

diation or conciliations procedure. The risk is that the arbitrators may have to resign or the award itself may be successfully challenged in court by one of the parties. It should be remembered that arbitrators have credibility only until they lose it, and they lose it only once. Caucusing with the parties, finally, seems to be a technique to be generally avoided.

### ***Controversias relativas a inversiones españolas en China: el arbitraje internacional derriba “la gran muralla”***

Enrique FERNÁNDEZ MASÍA

Profesor Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Castilla-La Mancha

*Sumario:* I. Introducción. II. El cambio de actitud de la política china respecto a la protección de las inversiones extranjeras. III. El tradicional rechazo al arbitraje internacional en los tratados de promoción y protección de inversiones de china. IV. La mayor manifestación del cambio: la inclusión del arbitraje internacional en los métodos de solución de controversias en los tratados de promoción y protección de inversiones. V. Valoración final.

#### **I. Introducción**

1. China en el año 2007 arrebató a Alemania el tercer puesto de la economía mundial, creciendo el 13% su Producto Interior Bruto (PIB) hasta llegar a una cifra de 3,38 billones de dólares. Únicamente se sitúa ya por detrás de EE UU y Japón, y según los analistas económicos, si siguiese a niveles de crecimiento similares, sólo necesitará dos décadas para sustituir a Estados Unidos como la mayor economía del planeta<sup>1</sup>. No es de extrañar que con estos datos económicos y, a pesar de que el gigante asiático también se vaya a ver afectado por la recesión que a nivel mundial se está produciendo desde el año 2008, se pueda hablar del mercado chino como un mercado con las mayores oportunidades a nivel mundial para los inversores extranjeros<sup>2</sup>. Esta afirmación viene corroborada por el dato de que en la actualidad China es el país mayor receptor de inversión directa extranjera en el mundo.

<sup>1</sup> De acuerdo con los datos publicados por el periódico *El Economista*, 14 de enero de 2009.

<sup>2</sup> Sin embargo, no todo son atractivos para la inversión en China. Tal y como recoge A. Pastor Palomar, “Inversiones España-China bajo el nuevo APPRI 2005”, *REEI*, nº 12, 2006, p. 3, varios problemas han sido apuntados en relación con el clima inversor en el gigante asiático: la alta intervención del gobierno mediante la propiedad de empresas en sectores estratégicos, la falta de transparencia, la corrupción, la arbitrariedad en la toma de decisiones por parte de las autoridades competentes, la falta de respeto de los contratos o el incumplimiento de las resoluciones judiciales, son cuestiones de indudable importancia que resaltan la necesidad de lograr una mayor seguridad jurídica para las inversiones extranjeras.

2. Dentro de la lista de inversores extranjeros en China, se encuentran naturalmente también, varias empresas españolas. En concreto, son hoy 600 empresas españolas las que operan en China. El interés en el país asiático se refleja en una creciente inversión calculándose en aproximadamente 610 millones de euros en el año 2007<sup>3</sup>. Sin embargo, ha de señalarse que, hasta hace pocos años, las empresas españolas no han jugado más que un papel meramente secundario como inversores en el gigante asiático. Esta situación trató de ser paliada mediante la aprobación del famoso Plan China en mayo del año 2005 en el que, entre otras cuestiones, se preveía la renovación y actualización del Tratado de promoción y protección de inversiones en adelante TPPI hasta entonces vigente<sup>4</sup>. Como consecuencia, el Acuerdo para la promoción y fomento recíproco de inversiones entre el Reino de España y la República Popular de China, hecho en Madrid el 6 de febrero de 1992<sup>5</sup>, ha sido sustituido por el Acuerdo entre el Reino de España y la República Popular de China para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005<sup>6</sup>.

Este último TPPI ha entrado en vigor el día 1 de julio de 2008, de acuerdo con lo establecido en su art. 14. Por lo tanto, a partir de ese momento este nuevo texto convencional se configura como el marco jurídico principal para las inversiones españolas en China e igualmente para las inversiones chinas en nuestro país. Un marco jurídico que introduce importantes novedades tanto en relación con la protección sustancial como en lo relativo a los medios de solución de controversias inversor-Estado (que es por otra parte lo que aquí nos interesa), y que no puede ser entendido sin examinar el cambio profundo que ha experimentado la política del país asiático respecto a la protección de las inversiones extranjeras, tal y como ahora veremos.

## II. El cambio de actitud de la política china respecto a la protección de las inversiones extranjeras.

3. China, tal y como ya hemos señalado, es el Estado que recibe más inversión directa en el mundo, pero al mismo tiempo y como consecuencia de los profundos cambios experimentados a partir de su apertura económica al exterior<sup>7</sup>, en estos últimos años, se ha convertido en uno de los países cuyas empresas más invierten en otros Estados<sup>8</sup>. Paradojas de la vida: China se nos

<sup>3</sup> Datos publicados en el periódico *El Economista*, de 30 de enero de 2009, p. 24.

<sup>4</sup> De acuerdo con E. Fanjul y P. Rovetta; "Una valoración del Plan China", *ARI*, nº 81, 29 de junio de 2005, p. 1. "lo que pretende esa iniciativa gubernamental es renovar y reforzar el mensaje de que China es un mercado que la Administración considera prioritario y que existe la voluntad de emplear con determinación los instrumentos de que ésta dispone en apoyo de la actuación de las empresas españolas", disponible en la dirección electrónica <http://www.realinstitutoelcano.org>.

<sup>5</sup> *BOE*, 4-X-93.

<sup>6</sup> *BOE*, 8-VII-08.

<sup>7</sup> Vid. W.I. Friedmann, "One Country, Two Systems: The Inherent Conflict Between China's Communist Politics and Capitalist Securities Market", *Brooklyn J. Int'l L.*, vol. 27, 2002, pp. 477 ss.

<sup>8</sup> C. Congyan, "Outward Foreign Direct Investment Protection and the Effectiveness of Chinese BIT Practice", *J. World Investment & Trade*, vol.7, 2006, pp. 621 ss.

revela hoy como un importante inversor en el extranjero habiendo pasado de una cifra de 27.768 millones de dólares en el año 2000 a una inversión de 73.330 millones de dólares en el año 2006<sup>9</sup>.

4. Este cambio de papel en la escena de las inversiones internacionales ha influido de manera notable en la actitud de las autoridades chinas respecto al nivel de protección del que deben gozar las inversiones extranjeras en el Estado receptor de las mismas<sup>10</sup>. Recordemos que a falta de un gran instrumento multilateral, el régimen jurídico a nivel internacional se fundamenta básicamente en la existencia en la actualidad de más de 2500 TPPI<sup>11</sup>, en su gran mayoría bilaterales, aunque algunos de ellos cuenten con una mayor proyección geográfica<sup>12</sup>. En estos Acuerdos los Estados parte asumen recíprocamente una serie de compromisos de protección de las inversiones realizadas por los inversores del otro Estado<sup>13</sup>.

5. China no ha sido una excepción al fenómeno descrito. En la actualidad, el Estado chino forma parte de 131 TPPI, siendo el segundo país por detrás de Alemania que cuenta con una mayor red de TPPI a nivel mundial<sup>14</sup>. Sin embargo, si se observa detenidamente el contenido de estos Acuerdos, hemos de señalar que el salto cualitativo de la aceptación por China de otorgar una mayor protección mediante el derecho internacional a las inversiones extranjeras se produce a finales de los años 90 del siglo pasado, coincidiendo casi exactamente con su “nuevo” papel de inversor en el extranjero<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Según datos ofrecidos por la Unctad, *World Investment Report*, 2007, pp. 255 ss.

<sup>10</sup> A ello también ha de añadirse la entrada de China como miembro de la Organización Mundial del Comercio. Sobre esta cuestión, *Vid.* K. Halverson, “China’s WTO Accession: Economic, Legal and Political Implications”, *Boston College Int’l & Comp. L. Rev.*, vol.27, n° 2, 2004, pp. 319–370.

<sup>11</sup> UNCTAD, “Recent Developments in International Investment Agreements (2006–june 2007)”, 2007, p. 2.

<sup>12</sup> El fenómeno de la integración regional ha conducido tanto a la celebración de algunos TPPI como a la inclusión de disposiciones sobre inversiones en algunos Tratados de Libre comercio multilaterales. Básicamente nos estamos refiriendo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte – TLCAN–, del que forman parte los EE UU, Canadá y México, el Tratado de la Carta de la Energía, el Acuerdo sobre Libre Comercio de Cartagena de 1994 entre México, Colombia y Venezuela, los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires sobre inversión del Mercosur de 1994, el Acuerdo sobre promoción y protección de inversiones de 1987 de la ASEAN y, por último, el Tratado de Libre Comercio entre EE UU, Centroamérica y República Dominicana de 2004.

<sup>13</sup> Sobre los TPPI, en general, pueden consultarse, R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, Kluwer, 1995; J.–P. Lavie, *Protection et promotion des investissements*, Paris, PUF, 1985; L. Migliorino, *Gli Accordi internazionali sugli investimenti*, Milán, Giuffrè, 1989; M.R. Mauro, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Turin, Giappichelli, 2003. Sobre los TPPI celebrados por España, *vid.* I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: los APPRI”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2002, pp. 151–184; I. García Rodríguez, *La protección de las inversiones extranjeras. Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

<sup>14</sup> De acuerdo con la base de datos de la UNCTAD sobre TPPI, a fecha de 1 de junio de 2008, disponible en la dirección electrónica [http://www.unctadxi.org/templates/Startpage\\_718.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/Startpage_718.aspx).

<sup>15</sup> S.W. Schill, “Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the People’s Republic of China”, *Cardozo. J. of Int’l & Comp. L.*, vol.15, 2007, pp. 77–82.

En efecto, se pueden distinguir dos generaciones distintas de TPPI celebrados por China<sup>16</sup>.

6. Una primera generación de Tratados, a pesar de incluir los estándares típicos de protección en la mayoría de los mismos, contenían algunas deficiencias en relación a las garantías otorgadas a los inversores del otro Estado<sup>17</sup>. En especial, en relación con la protección sustantiva, y con el objetivo de proteger su industria y especialmente evitar la competencia a las empresas estatales en determinados sectores por parte de inversores extranjeros, China, por regla general, intentaba excluir la regla del tratamiento nacional<sup>18</sup>. Por otra parte, tal y como más tarde veremos, en relación con la protección procesal, algunos de estos Tratados no incluían siquiera disposiciones sobre solución de controversias inversor–Estado y si así lo hacían el acceso al arbitraje internacional era de alcance muy limitado.

7. A partir de 1998, en una segunda generación de Tratados se observa un cierto fortalecimiento de la protección sustantiva concedida<sup>19</sup>. En concreto, tras la inclusión con más o menos cambios de los estándares ya clásicos recogidos en la primera generación de Tratados<sup>20</sup>, se acepta la regla sin condicionamientos del tratamiento nacional<sup>21</sup>. Así, se establece claramente, por ejemplo, en el art. 3.2º TPPI entre España y China del año 2005, aunque visto lo establecido en el Protocolo adicional al TPPI<sup>22</sup>, únicamente el nivel

<sup>16</sup> A. Berger, *China and The Global Governance of Foreign Direct Investment*, Bonn, DIE, 2008, pp. 18–26.

<sup>17</sup> Vid. L. Shishi, “Bilateral Investment Promotion and Protection Agreements: Practice of the People’s Republic of China”, *Int’l L. & Development*, P. Waart, P. Peters y E. Denters (eds.), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, pp. 163 ss.

<sup>18</sup> Q. Kong, “Bilateral Investment Treaties: The Chinese Approach and Practice”, *Asian Yearbook Int’l L.*, vol.8, 2003, p. 124.

<sup>19</sup> En este sentido S.W. Schill, “Tearing Down...”, *loc. cit.*, p. 76, señala que: “*Having been traditionally critical towards the protection of foreign investment by international law, a new development took place starting in the late 1990s when the PRC entered into a number of new generation BITs that broke with her long-standing reservations vis-a-vis national treatment for foreign investors and comprehensive investor–State dispute settlement. This change is prominently marked by the conclusion of BITs with the Netherlands in 2001 and Germany in 2003 that conform, despite some remaining limitations, in all major aspects to what can be considered standard treaty practice in approximately 2,500 BITs worldwide. China’s change in BIT practice can, however, not only be observed in relation to traditional capital–exporting countries, but also emerges in recent BITs with developing countries across the globe. China’s new generation BITs now offer more effective protection against political risks stemming from undue government interference with the business activity of foreign investors. These changes, it is submitted, constitute a fundamental change in the country’s foreign economic policy.*”

<sup>20</sup> Sobre los estándares de protección previstos en los TPPI de España con China y las mejoras introducidas en el Acuerdo del año 2005, *vid.* A. Pastor Palomar; “Inversiones España–China...”, *loc. cit.*, pp. 8–10.

<sup>21</sup> S.W. Schill, “Tearing Down...”, *loc. cit.*, pp. 97–100.

<sup>22</sup> “Ad artículos 2 y 3.

1. Por lo que se refiere a la República Popular China, el apartado 3 del art. 2 y el apartado 2 del art. 3 no serán de aplicación a:

- a) cualesquiera medidas no conformes existentes en su territorio;
- b) la continuación de las medidas no conformes mencionadas en la letra a);

de protección sustantivo completo establecido en el nuevo texto se concede a las nuevas inversiones realizadas una vez que ha entrado en vigor este Acuerdo<sup>23</sup>. Pero junto con esta elevación de los niveles sustantivos de protección, la verdadera innovación de esta segunda generación de TPPI la constituye el mecanismo adoptado de solución de controversias Estado–inversor<sup>24</sup>. Es al análisis de este último a lo que dedicamos el resto de nuestro trabajo.

### III. El tradicional rechazo al arbitraje internacional en los tratados de promoción y protección de inversiones de China

8. Dentro de los aspectos procesales contemplados en los TPPI de manera casi uniforme se suelen incluir las disposiciones relativas a los métodos de resolución de controversias entre las partes contratantes y las disposiciones relativas a los métodos de resolución de controversias inversor–Estado. Dentro de estas últimas, la presencia del arbitraje internacional como método de solución preferido y el consentimiento otorgado por los Estados parte a someterse al mismo es casi una constante<sup>25</sup>.

Sin embargo, el Gobierno chino se ha mostrado tradicionalmente muy reticente a someterse a instancias internacionales para resolver sus disputas en

---

c) cualquier modificación de alguna de las medidas no conformes mencionadas en la letra a), siempre que la modificación no incremente la falta de conformidad de la medida.

La República Popular China dará todos los pasos necesarios para eliminar de forma progresiva las medidas no conformes”.

<sup>23</sup> Tal y como declara A. Pastor Palomar, “Inversiones España–China...”, *loc. cit.*, p. 11, una vez que ha entrado en vigor el nuevo Tratado se prevén dos regímenes distintos: uno, para las nuevas inversiones que está basado en un trato nacional con eficacia ante instancias internacionales de control, y un segundo aplicable a las inversiones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del TPPI, en donde se excluye el trato nacional aunque se asume por parte del Estado chino el compromiso de la eliminación progresiva de las discriminaciones. Sobre las razones de la inclusión de esta diferenciación en los más recientes TPPI de China, *vid.* A. Chen, “Distinguishing Two Types of Countries and Properly Granting Differential Reciprocity Treatment. Re–comments on the Four Safeguards in Sino–Foreign BITs not to be Hastily and Completely Dismantled”, *Journal World Trade & Investment*, vol. 8, n° 6, 2007, pp. 771–795.

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse, M.C.E. Heymann, “International Law and the Settlement of Investment Disputes Relating to China”, *Journal of International Economic Law*, vol. 11, n° 3, 2008, pp. 507–526; K.M. Rooney, “ICSID and BIT Arbitrations and China”, *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 6, 2007, pp. 689–712.

<sup>25</sup> En general sobre esta cuestión, *vid.* W. Ben Hamida, “L’arbitrage Etat–investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents”, *Journ. dr. int.*, 2004, pp. 419–441; K.H. Böckstiegel, “General Introduction to Investment Treaty Arbitration”, *Investment Treaties and Arbitration* (G. Kaufmann–Kohler y B. Stucki, eds.), Basilea, ASA, 2002, pp. 1–7; Y. Derains, “L’impact des accords de protection des investissements sur l’arbitrage”, *Gaz. Pal.*, vol. 121, n° 3, 2001, pp. 631–635; E. Gaillard, “L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements”, *Rev. arb.*, 2003, 3, pp. 853–875; E. Obadia, “ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues”, *News from ICSID*, vol.18, n° 2, 2001, pp. 4 ss; G.M. Von Mehren, C.T. Salomon y A.A. Paroutsas, “Navigating through Investor–State Arbitrations – An Overview of Bilateral Investment Treaty Claims”, *Disp. Res. J.*, vol.59, n° 1, 2004, pp. 69–77; S. Rodríguez Jiménez, “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, *DeCITA*, n° 3, 2005, pp. 119–149.

materia de inversiones extranjeras<sup>26</sup>. Dicha actitud ha tenido su reflejo exacto en el contenido de los TPPI que se pueden encuadrar dentro de lo que hemos denominado primera generación de Tratados, incluyéndose entre éstos igualmente el TPPI de 1992 entre España y China.

9. Aunque bien es verdad que el contenido exacto de este tipo de cláusulas de solución de controversias inversor–Estado siempre depende del poder negociador de los Estados, si que podemos señalar que la cláusula modelo en esta primera generación de TPPI de China es de alcance muy limitado<sup>27</sup>. En efecto, la cláusula típica contempla, que después de haber agotado previamente un periodo de consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo amistoso, es posible someter la controversia a arbitraje internacional. Una controversia que sólo puede versar sobre el importe de las indemnizaciones posibles derivadas de actos que supongan una nacionalización o expropiación<sup>28</sup>. Cualquier otro tipo de diferencia, relativa al posible incumplimiento de cualquiera de los estándares de protección sustantivos previstos en el Tratado, queda excluida de esta vía procesal y, en consecuencia, únicamente podrá ser dirimida ante los tribunales estatales de cada uno de los Estados parte.

Ejemplo de este tipo de cláusula lo encontramos precisamente en el art. 9 del TPPI entre China y España de 1992 que señala que:

“1. Todo conflicto entre una Parte contratante y un inversor de la otra Parte contratante relativo al importe de las indemnizaciones a que se refiere el art. 4<sup>29</sup> que no haya sido resuelto de manera amistosa en un plazo de seis meses a partir de la notificación por escrito de dicho conflicto será sometido a arbitraje internacional.

2. En el caso de que el conflicto sea sometido a arbitraje internacional, el inversor y la otra Parte contratante afectada por el conflicto podrán convenir en remitir el conflicto a:

- a) Un árbitro internacional nombrado por las Partes en el conflicto;

<sup>26</sup> Contrasta esta actitud con el desarrollo y utilización creciente del arbitraje como método de solución de controversias en las disputas comerciales con empresas extranjeras, *vid.* en este sentido, M.A. Cymrot, “Investment Disputes with China”, *Dispute Resolution J.*, agosto–octubre, 2006, pp. 80 ss; Z. Yuqing, “Arbitration of Foreign Investment Disputes in China”, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, La Haya, Kluwer, 2005, pp. 166–180.

<sup>27</sup> Incluso el primer TPPI de China con Suecia no incluía ningún tipo de cláusula de solución de controversias inversor–Estado, y únicamente a través de un canje de notas se preveía la posibilidad de complementar el Acuerdo una vez que China hubiese accedido como parte al Convenio de Washington por el que crea el CIADI, S.W. Schill, “Tearing Down...”, *loc. cit.*, p. 89.

<sup>28</sup> W. Shan, *The Legal Framework of EU–China Investment Relations*, Hart Publishing, 2005, p. 210.

<sup>29</sup> Art. 4 del TPPI entre China y España de 1992: “1. Ninguna de las partes expropiará, nacionalizará ni tomará medidas similares, en adelante englobadas en el término expropiación, contra las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante en su territorio, a menos que concurran las siguientes condiciones:

- a) Que se hagan por razones de utilidad pública;
- b) Que no se realicen de acuerdo con los procedimientos legales internos;
- c) Que no sean discriminatorias;
- d) Que medie indemnización.

2. La indemnización que se menciona en la letra d) del apartado 1 del presente artículo será equivalente al valor de las inversiones expropiadas en el momento en el que se decreta la expropiación, se hará en moneda convertible y será libremente transferible. La indemnización se pagará sin demora injustificada”.

b) Un tribunal arbitral *ad hoc* que sea nombrado según un acuerdo especial entre las Partes en el conflicto; o

c) Un tribunal arbitral *ad hoc* constituido según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional; o

d) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, en caso de que ambas Partes Contratantes adquieran la condición de Estados miembros en este Convenio.

3. Si transcurrido un plazo de tres meses después de que se haya remitido el conflicto a arbitraje según el anterior apartado 2 no se hubiera alcanzado dicho acuerdo, las Partes en el conflicto estarán obligadas a someterlo a arbitraje según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional que en ese momento se encuentre en vigor. Las partes en el conflicto podrán convenir por escrito en modificar dicho Reglamento”.

10. Como puede deducirse de la lectura de cláusulas de solución de controversias inversor–Estado tan limitadas como la anterior, el arbitraje internacional como método de solución de diferencias en este ámbito queda ciertamente excluido, negándose una de las mayores garantías con las que cuenta el inversor extranjero, más aun en este caso, donde las violaciones de las disposiciones sustantivas de los TPPI por parte de las autoridades chinas habrían de ser conocidas por los tribunales de este país, tachados tradicionalmente de prácticas de corrupción y falta de independencia<sup>30</sup>.

#### **IV. La mayor manifestación del cambio: la inclusión del arbitraje internacional en los métodos de solución de controversias en los tratados de promoción y protección de inversiones.**

11. Tal y como ya hemos señalado la modificación de la cláusula de solución de controversias inversor–Estado es, quizás junto con la incorporación del estándar del tratamiento nacional, la mayor innovación que se ha producido en la redacción de la segunda generación de los TPPI de China<sup>31</sup>. Una innovación que viene apoyada en el cambio de papeles de China en el ámbito de las inversiones internacionales<sup>32</sup> y que se refleja en el dato de que preci-

---

<sup>30</sup> S.W. Schill, “Tearing Down...”, *loc. cit.*, p. 91. En un sentido similar al texto se manifiesta A. Delgado Camprubi, “Un nuevo marco jurídico para las inversiones españolas en China”, disponible en <http://www.cremades.com/archivos/pdf/espanol/Newsletter%20Diciembre%202005.pdf>, p. 2, para quien “La posibilidad de recurrir al arbitraje internacional para hacer cumplir al Estado contratante las promesas de trato rubricadas en el Acuerdo se limita pues a la cuantía de la indemnización. Esto significa que para cualquier controversia que afecte a las inversiones efectuadas por el inversor español en China, éste no va a poder contar con un foro de resolución de disputas que ofrezca las mismas garantías de neutralidad que ofrece el arbitraje internacional. Sin mencionar otras ventajas como son su menor coste, mayor rapidez y mayor especialización en temas de inversión directa extranjera producto de la cual es la enorme jurisprudencia desarrollada en las últimas décadas. La consecuencia es que para poder reclamar el nivel de protección que promete el Acuerdo, los inversores españoles han de recurrir ante la jurisdicción china frente a unos tribunales que difícilmente condenarán al Estado chino. Todo ello sin contar con las dificultades derivadas de tener que desplazarse a china y tener que contar con la asistencia de abogados chinos”.

<sup>31</sup> En este sentido, S.W. Schill; “Tearing Down...”, *loc. cit.*, pp. 86–87.

<sup>32</sup> Así lo viene a explicar también M.C.E. Heymann; “International Law...”, *loc. cit.*, p. 516, al declarar que “One possible explanation for China’s reluctant acceptance of the ICSID Convention is that until the beginning of the 21st century China was primarily a destination for foreign invest-

samente es en los TPPI negociados y celebrados por China con los países donde mayores inversiones chinas se están produciendo donde primeramente se plasma esta nueva tendencia<sup>33</sup>. Por lo tanto, el modelo de solución de controversias inversor-Estado de un TPPI de China pasa a ser el de un Estado exportador de capital, un modelo que viene a ser el utilizado con posterioridad en sus relaciones con otros Estados más desarrollados comenzando por el TPPI con Holanda de 2001 y por el TPPI con Alemania de 2003, y donde también se puede encuadrar el TPPI con España de 2005<sup>34</sup>. Veamos con más detalle en que consiste esta nueva cláusula de solución de controversias y las modificaciones aportadas a la misma.

12. Así, en primer lugar, se elimina la limitación existente en relación al ámbito de aplicación material de la cláusula de solución de controversias inversor-Estado hasta ahora prevista en la primera generación de TPPI de China en relación con la posibilidad únicamente de poder acudir al arbitraje internacional en supuestos de desacuerdo sobre la indemnización derivada de una expropiación. De esta manera, y a partir de los TPPI negociados a finales de los años 90 del siglo pasado, el consentimiento otorgado por parte de China en la cláusula de solución de controversias inversor-Estado tiene un ámbito de aplicación material amplio en el sentido de incluir las controversias que se deriven de la violación de cualquiera de las obligaciones asumidas en el propio Tratado por parte de los Estados contratantes<sup>35</sup>.

Este ha sido el caso del TPPI entre España y China del año 2005 en cuyo art. 9 se prevé la posibilidad de acudir a los distintos métodos de solución de controversias contemplados en el mismo para que resuelvan “las controversias que puedan surgir entre un inversor de una Parte contratante y la otra Parte contratante relativas a una inversión en el territorio de la otra Parte contratante...”. La redacción de este precepto en términos tan amplios per-

---

*ment, and thus wanted to keep control over possible disputes with foreign investors. This explanation is confirmed by the fact that China started to accept ICSID jurisdiction in BITs with the beginning of the 21st century when Chinese outward investment started to rise”.*

<sup>33</sup> En este sentido, A. Chen, “Should the Four Great Safeguards in Sino-Foreign BITs Be Hastily Dismantled?”, *J. World Investment & Trade*, vol.7, 2006, pp. 899 ss, poniendo de manifiesto que la idea que subyace es que China en tales casos lo que pretende es proteger a sus propios nacionales frente a las actuaciones de los otros Estados más que considerar que los inversores de estos Estados puedan demandar al Estado chino.

<sup>34</sup> Téngase en cuenta que de acuerdo con el art. 12 de este Tratado, éste “se aplica a todas las inversiones realizadas antes como después de su entrada en vigor, por inversores de cualquiera de las Partes contratantes en el territorio de la otra Parte contratante, pero no se aplicará a ninguna controversia o reclamación relativa a una inversión que fuera objeto de un procedimiento judicial o arbitral antes de su entrada en vigor. Dichas controversias y reclamaciones seguirán resolviéndose con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo de 1992 mencionado en el apartado 1 del presente artículo”.

<sup>35</sup> S.W. Schill, “Tearing Down...”, *loc. cit.*, p. 92. En este mismo sentido, y tomando como ejemplo las cláusulas de solución de controversias previstas en los TPPI de China con Holanda y Alemania, C.E. Heymann, “International Law...”, *loc. cit.*, p. 518, señala que “*the consent given...is not limited to disputes over compensation from nationalization or expropriation. Instead, the consent encompass all obligations in the respective BIT. A German or Dutch investor can sue the Chinese government for arbitrary and discriminatory measure or a violation of the obligation of “fair and equitable” treatment before an ICSID arbitral tribunal*”.



mite pensar en la posibilidad incluso de que no sólo pudieran verse sometidas las reclamaciones derivadas de una violación de las obligaciones convencionales *treaty claims* sino también las derivadas de meros incumplimientos contractuales *contract claims*<sup>36</sup>. Sin embargo, en relación con esta cuestión, hay un dato muy importante que nos lleva a decantarnos por dar una respuesta negativa al interrogante planteado: la eliminación de la cláusula “paraguas” en el TPPI del año 2005, cláusula que si se contenía en el art. 3.1º del TPPI de 1992 y que señalaba que “cada parte contratante observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte contratante”. Su mantenimiento, junto con la interpretación que a la misma han dado algunos tribunales arbitrales, podría habernos indicado un deseo de los Estados parte de elevar los compromisos contractuales a obligaciones internacionales<sup>37</sup>. Una misma respuesta negativa hemos de dar, en términos generales, al interrogante planteado<sup>38</sup> sobre la posibilidad de utilizar, a través del juego de la cláusula de la nación más favorecida en este ámbito, esta cláusula de solución de controversias amplia para que inversores de otros Estados con TPPI con China con cláusulas de solución de controversias inversor-Estado de alcance limitado del tipo del TPPI de España con China del año 1992, pudieran acudir al arbitraje internacional para solicitar una compensación por violación de cualquiera de las obligaciones internacionales previstas en ese Acuerdo<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> En relación con la diferenciación entre estos dos tipos de acciones, *vid.* B.M. Cremades y D.A.A. Cairns, “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, en *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, eds. N. Horn and S. Kröll, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 325–351; S.A. Alexandrov, “Breaches of Contract and Breaches of Treaty: the Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to decide Breach of Contract Claims in *Sgs v. Pakistan* and *Sgs v. Philippines*”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, n° 4, 2004, pp. 555–577; J. Gill y M. Gearing, “Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: a Comparative Review of the SGS Cases”, *J. Int'l Arb.*, vol. 21, n° 5, 2004, pp. 397–412; J.-M. Loncle, “L’option de l’arbitrage des traités de protection des investissements: Treaty Claims vs. Contracts Claims”, *RDAI*, n° 1, 2005, pp. 3–12; S. Rodríguez Jiménez, “¿Violaciones contractuales o convencionales? La tendencia en los tribunales arbitrales CIADI”, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 573–596.

<sup>37</sup> Sobre esta cuestión, E. Fernández Masia, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 62–76.

<sup>38</sup> *Vid.* M.C.E. Heymann, “International Law...”, *loc. cit.*, pp. 519–521; K.M. Rooney, “ICSID and BIT...”, *loc. cit.*, pp. 707–708.

<sup>39</sup> *Vid.* sobre esta cuestión, E. Fernández Masia, “Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, n° 13, 2007, disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org); P. Acconci, “The Most-Favoured-Nation Treatment and International Law on Foreign Investment”, *TDM*, vol.2, n° 5, 2005, pp. 19–31; S. Fietta, “Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?”, *Int'l Arb. L. Rev.*, n° 4, 2005, pp. 131–138; D.H. Freyer y Herlihy, “Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How “Favored” is “Most-Favored”?”, *ICSID Review-FILJ*, vol. 20, 2005, pp. 63–81; R. Teitelbaum, “Who’s Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses”, *J. Int'l Arb.*, vol. 22, n° 3, pp. 225–238; L. Liberti, “Arbitrato ICSID, clausola della nazione più favorita e problemi di attribuzione”, *Riv. arb.*, 2004, n° 3, pp. 561–589; B. Appleton, “MFN and International Investment Treaty Arbitration: Have We Lost Sight of the Forest through the Trees?”, *Appleton’s International Investment Law & Arbitration News*, Vol.1, n° 2, 2005, pp. 10–24; L. Hsu, “MFN and Dispute Settlement: When the Twain Meet”, *Journal of*

13. En segundo lugar, se pone de manifiesto en la nueva generación de TPPI de China, la cuestión del consentimiento unilateral y avanzado otorgado por parte de los Estados parte en los TPPI a acudir al arbitraje internacional en el caso del TPPI con España del 2005 ya sea al CIADI ya sea a un arbitraje *ad hoc* para resolver las posibles controversias<sup>40</sup>. Hemos de recordar que para que pueda desarrollarse un procedimiento arbitral se requiere la existencia de una cláusula arbitral en donde las partes hayan manifestado su consentimiento a someterse a este cauce procesal. Pues bien, mediante la cláusula de solución de controversias inversor-Estado prevista, el Estado concede su consentimiento al arbitraje, quedando posteriormente perfeccionado el acuerdo arbitral mediante la mera presentación de la solicitud de arbitraje por parte del inversor<sup>41</sup>.

Así, por ejemplo, se establece en el art. 9.2º TPPI entre España y China de 2005 al declarar que “*si la controversia no pudiera resolverse mediante negociaciones en un plazo de seis meses a partir de la notificación escrita, podrá someterse, a elección del inversor:...*”, dando por sentado, por tanto, que el consentimiento estatal ha sido ya prestado mediante la inclusión de esta cláusula en el TPPI<sup>42</sup>. Esta previsión supone una modificación de gran

---

*World Trade & Investment*, vol. 7, nº 1, 2006, pp. 25–37; W. Ben Hamida, “Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de solution des différends: que dit l’histoire?”, *Journ. dr. int.*, nº 4, 2007, pp. 1127–1162.

<sup>40</sup> La peculiaridad con que cuenta la iniciación de un arbitraje internacional basado en un TPPI consiste en la manera de otorgar el consentimiento por la parte estatal. Se puede decir que en las cláusulas contenidas en dichos TPPI lo que existe es una “oferta” de consentimiento o, dicho en otras palabras, un consentimiento avanzado por parte del Estado receptor de la inversión. *Vid.* sobre esta cuestión, B.M. Cremades, “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties”, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum K-H. Böckstiegel*, Colonia, Carl Heymanns, 2001, pp. 149–164; J. Paulsson, “Arbitration without Privity”, *ICSID Review-FILJ*, vol. 10, nº 2, pp. 232 ss; A. Prujiner, “L’arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel?”, *Rev. arb.*, nº 1, 2005, pp. 63–99; W. Ben Hamida, *L’arbitrage transnational unilateral. Réflexions sur une procédure réservée à l’initiative d’une personne privée contre une personne publique*, Tesis doctoral, Paris II, 2003, pp. 24–161.

<sup>41</sup> Tal y como nos recuerda J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, p. 180: “De manera gráfica puede afirmarse que estos tratados conducen a un arbitraje sin convenio arbitral quedando el Estado sujeto a un sistema arbitral sin firmar cláusula arbitral con el inversionista que lo solicita, simplemente porque un tratado le permite esa posibilidad”.

<sup>42</sup> *Vid.* remarcando esta idea de que el consentimiento otorgado en los TPPI es únicamente el del Estado parte en el mismo, por lo que siempre es preciso para iniciar un procedimiento arbitral que el inversor privado manifieste también su voluntad de someterse al arbitraje, F. Horchani, “Le droit international des investissements à l’heure de la mondialisation”, *Journ. dr. int.*, 2004, pp. 405–408; A. Giardina, “International Investment Arbitration: Recent Developments as to Applicable Law and Unilateral Recourse”, *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 5, 2006, p. 36; A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *Teoría y práctica del Arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., Aranzadi, 2006, pp. 140–141: “El típico acuerdo de arbitraje es el que se celebra entre las partes en un momento dado, ya sea mediante una cláusula compromisoria o una cláusula posterior, o un compromiso posterior. Sin embargo, los TBI adoptan una postura distinta. El Estado parte hace, por así decirlo, una oferta abierta de someter a arbitraje cualquier controversia que pudiera surgir en el futuro; sin embargo, no es hasta el momento en que de hecho se suscita la controversia y el inversor particular acepta esta oferta de arbitrar, que se constituye un “acuerdo de arbitraje”...una situación que dista mucho del concepto habitual de arbitraje. Ciertamente, el concepto de la “oferta abierta” de someter las controversias a arbitraje difiere del modelo convencional. A pesar de ello, una

importancia en relación con la cláusula de solución de controversias inversor–Estado prevista en el TPPI entre España y China de 1992 donde se precisaba que era necesario el acuerdo de ambas partes para que pudiese ser sometida la diferencia relativa únicamente, no olvidemos, al montante de la indemnización por expropiación al arbitraje internacional CIADI<sup>43</sup>.

14. En tercer lugar, la cláusula de solución de controversias tipo de los TPPI de la segunda generación de China prevé la opción de que el inversor pueda elegir entre distintos medios de solución de controversias, una vez agotada la negociación amistosa prevista por un periodo de seis meses. Así, el inversor puede elegir normalmente entre los tribunales estatales del Estado parte en la controversia, o bien acudir a un arbitraje internacional, especialmente al CIADI<sup>44</sup>.

Este es el caso de la cláusula de solución de controversias inversor–Estado prevista en el TPPI de 2005 entre España y China donde se establece que la controversia podrá someterse “a elección del inversor: a) al tribunal competente de la Parte contratante que sea parte en la controversia; o b) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido en virtud del “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965; o c) a un tribunal *ad hoc* establecido según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)”.

La relación entre estos métodos de solución de controversias previstos en el art. 9.2º del TPPI entre España y China del año 2005 se contempla de la siguiente manera: “Una vez que el inversor haya sometido la controversia al tribunal competente de la parte contratante interesada, al CIADI o a un tribunal *ad hoc* establecido según el Reglamento de Arbitraje de Uncitral, la elección de uno de los tres procedimientos será definitiva”.

Este tipo de cláusula suele denominarse cláusula “*fork in the road*” o cláusula de opción de vías, teniendo por misión evitar la posibilidad de una duplicidad de procedimientos, de tal manera que si el inversor ha recurrido a los tribunales internos del Estado receptor de la inversión para resolver su diferencia, habrá perdido el derecho de poder someter su controversia con posterioridad al arbitraje internacional. Sin embargo, tal y como ha sido interpretada dicha cláusula por parte de los tribunales arbitrales en el sentido de que la misma únicamente despliega sus efectos cuando se trate de dos acciones sobre los mismos hechos, entre las mismas partes y que tengan su fundamento en violaciones de las disposiciones materiales del TPPI, limita severamente el objetivo práctico buscado con la misma<sup>45</sup>.

---

vez aceptada la oferta se perfecciona un verdadero acuerdo de arbitraje del cual es parte tanto el Estado (o la entidad estatal) como el inversor privado”.

<sup>43</sup> W. Shan, *The Legal Framework...*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>44</sup> Vid. el art. 9 del TPPI modelo de China del año 2003 recogido por R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 357.

<sup>45</sup> Vid. sobre esta cuestión, E. Fernández Masía, *Tribunales arbitrales...*, *op. cit.*, pp. 84–88.

Por ello, y mucho más conveniente para lograr la posibilidad de que no pueda existir una duplicidad de procedimientos es recomendable la inclusión de una cláusula de renuncia a la jurisdicción estatal, tal y como por ejemplo en relación con España, se ha incorporado en el art. 10.5º.b) del TPPI entre España y México del año 2006<sup>46</sup>. Por otra parte, cláusula que ya ha sido incluida por parte de China en su práctica convencional, incluso con anterioridad al Acuerdo con España, tal y como se refleja en el Protocolo del TPPI entre China y Alemania de 2003, en donde se señala como una condición previa a la posibilidad de acudir al arbitraje internacional previsto, que en el caso de que la controversia hubiese sido ya planteada ante los tribunales internos chinos, el inversor habría de retirar su demanda<sup>47</sup>.

15. En cuarto lugar, de una primera lectura de los TPPI de China de esta segunda generación parece extraerse la innecesariedad de que una vez agotada la vía de la negociación amistosa prevista, sea preciso tener que agotar la vía de los recursos internos con anterioridad a presentar la solicitud de arbitraje internacional. Sin embargo, algunos de estos Tratados vienen acompañados de un Protocolo, como es el caso del TPPI entre España y China del 2005 y en el mismo se incluye una previa remisión de la controversia a un procedimiento administrativo en China<sup>48</sup>.

En concreto, se señala como añadido al art. 9 del TPPI en este Protocolo que “El Reino de España toma nota de la declaración de que la República Popular China exige que el inversor agote el procedimiento de revisión administrativa previa establecido en las leyes y reglamentos de la República Popular China antes de someter la controversia a los procedimientos de arbitraje previstos en los apartados 2.b) o 2.c) del presente artículo. La República Popular China declara que la duración de dicho procedimiento no excederá de tres meses”.

Por lo tanto, China en este precepto viene a plasmar una cierta exigencia del agotamiento de sus recursos internos<sup>49</sup>, exigencia que además como podemos observar es de naturaleza unilateral pues un inversor chino en España

---

<sup>46</sup> “Un inversor contendiente podrá someter una reclamación a arbitraje únicamente si: b) el inversor renuncia a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial de conformidad con la legislación de una Parte Contratante u otros procedimientos de solución de controversias con respecto a la medida de la Parte Contratante contendiente que constituya un supuesto incumplimiento de una obligación de este Acuerdo, salvo los procedimientos en los que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen daños, ante un tribunal administrativo o judicial, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante contendiente. Cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de la otra Parte Contratante que sea una persona jurídica propiedad del inversor o que esté controlada por éste, la empresa también presentará dicha renuncia”.

<sup>47</sup> W. Shan, *The Legal Framework...*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>48</sup> De una manera casi idéntica puede verse, *v.gr.*, el Protocolo al TPPI de China con Alemania del 2003, en donde se señala que queda abierta la vía del arbitraje internacional si la disputa aún existe tres meses después de que el inversor haya acudido al procedimiento administrativo.

<sup>49</sup> Utilizamos esta expresión porque realmente este procedimiento de revisión es meramente administrativo y no conduce a la vía judicial. El fin de este procedimiento de revisión es averiguar si la actuación de las entidades públicas chinas ha sido acorde con el Derecho interno chino.

no se ve obligado a tener que acudir a ningún procedimiento administrativo o judicial interno en España antes de poder someter su controversia a arbitraje internacional. Esta exigencia que ha sido normalmente eliminada de manera casi completa de la práctica convencional internacional, está prevista, sin embargo, en el art. 26 de la Convención CIADI, aunque en este caso la regla general sea la no obligatoriedad del agotamiento de los recursos internos y el supuesto que analizamos sólo se prevea como excepción a la misma<sup>50</sup>. Entre las razones que se esgrimen para que se mantenga esta exigencia por parte del gobierno chino se encuentra la posibilidad de que las autoridades chinas pretendan reforzar la eficacia de su propia administración, de tal manera que la inclusión de este procedimiento administrativo como requisito previo a la presentación de la solicitud de arbitraje internacional en los TPPI a partir del año 2000 ha sido la consecuencia lógica de la adopción en 1999 de este procedimiento administrativo a nivel interno. Para S.W. Schill, por lo tanto, más que sospechar que este requisito ha sido incluido como un medio para debilitar el arbitraje internacional previsto, aboga por verlo como un deseo de las autoridades chinas de modernizar sus instituciones y que se pueda corregir de manera interna los posibles errores o actuaciones abusivas en relación con el tratamiento de las inversiones extranjeras<sup>51</sup>.

16. En quinto lugar, la posibilidad de que el inversor pueda acudir al arbitraje CIADI le permite favorecerse de las especiales características con las que cuenta este procedimiento arbitral en relación a la otra opción prevista de arbitraje internacional un arbitraje *ad hoc* basado en el Reglamento de la CNUDMI, en especial, por sus caracteres de autonomía e independencia respecto de los tribunales nacionales y su régimen específico de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> El art. 26 del Convenio de Washington por el que se crea el CIADI señala: "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio". *Vid.* sobre la exclusividad del procedimiento arbitral CIADI y en especial, sobre la regla general consistente en la no obligatoriedad de agotar los recursos internos con anterioridad a acudir al procedimiento arbitral CIADI, E. Fernández Masia, *Tribunales nacionales...*, *op. cit.*, pp. 95–106.

<sup>51</sup> S.W. Schill, "Tearing Down...", *loc. cit.*, pp. 92–93. Comparar por el contrario, A. Pastor Palomar, "Inversiones España–China...", *loc. cit.*, p. 14, para quien esta previa revisión administrativa podría exacerbar o complicar la controversia entre las partes.

<sup>52</sup> El CIADI es una institución arbitral que fue establecida por el Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. *Vid.* sobre este procedimiento arbitral, A. Broches, "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Explanatory Notes and Survey of its Application", *Yearbook Comm. Arb'n.*, vol. 18, 1993, pp. 627 ss; E. Fernández Masia, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, Dijon, Litec, 2004; C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones*

Sin embargo, puede plantearse la duda de si la existencia de una notificación por parte de China en el momento de ratificar el Convenio de Washington por el que se crea el CIADI en donde se declara que “*pursuant to Article 25(4) of the Convention, the Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes disputes over compensation resulting from expropriation and nationalization*”, puede suponer una traba a que los inversores de los otros Estados con los que China ha celebrado los nuevos TPPI de segunda generación en donde se prevé un sometimiento al CIADI de todo tipo de controversias, vean limitada tal posibilidad en la práctica a los supuestos de indemnización por expropiación. La respuesta a este interrogante es necesariamente negativa. Y ello porque dicha notificación se encuadra en el tipo de notificaciones que se prevén en el art. 25.4º del Convenio de Washington por el que se crea el CIADI, siendo su naturaleza únicamente informativa para el Centro sobre la clase o clases de disputas que un Estado acepta o no someter a su jurisdicción<sup>53</sup>.

17. Por último, hemos de resaltar que si bien una de las conclusiones más importantes de este trabajo es poner de manifiesto la apertura del arbitraje internacional como método de solución de controversias para los inversores extranjeros, incluyéndose, tal y como hemos visto a los españoles, cuando mantengan una diferencia con China como Estado receptor de sus inversiones, no hemos de olvidar que este cauce procesal inversor-Estado es un cauce de doble vía, y que la razón fundamental de su introducción en el clausulado de la nueva generación de TPPI de China es precisamente proteger igualmente a las inversiones chinas en los otros Estados.

Esta afirmación viene hoy corroborada precisamente por la realidad de los hechos. Si bien, no conocemos ningún litigio que se haya planteado entre un inversor extranjero y el Estado chino donde se haya acudido a arbitraje internacional<sup>54</sup>, recientemente un inversor chino, utilizando la vía procesal abierta en un TPPI, ha demandado al Estado receptor de su inversión<sup>55</sup>. Nos estamos refiriendo al asunto *Tza Yap Shum c. Perú* (caso CIADI nº ARB/07/6). En este caso, el demandante presentó una solicitud de arbitraje

---

(CIADI), Madrid, McGrawHill, 1998; L. Reed, J. Paulsson y N. Blackaby, *Guide To ICSID Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2004; S. Rodríguez Jiménez, *El sistema arbitral del CIADI*, Mexico, Porrúa, 2006.

<sup>53</sup> Vid. sobre esta cuestión, E. Fernández Masía, *Arbitraje en inversiones extranjeras...*, op. cit., pp. 120-122 y 149-150. En el mismo sentido del texto se manifiesta M.C.E. Heymann, “International Law”, loc. cit., pp. 517-518, quien señala que “*China’s declaration under Article 25(4) was for informational purposes only and has no direct legal consequences. China is free at any moment to accept the jurisdiction of the Centre for all investment disputes*”.

<sup>54</sup> Vid. K.M. Rooney, “ICSID and BIT...”, loc. cit., p. 710, donde se cita un asunto donde un inversor extranjero —una empresa constituida en las Islas Caimán— se planteó la posibilidad de demandar al Estado chino ante el CIADI mediante la cláusula de solución de controversias inversor-Estado del TPPI entre Gran Bretaña y China del año 1986. Sin embargo, este autor concluye que no parece que finalmente, tras el rechazo de sus pretensiones por parte de los tribunales chinos, el inversor iniciase tal procedimiento arbitral.

<sup>55</sup> Vid. F. Cabrera Díaz, “Chinese Investor Launches BIT Claim Against Peru at ICSID”, Investment Treaty News, 2 marzo 2007, disponible en [http://www.iisd.org/pdf/2007/itn\\_mar2\\_2007.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_mar2_2007.pdf).

ante el CIADI el 12 de febrero de 2007, fundamentando la competencia del tribunal arbitral en la cláusula de solución de controversias inversor–Estado contemplada en el TPPI entre China y Perú de 1994.

Esta cláusula es muy similar a la contemplada en los TPPI de la primera generación de TPPI de China, limitando la posibilidad de buscar compensación a través de la vía del arbitraje CIADI en aquellos supuestos en que existan discrepancias sobre el importe de las indemnizaciones que se puedan derivar de un acto de expropiación de forma idéntica, tal y como hemos visto, a lo previsto en el TPPI entre España y China de 1992. Es precisamente por ello, que el inversor chino alega que ha sufrido una expropiación por parte del Estado peruano de su compañía TSG Perú, dedicada a la fabricación, exportación y distribución de harina de pescado en el mercado asiático, por lo que reclama una cantidad aproximada de 20 millones de dólares. Esta disputa comenzó en diciembre de 2004 cuando la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria sancionó a TSG Perú por una deuda fiscal con la cantidad de 12 millones de soles peruanos. Las autoridades peruanas embargaron las cuentas bancarias de la empresa un mes después de que la empresa hubiera recibido una primera notificación de la sanción, dentro del plazo legal en el que la empresa podía recurrir todavía dicha sanción. Como consecuencia de estos hechos, la empresa TSG Perú reclama que la confiscación de sus cuentas ha paralizado completamente las actividades de la compañía y que los mismos constituyen una expropiación por parte de las autoridades peruanas, expropiación que no había sido acompañada de ningún tipo de compensación. Por lo tanto, para lograr esta última, y después de agotar el periodo de consultas de seis meses que requiere el TPPI entre China y Perú, finalmente el inversor chino ha acudido al arbitraje CIADI, estando pendiente el asunto<sup>56</sup>.

## V. Valoración final

18. La República Popular China se ha convertido en una potencia económica mundial, reflejo de ser el primer receptor de inversiones extranjeras y al mismo tiempo ser un creciente inversor en otras áreas geográficas, como África o Latinoamérica. El “nuevo” papel de China en el escenario económico mundial ha repercutido enormemente en su política sobre inversiones y, en particular, en la negociación y redacción de sus TPPI en estos últimos años. China hoy en día ha mejorado sensiblemente la protección otorgada a los inversores extranjeros en su territorio y al mismo tiempo ha logrado esa mismo nivel de protección para las inversiones chinas en el extranjero. En este contexto, una de las mayores innovaciones que incluyen la segunda generación de TPPI de China, entre ellos el que le vincula con España del año 2005, es la nueva cláusula tipo de resolución de controversias inversor–Estado. En la misma se acaba con las limitaciones impuestas sobre su ámbito

---

<sup>56</sup> Sobre el desarrollo del procedimiento es recomendable consultar la dirección electrónica del CIADI, Lista de Casos, <http://icsid.worldbank.org>.

de aplicación anteriormente existentes en los TPPI más antiguos y lo que es más importante, se acepta de manera incondicional al arbitraje internacional como el método de solución de diferencias más adecuado para resolver éstas. Una elevación de la protección de las inversiones que debe ser vista con satisfacción por parte de los inversores españoles que ya hayan invertido o piensen invertir en el gigante asiático y que se suma a la serie de garantías en forma de disposiciones sustantivas que se contemplan en el TPPI entre España y China de 2005.