos amb anterioritat que la UE assumís competències en matèria d'«inversió estrangera directa».³³ La notificació permet avaluar a la Comissió si el BIT vigent de l'estat membre amb el tercer estat suposa un obstacle seriós per a la negociació i celebració per la Unió d'un acord d'inversió amb el mateix tercer estat. Tot seguint, doncs, el rastre del deure de cooperació que els Tractats Constitutius han previst sobre com fer compatible les obligacions internacionals d'un estat membre concretes abans de la seva adhesió amb el dret de la UE,³⁴ el Reglament 1219/2012 estableix que els estats membres adoptaran les mesures necessàries per garantir que els BIT que mantenen en vigor amb tercers estats no obstaculitzaran el desplegament de l'acció de la UE en matèria d'inversions.³⁵ En part per aquest motiu, per l'eventual necessitat de tornar a negociar el BIT per part de l'estat membre, per adaptar-lo al dret de la UE o per acordar la seva terminació, el citat marc normatiu preveu que la Comissió podrà autoritzar i fer seguiment de l'acció de l'estat membre tendent a modificar el BIT.³⁶ Això no obstant, en el Reglament 1219/2012 tampoc no es descarta que la Comissió autoritzi l'estat membre a obrir negociacions i celebrar un nou BIT amb un tercer estat, cosa que certifica la capacitat dels estats membres de continuar desenvolupant una política d'inversions pròpia malgrat la redistribució competencial operada amb el Tractat de Lisboa (tot i que condicionada al consentiment de la Comissió i a la possibilitat que aquesta estigui informada del desenvolupament de les negociacions i fins i tot hi participi).³⁷ Aquest darrer supòsit està probablement concebut per la circumstància que l'estat membre vulgui concloure un tractat en matèria d'inversions amb un estat amb el qual la UE ni manté un acord d'aquestes característiques ni té previsió d'obrir una negociació sobre la qüestió en el futur immediat. El Reglament 1219/2012 preveu, doncs, un triple règim sobre els BIT dels estats membres conclusos amb un tercer estat segons: 1) si van ser signats abans de l'1 de desembre de 2009 (data d'entrada en vigor del Tractat de Lisboa) o abans de l'adhesió de l'estat membre a la UE per als estats que ho facin amb posterioritat a l'1 de desembre de 2009; 2) si van ser signats entre l'1 de desembre de 2009 i el 9 de gener de 2013 (data d'entrada en vigor del Reglament 1219/2012); o 3) si van ser signats amb posterioritat al 9 de gener de 2013.³⁸ Així, la capacitat d'intervenció de la Comissió per assegurar la compatibilitat entre el BIT i el dret de la UE (així com la compatibilitat del BIT amb la política d'inversions desenvolupada per la UE en relació amb un tercer estat) és major en els grups segon i tercer que en el primer, el qual, com diem, i a banda de l'obligació de notificació, es troba subjecte a una regulació similar a la prevista sobre els tractats internacionals dels estats membres conclusos amb anterioritat a la seva adhesió a la UE.

Malgrat les precisions introduïdes pel Reglament 1219/2012 (i sempre sens perjudici dels procediments que assegurin l'eficàcia del dret de la UE, com el recurs d'incompliment davant del TJUE), les indefinicions competencials que permeten a un estat continuar conclouent acords en matèria d'inversions i les vacil·lacions i els retards de la UE a l'hora de desenvolupar la seva política d'inversions pròpia, així com el caràcter indeterminat que afecta els mecanismes que permeten assegurar la coherència entre els dos nivells de govern (com s'esdevé amb la concessió o no de l'autorització de negociació de BIT estat membre/tercer estat per part de la Comissió tal com es preveu al mateix Reglament 1219/2012), no impedeixen que es plantegin contradiccions en matèria d'inversió estrangera directa que, en el fons, deriven dels mateixos dèficits que

32 OJ L 351, 20.12.2012, 40-46. Per a un comentari sobre el Reglament 1219/2012, vegeu PASTOR PALOMAR, Antonio. «La aplicació pràctica del Reglamento (UE) n° 1219/2012 sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31 (2013), p. 1-21.

33 Article 3 del Reglament 1219/2012.

34 Així, antic article 307 del Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea, aspecte avui regulat a l'article 351.2 TFUE.

35 Article 6 del Reglament 1219/2012.

36 Article 9 del Reglament 1219/2012.

37 Article 10 del Reglament 1219/2012.

38 Vegeu LAVRANOS per a una contundent crítica amb el règim del Reglament UE 1219/2012, atesa, segons l'autor, la innecessària intromissió de les autoritats de la UE en el règim d'inversions dels estats membres a través dels BIT que proporcionaven certesa a l'inversor del tercer estat. LAVRANOS, Nikos. «In Defence of Member State's BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs – a Member State's Perspective». *Transnational Dispute Management*, vol. 10, núm. 2 (2013), p. 1-10, disponible a <www.transnational-dispute-management.com>.

aclaparen l'acció exterior de la UE i la seva harmonia amb l'acció exterior dels estats membres en tots els àmbits.

3.4 Conseqüències i possibles tensions de la transferència de competències a la UE en matèria d'inversions i la política exterior dels estats membres

Que els aspectes derivats del dret d'inversions i el sistema de relacions internacionals han anat històricament força vinculats es demostra, per exemple, amb el fet que alguns BIT s'emmarcaven en el conjunt de disposicions incloses en els denominats *tractats d'amistat*, que reflectien iniciatives més àmplies de la política exterior. Amb la reforma derivada del Tractat de Lisboa, la transferència a les institucions de la Unió de la decisió sobre l'establiment de relacions privilegiades en matèria d'inversions amb un tercer estat ha contribuït a la consolidació d'una acció exterior conjunta, alhora que qüestiona la capacitat estatal de desenvolupar una política amb un tercer actor que contradigui la voluntat de la Unió. Així, per exemple, si la Unió vol promoure un sistema de relacions privilegiades d'inversió només amb estats que es comprometin a mantenir un règim liberal democràtic i un determinat estàndard de drets equiparable al que es reconeix a la UE, sembla difícil sostenir que els estats membres estiguin en condicions de preservar règims bilaterals d'inversió amb tercers estats que no compleixin les al·ludides condicions. En el mateix sentit, si aspectes de política exterior comuna aconsellen fer front a una crisi a través d'un règim de sancions cap a un tercer estat que inclogui limitacions en l'àmbit comercial, una iniciativa d'aquesta mena és poc compatible amb la circumstància que un o alguns estats membres facilitin l'atracció de capital procedent de ciutadans i empreses de l'estat conflictiu.

Si les tensions en la línia que comentem encara no han emergit en tota la seva intensitat és perquè la UE encara no ha adoptat una decisió clara en matèria d'inversions associada a la seva política exterior.³⁹ Des de les mateixes institucions de la Unió no acaba de perfilar-se un acord inequívoc sobre si la política d'inversions comuna prioritza el creixement econòmic i la competitivitat de la UE en el mercat global de capitals sense plantejar massa condicionants en matèria de drets humans i de democràcia relatius a la selecció dels possibles estats amb els quals es poden concloure tractats (així semblava insinuar-se de la voluntat de la Comissió en la Comunicació de 2010 que va dissenyar la proposta de política d'inversions de la UE)⁴⁰ o si els tractats d'inversió han de ser negociats preferentment amb estats que comparteixin els principis de la UE relatius a la democràcia i als drets humans, a més de presentar unes credencials de protecció mediambiental i de dret laboral similars a les existents a la UE (com semblava que se suggeria pel Parlament Europeu en la seva resolució sobre inversions de 2011).⁴¹

Indefinicions d'aquesta mena són les que han conduït, en primer lloc, al fet que la Unió no adopti mesures contundents en relació amb els acords que pugui mantenir amb un tercer estat quan aquest és el causant d'una crisi que representa un desafiament a la política exterior conjunta. Així, per exemple, el conflicte entre la Federació Russa i la República d'Ucraïna desencadenat a partir del novembre de 2013, en part com a conseqüència del procés de ratificació del Tractat d'Associació entre la UE i Ucraïna, no ha significat una revisió profunda dels acords mantinguts amb la Federació Russa, alguns dels quals inclouen aspectes relatius a inversions, com l'Acord de Col·laboració i Cooperació entre les Comunitats Europees i Rússia de 1994.⁴² L'única conseqüència derivada de la crisi política a Ucraïna per al règim d'inversions entre la UE i Rússia ha estat la suspensió de les converses bilaterals en les negociacions d'un acord global de comerç que inclogui un capítol d'inversions,⁴³ tot tenint en compte que abans del conflicte a Ucraïna la Comissió Europea havia

39 Així també, DIMOPOULOS, Angelos. *EU Foreign Investment Law*, op. cit., p. 220-230.

40 *Comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions. Cap a una política europea d'inversions global*. COM(2010)343 de 7 de juliol de 2010. Especialment, vegeu les pàgines 6-7.

41 Vegeu *Resolució del Parlament Europeu sobre la política europea d'inversions internacionals*. 2010/2203(INI) de 6 d'abril de 2011.

42 Acord de Col·laboració i Cooperació entre les Comunitats Europees i els seus estats membres, d'una banda, i la Federació Russa, de l'altra, de 28 de novembre de 1997, OJ L 327/3.

43 Sobre el règim d'inversions en la relació entre la Unió Europea i la Federació Russa, vegeu DRALLE, Tilman. «Sketching the Contours of the Prospective EU-Russia Investment Architecture». *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 41, núm. 4 (2014), p. 331-366.

reconegut Rússia com a soci prioritari en l'obertura de negociacions sobre un acord d'aquesta mena.⁴⁴ Val a dir, en un altre sentit, que la paràlisi en les negociacions sobre un acord UE/Federació Russa no ha impedit que els divuit estats membres que havien conclòs un BIT amb el citat soci el mantinguin en vigor.⁴⁵

En segon lloc, les vacil·lacions sobre la política d'inversions en el nivell de govern de la UE han comportat que no es produeixi una reconsideració del fet que la majoria d'estats membres mantinguin tractats d'inversió amb tercers estats que no constitueixen democràcies liberals, alguns dels quals van entrar en vigor durant la primera dècada del segle XXI. No obstant això, val a dir que algun compromís es percep en l'acció exterior de la UE amb els sistemes polítics liberals i respectuosos amb els drets puix que els acords globals de comerç i d'inversió que s'han tancat amb posterioritat a l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa (per exemple, amb la República de Corea) o que estan pendents de ratificació (per exemple, amb el Canadà) o que es troben en fase avançada de negociació (per exemple, amb els Estats Units) ho són amb democràcies liberals. L'única excepció es referiria a l'obertura de negociacions amb la República Popular Xinesa a fi de concloure un acord global UE-Xina en matèria d'inversions (en aquest cas es tractaria d'un acord específic sobre inversions i no d'un capítol dins d'un acord de lliure comerç).⁴⁶ Això no obstant, cal remarcar que les negociacions amb la República Popular Xinesa als efectes que comentem encara es troben en una fase molt preliminar.

Aquesta actitud general de les autoritats europees en la selecció dels socis amb els quals concloure acords en matèria de lliure comerç i inversions (amb l'excepció xinesa, tots ells democràcies liberals) s'esdevé sens perjudici que, com veiem, els estats membres, en el seu tràfic d'importació i exportació de capital, mantinguin relacions amb règims autoritaris amb tota normalitat.

Un altre focus de tensió que aboca a contradiccions entre una política unificada d'inversions centrada en la UE i l'acció dels estats membres no té tant a veure amb les condicions del subjecte amb el qual es conclou l'acord sinó amb les necessitats de política econòmica de cada estat membre, que poden presentar considerables disparitats. Així, per exemple, la uniformització del règim d'inversions en el marc de la Unió Europea dificulta que els estats membres puguin concretar el seu plantejament en matèria d'inversions en funció de si són receptors de capital (proclius, doncs, a buscar formes d'intervenció més flexibles sobre les inversions estrangeres dutes a terme en el seu territori) o de si són exportadors de capitals (més interessats a establir un règim de garanties per als seus inversors en el territori del tercer estat).⁴⁷ Així mateix, una acció europea global d'inversions desdibuixa la capacitat dels estats membres de competir entre ells a fi de captar inversions estrangeres, tot i que això darrer es troba molt limitat per l'aplicació uniforme del dret de la UE. Certament, les possibilitats d'oferir incentius a inversors estrangers que permetin traçar un règim diferencial amb la política d'inversió desplegada per un altre estat membre podrien contradir el dret de la UE si, per exemple, representen un ajut d'estat o si suposen un menyscapse en el nivell de protecció mediambiental o si es vinculen a un tractament discriminatori a favor de l'inversor del tercer estat que perjudiqui altres nacionals dels estats membres.

3.5 El sistema de resolució de conflictes en els acords d'inversió de la UE/tercer estat i la seva articulació amb els mecanismes de resolució de conflictes previstos en els BIT

Com hem vist, la interpretació del sistema de distribució competencial entre la UE i els estats membres vigent amb la regulació establerta pel Tractat de Lisboa deixa la porta oberta que les competències retingudes pels estats en aspectes relatius al règim jurídic de la propietat i de l'expropiació els habilitin per acordar sistemes de resolució de conflictes sobre inversió estrangera. Això, a la pràctica, es concreta amb la preservació dels BIT estat membre/tercer estat i dels mecanismes de resolució de controvèrsies allí previstos subjectes a regles de dret internacional públic. La principal incompatibilitat que es pot generar amb la pervivència dels

44 *Comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions. Cap a una política europea d'inversions global.* COM(2010)343 de 7 de juliol de 2010, p. 7.

45 DRALLE, Tilman. «Sketching the Contours of the Prospective EU-Russia Investment Architecture», *op. cit.*, p. 335.

46 Inici de negociacions per a la celebració d'un acord d'inversió UE-Xina anunciat a la setzena cimera UE-Xina celebrada el 21 de novembre de 2013. Vegeu <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-33_en.htm>.

47 En aquest sentit, vegeu MARKET, Lars. «The Crucial Question of the Future Investment Treaties Balancing Investor's Rights and Regulatory Interests of Host States». A: BUNGENBERG, Marc *et al.* (ed.). *International Investment Law and EU Law. European Yearbook of International Economic Law*, *op. cit.*, p. 145-146.

BIT en aquest àmbit i el dret de la UE és produït si el BIT remet a un sistema de resolució de controvèrsies en un tribunal d'arbitratge regulat per dret internacional públic les resolucions del qual són directament executables i sense possibilitat de revisió d'una instància jurisdiccional.⁴⁸ En aquesta tessitura és concebible que un laude arbitral sigui aplicable sense possibilitat de control d'adequació al dret de la UE, ja que, o bé l'aparell judicial de l'estat membre que ha subscrit el BIT no té accés al mencionat laude, o bé, si hi accedeix, no pot exercir cap poder de revisió que arribi al punt de promoure la seva inaplicació per estimar-lo contrari al dret de la UE o d'elevat una qüestió prejudicial davant del TJUE.⁴⁹ Com ja hem perfilat, el sistema del CIADI, al qual es remeten un considerable nombre de BIT entre estats membres de la UE i tercers estats, aboca a aquest escenari, ja que els laudes dels tribunals arbitral d'inversió configurats en el marc del referit organisme són executius i en principi no subjectes a revisió judicial per part de les autoritats judicials dels estats signataris del BIT.⁵⁰ Segons l'article 54.1 de la Convenció CIADI, les parts contractants es troben vinculades als reconeixements dels laudes emesos pel sistema de la convenció com si fossin la decisió final d'un tribunal de l'estat membre de la convenció.⁵¹ En general, no es preveu cap poder de control extern sobre els laudes del sistema CIADI més enllà dels controls previstos en la mateixa convenció⁵² (tampoc, doncs, un control derivat del dret de la UE), de la mateixa manera com es troba molt restringida la capacitat d'oposar alguna excepció associada a una política pública que impedeixi o moduli l'execució d'un laude tant dins el mateix sistema del CIADI com per part d'un altre ordenament jurídic autònom.⁵³ En aquestes circumstàncies, la possibilitat que en l'espai de la Unió sigui aplicable un laude d'un tribunal d'arbitratge al marge del dret de la UE (fins i tot, com diem, en un àmbit de competència de la UE com és la inversió estrangera directa) i sense intervenció de cap autoritat judicial que apliqui dret de la UE (ni dels estats membres ni el TJUE), ha suscitat que diverses vegades reclamin alguna mena de connexió entre el sistema de resolució de controvèrsies dels BIT i el sistema d'aplicació del dret de la UE.⁵⁴ En aquest sentit, hi ha diversos obstacles per assegurar la possibilitat de control d'un laude d'un tribunal d'arbitratge al dret de la UE i, en particular, a l'àmbit de decisió final del TJUE. Entre les objeccions més destacables es troba, d'una banda, que el compromís dels estats membres de no sotmetre les controvèrsies relatives a la interpretació o aplicació dels tractats a procediments diferents dels previstos en els Tractats⁵⁵ (això és, per exemple, a una jurisdicció diferent de la del TJUE) només s'aplica en relació amb controvèrsies entre ens públics i no, com s'esdevé en el camp de les inversions i en els procediments de resolució de controvèrsies previstos en els BIT, entre un estat i un particular (l'inversor privat). D'altra banda, difícilment es pot interpretar que els tribunals d'arbitratge d'inversions puguin ser considerats «òrgans judicials» a l'efecte de trobar-se legitimats per elevar una qüestió prejudicial davant del TJUE, ja que no tenen, entre d'altres atributs determinants, ni el caràcter d'autoritat judicial d'un estat membre ni el caràcter d'òrgan permanent.⁵⁶

48 Així, vegeu VON PAPP, Konstanze. «Clash of “autonomous legal orders”: can EU Member State courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunal and the ECJ? A plea for direct referral from investment tribunals to the ECJ». *Common Market Law Review*, vol. 50, núm. 4 (2013), p. 1060 i 1065.

49 Sobre les dificultats d'execució d'un laude del sistema CIADI a la Unió Europea, vegeu el cas *Ioan Micula i altres contra Romania*, Cas CIADI núm. ARB/05/20 (11 de desembre de 2013).

50 VON PAPP, Konstanze, *ibidem*, p. 1060.

51 VON PAPP, Konstanze, *ibidem*, p. 1058.

52 Vegeu «Article 54», a SCHREUER, Christoph *et. al.* (ed.). *The ICSID Convention (a commentary)*. 2a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, paràgraf 81.

53 Així, KLEINHEISTERKAMP, Jan. «European Policy Space in International Investment Law». *ICSID Review* vol. 27, núm. 2 (2012), p. 421.

54 Vegeu PASCUAL VIVES, Francisco José. «Shaping the EU Investment Regime: Choice of Forum and Applicable Law in International Investment Agreements». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1 (2014), p. 269-293; SCHILL, Stephan. «Arbitration procedure: The role of the European Union and the Member States in investor-State arbitration». A: KESSEDJIAN, Catherine (ed.). *Le droit européen et l'arbitrage. European Law and Investment Arbitration*. París: Pantheon-Assas, 2011, p. 136 i següents; VON PAPP, Konstanze, *op. cit.*, p. 1065 i següents.

55 Així, article 344 TFUE.

56 VON PAPP, Konstanze, *ibidem*, p. 1066-1073. El mateix Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees va declarar que els tribunals arbitral dels estats membres no es poden considerar «tribunal» a l'efecte d'elevat una qüestió prejudicial. Vegeu STJCE Cas 125/04, *Denuit & Cordenier contra Transorient* [2005] ECR I-923.

Amb tot, en la darrera dècada hi ha hagut exemples d'aplicació del dret de la UE a disputes relatives a inversions, bé en l'àmbit jurisdiccional de la UE,⁵⁷ o bé en l'àmbit d'un arbitratge d'inversions⁵⁸ en el qual el dret de la UE ha estat considerat dret aplicable per integrar-se en el conjunt de normes de dret internacional públic o de dret «local» rellevants per decidir el cas o per entendre que es tractava d'un «fet» acordat per les parts i determinant per resoldre el conflicte.⁵⁹ Un dels supòsits d'intervenció del TJUE es produeix quan és la Comissió la que interposa un recurs d'incompliment, especialment derivat de la manca d'actuació d'un estat a l'hora de resoldre les incompatibilitats entre un BIT conclòs amb anterioritat a l'adhesió d'aquell estat a la UE i el dret de la UE.⁶⁰ Cal observar, doncs, que en aquesta circumstància la implicació del sistema jurisdiccional de la UE depèn exclusivament de la discrecionalitat de la Comissió i no està assegurada per la mateixa estructura judicial articulada entre els jutges i tribunals dels estats membres i el TJUE. Una cosa similar es pot afirmar de les consideracions que un tribunal d'arbitratge d'inversions, en el marc del CIADI o d'un altre context, pugui fer en relació amb l'aplicació del dret de la UE: el tribunal d'arbitratge no es troba vinculat pel dret de la UE i no hi ha cap certesa que l'invoqui en el laude, el qual, com diem, pot no estar subjecte a un ulterior control judicial ni en el si dels estats membres ni en el si del TJUE. En definitiva, en el règim jurídic actual del dret d'inversions el dret de la UE pot no tenir incidència ni en termes substantius ni en termes institucionals, encara que la UE hagi assumit competències en matèria d'inversió estrangera directa.

En qualsevol cas, com analitzarem a la secció posterior, la tendència perfilada pels futurs acords globals d'inversió de la UE amb tercers estats, més que assegurar la possibilitat de revisió de les controvèrsies en matèria d'inversió per part de les autoritats judicials de la UE es decanten, amb les corresponents tensions que això pugui comportar amb la jurisprudència del TJUE, per mantenir el sistema de remissió a un mecanisme de solució de disputes previst en dret internacional públic a través del qual es configurin tribunals arbitral que dictin laudes executius.

4 Tercera fase: la política global d'inversions de la UE i la negociació dels tractats de lliure comerç amb inclusió d'un capítol en matèria d'inversions

Amb l'aprovació de la comunicació *Cap a una política europea d'inversions global*,⁶¹ la Comissió va informar les altres institucions de les directrius que presidirien l'exercici de la competència en matèria d'inversió estrangera directa assumida per la UE i, en particular, dels objectius que marcarien la negociació i conclusió d'acords d'inversió amb tercers estats o amb organitzacions internacionals d'integració econòmica. En el citat document ja es perfila la voluntat d'incloure un capítol d'inversions en el curs de la negociació de tractats globals de comerç (tot reconeixent així la necessitat de vincular el comerç amb el flux de capitals derivat de les relacions d'inversió), així com la possibilitat de reconèixer un mecanisme arbitral de resolució de controvèrsies sobre inversions particular/estat.⁶² Si fins ara els acords de comerç (i els preceptes relatius a inversions inclosos en aquells acords) només preveïen instruments d'arbitratge que enfrontessin entitats públiques (estat/estat o UE/estat) en bona part vinculats a estratègies diplomàtiques,⁶³ en la nova onada d'acords d'inversió plantejats per la UE l'arbitratge inversor/estat seria almenys complementari de

57 Així, STJUE Cas 264/09, *Comissió contra República Eslovaca* [2011] ECR I-8065.

58 Vegeu, per exemple, *Electrabel S.A. contra Hongria*, Cas CIADI núm. ARB/07/19, resolució sobre jurisdicció, dret aplicable i responsabilitat (30 de novembre de 2012).

59 VON PAPP, Kontanze, *ibidem*, p. 1039.

60 Així, en el citat cas STJUE 264/09, *Comissió contra República Eslovaca* [2011] ECR I-08065.

61 *Comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions. Cap a una política europea d'inversions global*. COM(2010)343 de 7 de juliol de 2010.

62 Que en el context dels acords d'inversió concebuts com a acords mixtos UE/estats membres conclusos amb un tercer estat les referides estructures de resolució de disputes serien susceptibles, en puritat, d'enfrontar l'inversor privat del tercer estat, d'una banda, amb la UE i/o l'estat membre, de l'altra. Vegeu IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, Íñigo. «Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado». *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 4, núm. 1 (2011), p. 117-136.

63 Així, per exemple, en el citat Tractat de Lliure Comerç entre la Unió Europea i la República de Corea 2011/265/UE L 127 (Decisió del Consell de 16 de setembre de 2010).

l'arbitratge que enfrontés els estats.⁶⁴ Tot desenvolupant els principis generals perfilats a la comunicació *Cap a una política europea d'inversions global*, els acords de comerç negociats o en fase de negociació amb el Canadà, Singapur, els Estats Units o l'Índia inclouen un capítol dedicat al règim d'inversions⁶⁵ i un sistema d'arbitratge internacional inversor/estat que, amb un cert caràcter anàleg als mecanismes de resolució de disputes previstos als BIT dels estats membres, ofereixen una panòpia de sistemes d'arbitratge que l'inversor pot escollir i que almenys inclouen una remissió a l'estructura del CIADI i una remissió a les regles de la Comissió de Nacions Unides pel Dret Mercantil (UN Commission on International Trade Law, *UNCITRAL* en les sigles en anglès). Dels citats acords de comerç, per bé que en relació amb l'Índia i els Estats Units la conclusió de les negociacions encara és llunyana, en els casos del Canadà i de Singapur els acords estan a punt de ser ratificats. A més, l'acord UE-Singapur es troba pendent d'una consulta al TJUE que afecta la compatibilitat entre les previsions relatives a inversió i als mecanismes d'arbitratge allí previstos amb el dret de la UE. El dictamen del TJUE aprofundirà, així, en un aspecte clau en la relació entre tribunals arbitrals d'inversió i dret de la UE com és el de si la previsió de tribunals d'arbitratge dedicats a la resolució de disputes inversor/estat contradiu l'autonomia de l'ordenament jurídic de la UE i, en particular, la condició del TJUE d'última autoritat interpretativa en aspectes relatius al dret de la Unió.

En un altre sentit, la voluntat de les institucions de la UE d'implicar aquesta organització en sistemes de resolució de controvèrsies inversor/estat en matèria d'inversió ha comportat l'aprovació del Reglament 912/2014, de 23 de juliol, pel qual s'estableixen les regles de repartiment de responsabilitat financera entre la Unió i els estats membres en la resolució de litigis per part d'un tribunal arbitral establert segons els futurs acords d'inversió que es puguin concloure entre la Unió i un tercer estat.⁶⁶

4.1 La no pertinença de la UE a tractats internacionals relatius a mecanismes de solució de controvèrsies inversor/estat

Com hem anunciat, la nova onada d'acords d'inversió de la UE amb un tercer estat preveuen l'establiment de mecanismes de resolució de conflictes inversor/estat amb remissió, per exemple, a les regles del CIADI. La UE, però, no és part del Conveni CIADI. A més, una eventual integració de la UE en el citat conveni requeriria modificar-lo, i per tant el consentiment de tots els 151 membres del Conveni CIADI, ja que l'article 67 del citat conveni estableix que aquest instrument sols és obert a la signatura «dels estats», la qual cosa n'exclouria les organitzacions regionals d'integració econòmica com la UE.⁶⁷ Que els acords globals d'inversió amb tercers estats es conclouguin com a «acords mixtos» i, per tant, amb els estats membres de la Unió que, tret de Polònia, sí que han ratificat el Conveni CIADI com a part dels mateixos acords, no desvirtua el paper de la UE com a actor principal en l'aplicació de l'acord ni la possibilitat que els incompliments que instiguin a la demanda de la constitució d'un mecanisme d'arbitratge tinguin el seu origen en un acte de les institucions de la Unió. Unes institucions que no es trobarien subjectes al règim de resolució de disputes acordat amb el tercer estat, tot generant un clima d'incertesa poc escaient en un àmbit com el de les inversions, que per a la seva consolidació necessita claredat normativa. L'experiència de l'adhesió de la UE al Conveni Europeu de Drets Humans seria un precedent que demostraria la possibilitat de reformar un tractat internacional del qual formen part altres estats no membres de la UE per incloure-hi la UE com

64 Aquesta tessitura és la que fa que alguns comentaristes es refereixin a la tendència a avançar cap a un model «híbrid» d'arbitratge en matèria d'inversions. Per tots, vegeu ROBERTS, Anthea. «State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretative Authority». *Harvard International Law Journal*, vol. 55, núm. 1 (2014), p. 1-70.

65 En el cas de la Xina, com hem comentat, s'està negociant exclusivament un acord d'inversions.

66 Reglament 912/2014, del Parlament i del Consell, de 23 de juliol de 2014, pel qual s'estableix un marc per gestionar la responsabilitat financera relacionada amb els tribunals de resolució de litigis entre inversors i estats establerts per acords internacionals en els quals la Unió Europea sigui part. OJ L 257/121, 28.08.2014. Sobre el Reglament 912/2014 i la crítica a la difícil compatibilitat entre les regles de repartiment de responsabilitats establertes en la citada normativa i les regles de responsabilitat internacional, vegeu DIMOPOULOS, Angelos. «The involvement of the EU Investor-State Dispute Settlement: A question of responsibilities». *Common Market Law Review*, vol. 51, núm. 6 (2014), p. 1671-1720; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento núm. 912/2014». *La Ley Unión Europea*, mes 18 (2014), p. 5-27.

67 En concret, l'article 67 del Conveni CIADI estableix que aquest es troba obert a la signatura dels estats que siguin membres del Banc Mundial, organització de la qual la UE tampoc no és membre. Sobre la impossibilitat de la UE d'integrar-se com a part del Conveni CIADI sense reformar aquest instrument, vegeu BURGSTALLER, Markus. «European Law and Investment Treaties», *op. cit.*, p. 215.

a membre, però també representa un procés revelador de les enormes complexitats que comporta articular l'ordenament jurídic de la UE amb l'ordenament jurídic generat per un tractat subjecte a dret internacional públic. Si el sistema CIADI ha de ser un dels models principals en la resolució d'aquells conflictes inversor/estat sobre acords dels quals sigui part la UE, i tenint en compte la voluntat de les institucions de la UE d'esdevenir un actor cabdal en el flux d'inversions mundial, el imperatiu de certesa normativa i de seguretat jurídica demanarien la modificació del Conveni CIADI a fi que la UE s'hi incorporés com a membre malgrat el reguitzell d'obstacles tècnics i de dilacions temporals que aquest pas suposaria. No obstant això, i salvant les objeccions relatives a l'autonomia del dret de la UE que exposarem, precisament per l'envergadura del volum d'inversió que els grans acords globals de la UE potenciarrien potser seria més operatiu instaurar un mecanisme de resolució de conflictes inversor/estat *ad hoc* per cada acord o concebre un instrument general d'arbitratge susceptible de ser ratificat per la UE, els seus estats membres i els altres tercers estats amb els quals la UE concloués acords d'inversió.

4.2 Els tribunals d'arbitratge d'inversions i l'autonomia del dret de la UE. Un límit constitucional?

Com ja hem posat de manifest, un dels principals obstacles per a la instauració de mecanismes de resolució de controvèrsies inversor/estat en els acords conclusos entre la UE i un tercer estat és el de la possible incompatibilitat entre aquestes estructures i el principi d'autonomia del dret de la UE.⁶⁸ Aquest principi, que en una primera fase es va desenvolupar per delimitar la relació entre el dret europeu i el dret dels estats membres ha estat en les darreres dècades també associat a la determinació de les relacions entre l'ordenament jurídic de la UE *vis-à-vis* el dret internacional públic.⁶⁹

La idea bàsica vinculada al principi d'autonomia al·ludeix al fet que els Tractats Constitutius generen un ordenament jurídic independent⁷⁰ dels ordenaments jurídics dels estats membres i del dret internacional públic general, de manera que els conflictes suscitats per una norma de l'ordenament jurídic de la UE es resolen dins el sistema normatiu de la UE i els procediments que aquest estableix. L'esquema en qüestió tindria la seva projecció pel que fa a l'organització jurisdiccional amb l'atribució al TJUE de l'autoritat última en la interpretació i l'aplicació del dret de la UE.⁷¹ En concret, pel que fa a l'estructura de l'organització jurisdiccional derivada del principi d'autonomia de la UE, correspon al TJUE i als òrgans judicials dels estats membres garantir el respecte a l'ordenament jurídic de la UE mitjançant un sistema de cooperació en el qual, a fi que no hi hagi divergències en l'aplicació del dret de la UE per part dels tribunals estatals, s'estableix una obligació de plantejament de la qüestió prejudicial quan es dubti sobre la interpretació o la validesa de les disposicions de dret de la UE, tot corresponent al TJUE el control del correcte exercici d'aquesta tasca mitjançant els mecanismes processals que li permeten constatar els incompliments.⁷²

El principi d'autonomia de dret de la UE i l'atribució de la facultat interpretativa última de dret de la UE al TJUE no impediria a les institucions de la UE concloure tractats internacionals en els quals es conferís

68 Sobre els tribunals d'arbitratge internacional d'inversions i la possible col·lisió amb el principi d'autonomia del dret UE, vegeu principalment DIMOPOULOS, Angelos. «The involvement of the EU Investor-State Dispute Settlement: A question of responsibilities», *op. cit.*, p. 1696-1702, i HINDELANG, Steffen. «The Autonomy of the European legal Order. EU Constitutional Limits to Investor-State Arbitration on the Basis of Future EU Investment-Related Agreements». A: BUNGENBERG, Marc i HERRMANN, Christoph (ed.). *Common Commercial Policy after Lisbon. European Yearbook of International Economic Law*, *op. cit.*, p. 187-198.

69 El concepte d'autonomia del dret de la UE en relació amb el dret internacional públic i la condició del TJUE d'autoritat suprema en la interpretació del dret de la UE en relació amb d'altres tribunals internacionals, són qüestions que han estat especialment desenvolupades en dictàmens del TJUE sobre la integració de les Comunitats Europees o de la UE en d'altres organitzacions internacionals. Vegeu Dictamen TJCE 1/91, *Espai econòmic europeu I* [1991] ECR I-6079; Dictamen TJCE 1/92, *Espai econòmic europeu II* [1992] ECR I-3493; Dictamen TJCE 1/00, *Espai europeu aeri comú* [2002] ECR I-3493; Dictamen TJUE 1/09, *Tribunal europeu i comunitari de patents* [2011] ECR I-1137; i Dictamen TJUE 2/13, *Adhesió al Conveni Europeu de Drets Humans*, de 18 de desembre de 2014.

70 La idea del principi d'autonomia del dret comunitari, per bé que en relació amb els estats membres, es troba en les sentències fundacionals del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees *Van Gend & Loos* i *Costa c. ENEL*, STJCE C-26/62, *Van Gend & Loos contra Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1; STJCE C-6/64, *Costa contra ENEL* [1964] ECR 585.

71 Article 19.1 TUE.

72 Així, vegeu, per exemple, Dictamen TJUE 1/09, *Tribunal europeu i comunitari de patents* [2011] ECR I-1137, especialment els paràgrafs 65, 66, 67, 68, 83, 84 i 86. Sobre l'autonomia del dret de la Unió i l'organització jurisdiccional, vegeu AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. «La Autonomía del Ordenamiento de la Unión y las 'funciones esenciales' de su sistema jurisdiccional». *Teoría y realidad constitucional*, núm. 32 (2013), p. 225-257.

jurisdicció a un altre òrgan diferent del TJUE,⁷³ però aquesta atribució violaria el principi d'autonomia del dret de la UE si l'òrgan judicial instaurat pel tractat internacional del qual formés part la UE: 1) tingués alguna possibilitat d'interpretar el dret de la UE amb caràcter definitiu;⁷⁴ o bé 2) que la interpretació que l'òrgan judicial internacional fes de les normes aplicables tingués incidència en el sistema de distribució de competències entre la UE i els estats membres regulat en els Tractats Constitutius de la UE i sobre els quals el TJUE ostenta la màxima autoritat interpretativa.⁷⁵

Tenint presents aquestes condicions és plausible pensar que un acord d'inversions UE/estats membres amb un tercer estat que instaurés un sistema de resolució de controvèrsies basat en tribunals internacionals d'arbitratge amb competència per conèixer litigis inversor/estat podria infringir el principi d'autonomia del dret de la UE si el tribunal d'arbitratge fes una interpretació del dret originari o derivat de la UE sobre la qual el TJUE no tingués capacitat de control. Aquesta conjuntura, com ja hem insinuat, no és improbable que s'esdevingui en un sistema en el qual els laudes arbitrals no són susceptibles de revisió judicial o que aquesta es trobi molt limitada i que, per tant, els tribunals dels estats membres no puguin elevar una qüestió prejudicial davant del TJUE i ni tan sols de garantir l'*effet utile* del dret de la Unió. D'aquesta manera, no és inconcebible que un tribunal internacional d'arbitratge d'inversions es trobi implicat en un ampli espectre d'àmbits sobre els quals el dret de la UE tindria incidència (que poden anar del dret de la competència en relació amb ajudes d'estat a la llibertat de moviment de capitals o a la política energètica) i que decidís en funció d'una interpretació de les normes de la Unió fora de l'espai jurisdiccional tant dels tribunals dels estats membres de la UE com del TJUE.

En un altre sentit, respecte als sistemes de resolució de controvèrsies inversor/estat val a dir que, en principi i com ja hem avançat, no es troba compromesa l'obligació dels estats membres de no sotmetre les controvèrsies relatives a la interpretació o aplicació dels tractats a procediments diferents dels previstos en els Tractats (article 344 TFUE), ja que aquest imperatiu sols afecta els litigis entre estats però no els establerts entre particular i estat. La intervenció d'agents privats en el conflicte pot justificar una atenuació de l'abast jurisdiccional del TJUE,⁷⁶ però difícilment suposarà la renúncia per part d'aquest òrgan a no intervenir de forma estructural en conflictes que impliquin una interpretació del dret de la UE o que posin en qüestió l'eficàcia d'aquest ordenament jurídic. En qualsevol cas, en relació amb les fórmules d'arbitratge internacional que enfrontin estats membres, el TJUE ja va tenir l'oportunitat d'afirmar que aquests estats, subjectes a l'article 344 TFUE, no poden esquivar la jurisdicció del TJUE mitjançant tribunals internacionals d'arbitratge previstos per tractats internacionals si en la controvèrsia es troba implicada la interpretació del dret de la Unió.⁷⁷ Així, segons aquesta jurisprudència, el TJUE impedeix que els estats membres recorrin a

73 Sobre la possibilitat que un acord internacional prevegi la creació d'un òrgan jurisdiccional les decisions del qual vinculin les institucions de la UE, inclòs el TJUE, sempre que es respecti l'autonomia del sistema jurídic de la UE, vegeu Dictamen TJUE 2/13, *Adhesió al Conveni Europeu de Drets Humans*, de 18 de desembre de 2014, paràgrafs 182 i 183 i jurisprudència que s'hi cita.

74 Així, Dictamen TJCE 1/91, *Espai econòmic europeu I* [1991] ECR I-6079, paràgrafs 41-46; i sobre la possibilitat que no es permetés al TJUE aportar la interpretació definitiva de dret derivat de la UE en aspectes relatius a la compatibilitat entre el dret derivat UE i el Conveni Europeu de Drets Humans examinats pel TEDH i, per tant i segons el TJUE, en incompliment del principi d'autonomia del dret de la UE, vegeu Dictamen TJUE 2/13, *Adhesió al Conveni Europeu de Drets Humans*, de 18 de desembre de 2014, paràgrafs 236-248.

75 Vegeu, en aquest sentit, Dictamen TJCE 1/91, *Espai econòmic europeu I* [1991] ECR I-6079, paràgrafs 31-36, i Dictamen TJUE 2/13, *Adhesió al Conveni Europeu de Drets Humans*, de 18 de desembre de 2014, paràgrafs 215-225.

76 Aquest caràcter reforçat en la defensa del TJUE del seu àmbit jurisdiccional en els conflictes entre ens públics sobre la base del article 344 TFUE es va constatar en el Dictamen TJUE 2/13 sobre l'adhesió al Conveni Europeu de Drets Humans. El TJUE va entendre que l'acord d'adhesió era contrari a l'article 344 TFUE en tant que admetia la possibilitat que es plantegés una demanda interestatal o UE/estat membre davant del Tribunal Europeu de Drets Humans per vulneració d'un dret del CEDH en relació amb dret de la UE sense que hi hagués un pronunciament del TJUE. Dictamen TJUE 2/13, *Adhesió al Conveni Europeu de Drets Humans*, de 18 de desembre de 2014, paràgrafs 201-214.

77 Això s'esdevingué en l'anomenada «controvèrsia de la fàbrica MOX» (STJCE C-459/03, *Comissió contra Irlanda* [2006] ECR I-4635, paràgrafs 123 i següents). El cas es referia a un litigi que enfrontava Irlanda i el Regne Unit en relació amb les emissions radioactives de la planta de Sellafield. Aquesta controvèrsia afectava dos tractats internacionals que preveïen la possibilitat de constituir tribunals arbitrals *ad hoc*, la Convenció de Nacions Unides de Dret del Mar i la Convenció per a la Protecció del Medi Marí a l'Atlàntic del nord-est. La Comissió Europea, no obstant això, tot entenent que també hi era d'aplicació el dret de la UE en matèria de medi ambient, va interposar un recurs d'incompliment contra la República d'Irlanda per haver sotmès la disputa a un tribunal internacional d'arbitratge i no al TJCE, com es deriva dels Tractats Constitutius, al·legació que va ser estimada pel TJCE.

l'arbitratge internacional en disputes entre ells, tret que abans aquest conflicte hagi estat sotmès al control del TJUE.⁷⁸

Cal emfasitzar que és poc probable que el TJUE admeti amb caràcter estructural una limitació del seu àmbit jurisdiccional com la que es derivaria d'un pronunciament en un dictamen sobre un acord global d'inversions (com l'acord UE/Singapur que es troba pendent de resolució), encara que aquest no preveïés un sistema arbitral de resolució de disputes estat/estat sinó inversor/estat. Com hem dit, però, la incidència de les resolucions dels tribunals internacionals d'arbitratge sobre el dret de la UE sense possibilitat de control judicial (o molt limitada) és una circumstància que ja es produeix a causa de la vigència dels BIT dels estats membres amb un tercer estat. En definitiva, el mateix buit que es pot copsar en l'eficàcia del dret de la UE (i de fet, en un dels principis que garanteix la subjecció de l'estat al dret com és el control judicial) en un futur acord global d'inversions entre la UE i un tercer estat és el mateix dèficit que ja es pot desprendre de l'aplicació dels mecanismes de resolució de controvèrsies inclosos en els BIT, encara que rarament es trobin impugnats per la Comissió o que es promogui la seva modificació o terminació en els termes del Reglament 1219/2012 que hem exposat. La diferència, tal vegada, consistiria en el fet que dificultar la revisió judicial d'un arbitratge internacional d'inversions i la seva subjecció al dret de la Unió i a la interpretació final del TJUE podria tenir, pel volum de relacions comercials i d'inversió del conjunt de la UE amb un tercer estat, unes repercussions econòmiques i fins i tot polítiques molt superiors a les disputes derivades d'un BIT. Una part fonamental del sistema econòmic en el context de la globalització seria esquivada als mandats de l'estat de dret que van acompanyar de forma decisiva l'aparició del constitucionalisme. El canvi, sense encara saber com evolucionarà, almenys no hauria de passar desapercebut.

5 Conclusions

La transferència de competències a les autoritats de la Unió en matèria d'«inversió estrangera directa» operada amb el Tractat de Lisboa pot limitar de forma determinant els àmbits de decisió dels estats membres en matèria de política econòmica i d'acció exterior. Així mateix, l'assumpció per part de la Comissió de la capacitat de negociació d'acords globals d'inversió amb tercers estats i del Consell i del Parlament europeus de concloure aquests acords pot tenir àmplies repercussions en l'organització del poder públic i en l'ordenació del sistema de fonts. No obstant això, les autoritats de la Unió encara es troben molt lluny de desplegar una política d'inversions global malgrat que s'hagin conclòs alguns acords sobre aquest aspecte amb tercers estats i estiguin a punt de ratificació altres acords amb regulacions sobre inversions que afecten tots els àmbits d'aquest fenomen (inversió inicial, regulació amb posterioritat a l'establiment de la inversió, estàndards de tractament, garanties davant de l'expropiació i resolució de conflictes). La intenció en el nivell de govern de la Unió d'avançar en aquesta línia no devalua el fet que les incerteses en el sistema de distribució de competències i la tradicional implicació dels estats membres en la política d'inversions amb tercers estats a través d'instruments de dret internacional públic, els BIT, menin a una continuïtat dels estats membres com a actors principals en el desenvolupament del dret d'inversions. Almenys, les mateixes institucions de la Unió, com es pot deduir de l'estructura dels Reglaments 1219/2012 i 912/2014, semblen reconèixer una fase de convivència entre la política d'inversions canalitzada a través dels estats membres i les iniciatives en matèria d'inversions impulsades des de la Unió. Entre les principals incerteses sobre la compatibilitat de la pluralitat de règims d'inversió es troba el mecanisme de resolució de conflictes i la possibilitat que en la propera fase d'assentament d'acords globals d'inversió UE/tercer estat s'articuli un mecanisme arbitral de resolució de controvèrsies inversor/estat que moduli l'aplicació del dret de la UE i el principi d'autonomia de l'ordenament jurídic europeu. Això darrer no exclou el risc, ja present en els nombrosos BIT existents entre els estats membres amb tercers estats, que la mateixa noció d'estat de dret quedi afeblida si els laudes arbitrals no es troben subjectes a la possibilitat de control judicial. Sembla difícil, però, que la instauració d'un mecanisme d'arbitratge internacional d'inversions inversor/estat previst en un acord global UE/tercer estat sigui acceptat pel TJUE si tenim en compte la seva jurisprudència sobre la impossibilitat que un òrgan internacional diferent del TJUE tingui l'última paraula en la interpretació del dret de la UE i el sistema de distribució de competències UE/estat membre.

⁷⁸ Sobre aquest punt, vegeu LAVRANOS, Nikos. «Designing an International Investor-to-State Arbitration System After Opinion 1/09». A: BUNGENBERG, Marc i HERRMANN, Christoph (ed.). *Common Commercial Policy after Lisbon. European Yearbook of International Economic Law*, op. cit., p. 210-211.