

# EL ACUERDO DE INVERSIONES EU-CHINA Y SUS EFECTOS SOBRE LA CREACIÓN DE UNA CORTE MULTILATERAL DE INVERSIONES

JOSÉ MARÍA BENEYTO

Catedrático de Derecho Internacional, Derecho Europeo y Relaciones Internacionales, Universidad San Pablo CEU, Madrid; Profesor Visitante, Harvard Law School; Director del Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN); Catedrático Jean Monnet de la UE ad personam

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones  
Enero-mayo 2021 (1)  
Págs. 25-54

**Resumen:** El nuevo Acuerdo de Inversiones entre la Unión Europea y China favorecerá una mayor reciprocidad entre ambas y dará previsiblemente un nuevo vigor a las inversiones mutuas, claramente deficitarias si lo comparamos con la relación comercial. Puede ser también un instrumento importante para generar reformas estructurales en China. Supone un hito histórico en las relaciones de Europa con China, habiendo conseguido la UE sustanciales avances en términos de acceso al mercado, liberalización y la aplicación de los principios de sostenibilidad, transparencia, así como la aceptación por parte de China de compromisos medioambientales y laborales. Pero, dado el número de excepciones y salvaguardas previstos y las características chinas, mucho dependerá de la ejecución del Acuerdo. Aunque se ha previsto un mecanismo de solución de controversias Estado a Estado, no se ha alcanzado consenso sobre el sistema de tribunal de inversiones para las disputas inversor-Estado

**Abstract:** The new EU-China Investment Agreement will favour greater reciprocity between the EU and China and is expected to reinvigorate mutual investment, which is clearly in deficit compared to the trade relationship. It may also be an important instrument for generating structural reforms in China. It represents a historic milestone in Europe's relations with China, with the EU having achieved substantial progress in terms of market access, liberalisation and the application of the principles of sustainability, transparency, as well as China's acceptance of environmental and labour commitments. However, given the number of exceptions and safeguards foreseen and the Chinese characteristics, much will depend on the implementation of the Agreement. Although a state-to-state dispute settlement mechanism is foreseen, no consensus has been reached on the investment court system for investor-state disputes that the EU wanted, modelled on CETA. The article analyses the effect of the

que la UE deseaba, siguiendo el modelo del CETA. El artículo analiza el efecto del nuevo Acuerdo sobre el proyecto comunitario de crear una Corte Multilateral de Inversiones y subraya las paradójicas expectativas (geo)políticas asociadas con el arbitraje de inversiones.

**Palabras clave:** Arbitraje de inversiones – Relaciones UE-China – Sistema de tribunal de inversiones – Acceso al mercado chino – Liberalización del mercado chino – Corte Multilateral de Inversiones.

new agreement on the EU's project to create a Multilateral Investment Court and highlights the paradoxical (geo)political expectations associated with investment arbitration.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO LEGAL DE LAS INVERSIONES UE-CHINA. III. LAS POSICIONES DE LA UE Y CHINA EN LAS NEGOCIACIONES DEL ACI. IV. LA NUEVA POLÍTICA COMUNITARIA Y LA ESTRATEGIA CHINA EN RELACIÓN CON LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO. V. EL CONTENIDO DEL ACI Y SUS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS. VI. IMPACTO DEL ACI EN LA PROPUESTA DE LA UE DE UNA CORTE MULTILATERAL DE INVERSIONES. VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado 30 de diciembre de 2020 la Unión Europea (UE) y la República Popular de China («las Partes») suscribieron un acuerdo por el que «en principio» llegaron a concluir un Acuerdo Comprehensivo de Inversiones (ACI) entre las Partes<sup>1</sup>. Aunque no se ha conseguido cerrar el capítulo referente al sistema de solución de conflictos entre inversores y las Partes, que se seguirá negociando en los próximos dos años, sí se ha incluido un mecanismo de solución de disputas Estado a Estado con relación a la interpretación y la aplicación del ACI. Más allá de proceder a lo que se entiende como una modernización de los estándares de protección, el objetivo que se persigue en relación con la negociación aún abierta sobre el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE) es que deberá tener en cuenta el trabajo que –con el impulso sobre todo de la UE– se está llevando a cabo en el seno de la CNUDMI sobre la creación de una Corte Multilateral de Inversiones.

El mecanismo de solución de disputas Estado a Estado que establece el ACI sigue los modelos similares de los acuerdos comerciales más recientes suscritos por la UE (con, respectivamente, Canadá, Singapur, Vietnam y México), y la UE intenta llevar a China a la aceptación de un SCIE paralelo al de estos acuerdos, cuyo modelo inicial fue el CETA<sup>2</sup>. Es cierto que todavía no

1. Publicado en la web como *EU China investment negotiations*, «without prejudice», el 22.01.2021, accesible en [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/january/tradoc\\_159342.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/january/tradoc_159342.pdf).

2. *Comprehensive Economic and Trade Agreement (Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE y sus Estados miembros)* de fecha 21.01.2017, accesible en <https://eur-lex>.

se ha acordado el texto definitivo del ACI, y que dicho acuerdo final, tras su revisión jurídica y traducción, todavía deberá ser aprobado por la UE y por la RPCh. Es decir, por los órganos internos de la RPCh y por el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo (no así por los Estados Miembros, dado que desde el Tratado de Lisboa la UE posee competencia exclusiva en materia de inversiones). Sin embargo, sobre la base del texto acordado y publicado es posible hacer un análisis de su contenido y sus implicaciones, en particular desde el punto de vista del arbitraje de inversiones<sup>3</sup>.

Además del significado en términos de regulación de las inversiones entre la UE y China, es evidente la relevancia geopolítica del acuerdo alcanzado tras las 35 rondas de negociación llevadas a cabo desde 2013, cuando en la Cumbre UE-China se decidió iniciar las conversaciones<sup>4</sup>. Como si quisiera expresarse de forma gráfica el simbolismo del acuerdo alcanzado, en la conclusión de la negociación participaron telemáticamente no solo el presidente chino, Xi Jinping, y los presidentes de las tres instituciones comunitarias, Úrsula von der Leyen, Charles Michel y Angela Merkel, sino también el presidente francés, Emmanuel Macron.

El acuerdo fue saludado por las autoridades comunitarias como un hito histórico en las relaciones de Europa con China. Se conseguía obtener un acceso sin precedentes para los inversores al gigantesco mercado chino, favoreciendo la balanza comercial europea y estableciendo un mayor equilibrio entre las dos partes al limitar el poder de acción de las empresas estatales chinas, obligando a una mayor transparencia en los subsidios estatales y previendo

---

*europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22017A0114%2801%29*, que entró en vigor el 14.01.2017, DOUE, L 11, 14.01.2017, pp. 23-1079. Vid. también *Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Singapur, por otra*, de fecha 19.10.2018, que entró en vigor el 21 de noviembre de 2019, accesible en <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>; *Acuerdo de Protección de las Inversiones entre Vietnam y la UE y sus Estados miembros*, aprobado en 12 junio de 2019, que entró en vigor el 31 de julio de 2020, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IP0468&from=ES>, y el *Acuerdo de Asociación y Cooperación UE-Vietnam*, de fecha 17.12.2015, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52015IP0468>, que entró en vigor el 01.08.2020; *Acuerdo de Partenariado Económico UE-México* (acuerdo «de principio») sobre los principales capítulos comerciales de un nuevo acuerdo de asociación UE-México), de 18 de mayo de 2020, accesible en [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc\\_156791.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156791.pdf).

3. También debe considerarse que en fecha 20 de mayo de 2021, el resto de las negociaciones del acuerdo y su ratificación fueron suspendidas por el Parlamento Europeo. Resolución 2021/2644 (RSP). Disponible en <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/printficheglobal.pdf?id=725311&l=en>.
4. Uno de los resultados de esta Cumbre fue la *Recommendation for a Council Decision authorising the Commission to open negotiations on an investment agreement between the European Union and the People's Republic of China*, COM(2013) 297 FINAL, European Commission, 2013, accesible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/EN/1-2013-297-EN-F1-1.PDF>.

normas contra la transferencia obligada de tecnología. Por primera vez también, China aceptaba incluir cláusulas que incorporan los principios («basados en valores», según la jerga comunitaria) de sostenibilidad, transparencia y no discriminación, con compromisos vinculantes en medio ambiente, cambio climático y lucha contra el trabajo forzado<sup>5</sup>. La realidad es que por parte de la UE se han hecho también importantes concesiones, sobre todo en lo que respecta a la actividad inversora de las empresas chinas en Europa. Habrá que ver en detalle cómo el ACI se integra en el conjunto de normas restrictivas y supervisoras adoptadas por las autoridades comunitarias en los últimos años, y también con las posibles normas nacionales aprobadas en este sentido. Mucho de lo alcanzado en términos de acceso al mercado, liberalización y los demás objetivos perseguidos por la UE se halla además circunscrito por las diversas excepciones y cláusulas de salvaguardia que recorren el texto del Acuerdo. No cabe duda, sin embargo, que, tanto desde el punto de vista inversor y comercial (sobre todo, en el sector de los servicios), como de las implicaciones geopolíticas del ACI, se trata de un paso importante.

Según los datos de Eurostat, en 2019 la UE exportó a China bienes por valor de aproximadamente 198 billones de euros e importó bienes por valor de 362 billones, con un valor conjunto del comercio bilateral de unos 650 billones de euros. A pesar de su discurso, China es todavía muy dependiente del mercado europeo para sus exportaciones. Desde que estalló la disputa comercial con Estados Unidos, Europa se ha convertido en el primer destino de las exportaciones chinas<sup>6</sup>.

La inversión china en Europa ha estado sujeta a importantes variaciones, tanto cuantitativas como cualitativas, a lo largo del tiempo. Según la Comisión Europea, el stock de inversiones de los países europeos en China en 2017 era de 176 billones de euros, lo que significaba solo el 4% de la inversión directa europea global, mientras que el stock de la inversión directa china en la UE era de 60 billones, correspondiente al 2% de volumen global de inversión en la UE<sup>7</sup>.

5. European Commission, *EU and China reach agreement in principle on investment*, Press release, 30 de diciembre de 2012, Bruselas, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2541](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2541).

6. European Commission Directorate General for Trade, *European Union. Trade in Goods with China in 2019*, accesible en <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/china/>.

Vid. sobre la evolución de las exportaciones chinas a Europa Liu, M.H., Margaritis, D., y Zhang, Y., «The Global Financial crisis and the Export-Led Economic growth in China», *The Chinese Economy*, vol. 52(3), 2019, pp. 232-248.

7. European Commission, *Trade Policy Brief with China*, 2019, accesible en <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/china/>?; PRC Ministry of Commerce, Bloomberg State of Administration of Foreign Exchange (SAFE), 2019. Statista (2019). Distribución de las exportaciones e inversiones chinas en 2019, accesible en [www.statista.com/statistics/270326/main-export-partners-for.china/](http://www.statista.com/statistics/270326/main-export-partners-for.china/)

Se trata por tanto de cifras muy menores comparadas con las existentes con relación a Estados Unidos o a otros países (Suiza, por ejemplo). Los países inversores tradicionales, como los Estados Unidos, Canadá, Suiza, Noruega, Japón y Australia continúan siendo, en una alta proporción, los mayores inversores en Europa, contabilizando el 80% de todos los activos extranjeros en los diferentes sectores de la economía europea. Sin embargo, el conjunto de «China, Hong Kong y Macao» ha progresado significativamente, pasando de controlar únicamente 5.000 compañías europeas en 2007 (el 2,5%) a más de 28.000 (el 9,5%) en 2017. Esto ha representado una variación del 0,2% en 2007 al 1,6% en 2017 en el conjunto de los activos europeos controlados desde el extranjero<sup>8</sup>.

Los esfuerzos llevados a cabo por el Gobierno chino para transformar el modelo de crecimiento, adecuándolo a una economía más fuertemente basada en los servicios y en el consumo privado, y los ambiciosos objetivos del programa «*Made in China*» para 2025 han sido los elementos principales que han dirigido los flujos de inversión de este país hacia la UE<sup>9</sup>. Sin embargo, la supervisión más estricta de los flujos de inversión china a través del mecanismo de *screening* con la adopción por parte de la UE de un nuevo marco legal de escrutinio de las inversiones chinas en la UE, basándose en el argumento de garantizar la seguridad y el orden público, han conducido en los últimos años a una caída de los flujos de capital chinos hacia la UE<sup>10</sup>.

Lo que ha distinguido a la inversión directa china en la UE de la inversión europea en la RPCh es que la primera se ha focalizado en adquisiciones tecnológicas o que buscaban garantizarse cuotas de mercado, mientras que la segunda ha perseguido primariamente la inversión en fábricas y manufacturas, inversión que es generadora de puestos de trabajo. La inversión en manufactura supone más del 50% del total de la inversión europea en China, concentrándose un 28% en el sector automovilístico y un 22% en el grupo de materiales

8. Grieger, G., «EU-China Comprehensive Agreement on Investment-Levelling the playing field with China», *EPRS/European Parliamentary Research Service*, September 2010, p. 5.
9. Esta nueva estrategia tiene su origen en Xi Jinping, «Secure a Decisive Victory in Building a Moderately Prosperous Society in All Respects and Strive for the Great Success of Socialism with Chinese Characteristics for a New Era», discurso inaugural del 19 Congreso del Partido Comunista de China, *Agencia de Noticias Xinhua*, 18 de octubre de 2017, accesible en [http://www.xinhuanet.com/english/download/Xi\\_Jinping's\\_report\\_at\\_19th\\_CPC\\_National\\_Congress.pdf](http://www.xinhuanet.com/english/download/Xi_Jinping's_report_at_19th_CPC_National_Congress.pdf).
10. European Union, *Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the screening of foreign direct investment into the Union*, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/452/oj>. Vid. Percy, J., «Evaluación de inversiones en la UE: impacto en la IED china», *China Briefing*, 2 de mayo de 2019, accesible en [www.china-briefing.com](http://www.china-briefing.com). Sobre el escrutinio de las inversiones chinas y el comercio de productos críticos durante la pandemia y post-Covid, RIELA, S., ZÁMBORSKÝ, P., «Screening of Foreign Acquisitions and Trade in Critical Goods», *Asia-Pacific Journal of EU Studies*, vol. 18, 2020, pp. 55-84.

básicos, que integra coches eléctricos, productos químicos y equipamiento en el sector de las telecomunicaciones y de la salud, entre otros<sup>11</sup>. El primer cuatrimestre de 2020 mostró una desviación significativa de las tendencias tradicionales en las inversiones chinas, fuertemente dependientes de las empresas estatales, al haber aumentado la proporción de inversiones privadas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los inversores privados chinos difieren marcadamente de los inversores privados de otros países, siendo mucho más dependientes de la financiación pública y del tutelaje de las empresas estatales.

El ACI tiene como objetivo sustituir a los veinticinco Acuerdos para la Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) de los Estados Miembros (todos los países de la UE, excepto Irlanda, y un APPRI conjunto Bélgica-Luxemburgo), actualmente existentes con la República Popular China. Creará por tanto nuevas obligaciones para Irlanda y armonizará la política europea de inversiones respecto a China siguiendo el art. 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, extendiendo así mismo la definición y el contenido de lo que se entiende por protección a las inversiones. El ACI se diferencia sustancialmente de los otros acuerdos existentes con China, cubriendo un número de áreas mucho más amplio que los APPRI actualmente en vigor y con mayor detalle en su regulación. El ACI persigue la liberalización de acceso al mercado, un área no cubierta por los APPRI, además de introducir mecanismos de disciplina de las Partes en cuestiones de regulación doméstica relativa a la entrada de inversores y su operativa en el territorio receptor, y cláusulas de liberalización en determinados sectores de servicios (en particular, servicios financieros) y de restricción de subsidios estatales. Contiene así mismo normas sobre desarrollo sostenible, normas laborales y derechos regulatorios de las Partes. Se trata por tanto de un nuevo acuerdo de tipo «híbrido», con rasgos claramente novedosos frente a la práctica habitual de los APPRI. Aunque el ACI introduce disposiciones de establecimiento y de acceso al mercado en el sector servicios, la UE ha declarado de momento no desear entrar en negociaciones para un Acuerdo de Libre Comercio con China. Ambos acuerdos forman parte de la estrategia más a largo plazo de la UE con China contenida en la Estrategia Comprehensiva sobre China de la UE y el Diálogo de Alto Nivel EU-China en Economía y Comercio<sup>12</sup>.

11. European Commission, Directorate-General for Trade, Statistics, accesible en [https://webgate.ec.europa.eu/isdb\\_results/factsheets/country/overview\\_china\\_en.pdf](https://webgate.ec.europa.eu/isdb_results/factsheets/country/overview_china_en.pdf).

12. El documento inicial sobre una «cooperación comprehensiva estratégica» UE-China de 2003 ha sido ampliamente superado, la perspectiva actualizada es la de la «EU-China 2020 Strategic Agenda for Cooperation», con el Comunicado Conjunto, de abril de 2020, «EU-China Comprehensive Strategic Partnership for Mutual Benefit and Win-win Cooperation», que aboga por una diferenciación en las relaciones según ámbitos específicos. Para las reuniones de diálogo político, comercial y económico entre la UE y China, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO\\_95\\_75](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_95_75). Una perspectiva relativamente escéptica sobre la relevancia de Europa para China en Zeng, J., «Does Europe

El poder económico de China, su importancia sistémica y sus especificidades políticas —«una economía capitalista en un Estado socialista»— hacen que el ACI sea un acuerdo muy distinto a los anteriores acuerdos comerciales y de inversiones negociados por la UE o por sus Estados miembros. Sin duda en el caso de la RPCh se trata de un sistema político *sui generis* que no permite una diferenciación nítida entre la empresa privada y el Estado, y que obliga al sector privado a cooperar y coordinarse con el Estado y las entidades estatales. Es también un país con una ambiciosa política industrial que aspira a ocupar un espacio dominante en el sector tecnológico doméstico y global, y que durante décadas ha promovido la transferencia forzada de propiedad intelectual como un medio para obtener esta predominancia global, con las implicaciones de seguridad que ello lleva consigo. Por tanto, el análisis del ACI debe tener también en cuenta, aunque no sea el objeto de este artículo, el contexto en el que se ha negociado.

La clara oposición adoptada por la UE respecto a los mecanismos tradicionales de SCIE sigue suscitando críticas entre sectores profesionales<sup>13</sup>, aunque en el seno de CIADI y otros organismos se está procediendo a una reforma en profundidad del sistema. Las perspectivas y propuestas de los Estados son muy variadas y el Grupo de Trabajo III de CNUDMI encargado de esta cuestión tiene por delante una ardua tarea.

Desde el punto de vista estricto de la protección de las inversiones, el debate atañe también a una más precisa delimitación de los estándares, la «pérdida» de espacio regulatorio de los Estados, o el difícil equilibrio entre los intereses de los inversores y las políticas públicas de los Estados receptores. A ello se añaden otros problemas actuales, muy presentes en la era del COVID y particularmente relevantes en relación con China, como la del aseguramiento de las infraestructuras críticas, y otras cuestiones más habituales, pero no por ello menos vivas, especialmente señaladas por sectores de la sociedad civil, como el respeto de los derechos humanos o la transparencia en las negociaciones (especialmente, sobre el SCIE) todavía abiertas.

---

matter? The role of Europe in Chinese narratives of One belt one road' and New type of great power relations', *JCMS: Journal of Common Market Studies*, vol. 55 (5), 2017, accesible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/jcms.12535>. Vid. también Maher, R., «The elusive EU-China strategic partnership», *International Affairs*, vol 92(4), 2016, pp. 959-976.

13. Vid. por ejemplo Brower, Ch, y Ahmad, J, «From the Two-Headed Nightingale to the Fifteen-Headed Hydra: The Many Follies of the Proposed International Investment Court», *Fordham International Law Journal*, vol. 41, 2018, pp. 792-820. Aunque la posición de la UE también ha encontrado defensores, vid. Kaufmann-Kohler, G., Potestá, M., *The Composition of a Multilateral Investment Court and an Appeal Mechanism for Investment Awards: CIDS Supplemental Report*, Geneva Center for International Dispute Settlement (CIDS), 109, 15 de noviembre de 2017. Sobre el grado de politización alcanzado por la discusión, St. John, T., *The rise of investor-state arbitration. Politics, law and unintended consequences*, Oxford University Press: Oxford, 2018.

En este artículo vamos a considerar las siguientes cuestiones, tras la introducción (I.), referentes al ACI y sus mecanismos de solución de controversias: el desarrollo y la situación actual del marco legal de las inversiones EU-China (II.); las posiciones de la UE y China en las negociaciones del ACI (III.); la nueva política comunitaria y la estrategia china en relación a los sistemas de solución de controversias inversor-Estado (IV.); el contenido del ACI y sus mecanismos de solución de disputas (V.); el impacto del ACI en la propuesta de la UE y su discusión en CNUDMI en relación a la creación de una Corte Multilateral de Inversiones (VI.); y conclusiones (VII.)

## II. EL MARCO LEGAL DE LAS INVERSIONES UE-CHINA

La UE se sustenta en el principio de apertura de su mercado a la inversión extranjera directa (IED) como una fuente muy importante de crecimiento e innovación, mientras que el marco regulatorio de la República Popular China sobre IED es criticado sistemáticamente por la OECD como uno de los más restrictivos entre los examinados<sup>14</sup>. Ciertamente, no existe un régimen legal global que pueda limitar la soberanía de la RPCh sobre esta materia. La iniciativa global que se lanzó en 1995 con el fin de negociar un Acuerdo Multilateral de Inversiones fracasó en 1998 debido a diferencias entre los Estados desarrollados y los Estados en desarrollo sobre los estándares aplicables para la protección de las inversiones. China realizó algunas limitadas concesiones cuando se adhirió a la OMC en 2001, en particular en relación con el establecimiento comercial de empresas de servicios bajo el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) y el Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (TRIMS). Como es conocido, sin embargo, este último no regula las inversiones, sino considera medidas en relación con las inversiones que puedan distorsionar el comercio.

En los últimos años, la RPCh ha llevado a cabo reformas selectivas, como la eliminación de los límites a las participaciones accionariales en el sector financiero, y medidas de apertura en sectores específicos, reduciendo los sectores prohibidos o con restricciones a la entrada de capital extranjero (las llamadas «listas negativas»). El Gobierno chino aprobó una nueva Ley de Inversiones Extranjeras en 2019, que entró en vigor en enero de 2020<sup>15</sup>. En ella

14. OCDE China Policy Brief, March 2017, accesible en <https://www.oecd.org/policy-briefs/china-investment-fostering-foreign-direct-investment-in-services-sectors.pdf>.

15. Foreign Investment Law of the People's Republic of China, 2019, Investment Policy Hub, UNCTAD *Compendium of Investment Laws*, accesible en <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/317/china-foreign-investment-law-of-the-people-s-republic-of-china>. Sobre el desarrollo de los últimos años de la política de inversión china, vid. «Securing Liberalization: China's New Foreign Investment Law» (an annotation by Nicolas F Runnels), *New York University Journal of International Law and Politics*, 6 de diciembre de



por primera vez se prohibía la transferencia forzada de tecnología, una cuestión que ha sido tradicionalmente muy criticada por las empresas extranjeras con operaciones en China y que llevó a dos casos planteados ante la OMC, respectivamente por la UE (DS549) y los Estados Unidos (DS542)<sup>16</sup>. La legislación que desarrolla la nueva Ley china subraya el principio de igualdad de trato entre compañías domésticas y empresas con participación extranjera en áreas como la accesibilidad a terrenos, contratación pública, y licencias y protección de la propiedad intelectual, entre otras cuestiones, pero solo el tiempo dirá hasta qué punto la nueva normativa significa una mejora de las actuales condiciones para las empresas foráneas en China.

A pesar de estas recientes reformas, la legislación china establece una diferenciación entre las normas que rigen las empresas extranjeras, las empresas privadas domésticas y las empresas chinas controladas por el Estado o que son propiedad del Estado, con la obvia finalidad de discriminar entre ellas. Esto contrasta con el concepto comunitario de «neutralidad competitiva» que no distingue en principio entre empresas comunitarias y de terceros países, sean privadas o públicas. La ausencia de un marco de reciprocidad (*level playing field*) para las empresas europeas en la RPCh y las chinas en la UE ha sido uno de los puntos centrales de controversia en las relaciones sino-europeas. Por otra parte, la prohibición comunitaria de las ayudas de Estado no se aplica a las empresas extranjeras, incluyendo las empresas propiedad del Estado chino que se benefician de los subsidios estatales con el fin de obtener determinados objetivos estratégicos en el extranjero, en particular fines de política industrial. Existe también la estrategia industrial del Gobierno chino denominada «*Made in China 2025*»<sup>17</sup>, que está dirigida a reducir significativamente la dependencia del país en tecnología extranjera y sustituirla por tecnología autóctona en un número de sectores de alta tecnología considerados estratégicos. Independientemente de las negociaciones sobre el ACI, la UE considera que debe analizar en profundidad estas discrepancias estructurales y encontrar soluciones que no sean discriminatorias para las empresas comunitarias de forma permanente.

---

2020, accesible en <https://www.nyujilp.org/securing-liberalization-chinas-new-foreign-investment-law/>.

16. *EU v. China-Certain Measures on the Transfer of Technology*, DS549, consultas solicitadas el 1 de junio de 2018, Organización Mundial de Comercio, accesible en [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds549\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm); *United States v. China-Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, consultas solicitadas el 23 de marzo de 2018, accesible en [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds542\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm).
17. Vid. Gómez Pérez-Cuadrado, E., «Plan Made in China 2025», *Estudios e informes ICEX*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo de España, 2016, accesible en <https://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/el-mercado/estudios-informes/DOC2016671546.html?idPais=CN>; y el comentario de Bregolat, E., «Made in China 2025», *Política Exterior*, n.º 185, 2018, <https://www.politicaexterior.com/articulo/made-in-china-2025/>.

A ello se añade la adopción por parte del Gobierno chino de una serie de leyes relacionadas con la seguridad (la Ley Nacional de Inteligencia y la Ley de Ciberseguridad), así como otras regulaciones, que pueden también obstaculizar la operativa y la libre circulación de inversiones de las empresas foráneas. Otras medidas restrictivas, como la anunciada implementación en todo el país de un sistema de crédito social, podrían tener como consecuencia establecer un marco más limitativo para la inversión extranjera.

Debido a esta situación, la UE ha considerado que el ACI debía ser utilizado como un instrumento para intentar solucionar algunos de estos problemas y reequilibrar las relaciones económicas sino-europeas, sobre la base de los principios de acceso recíproco al mercado e igualdad de trato para las compañías europeas en China. Hasta ahora, el argumento utilizado tradicionalmente por las autoridades chinas había sido aducir un estatus de economía en desarrollo, lo que no resulta fácil de cohonestar con la posición como segunda economía mundial, con un PIB de 14.3 billones de dólares en 2019.

Hasta el presente, el régimen legal de protección de inversiones entre la RPCh y los países de la UE se basa en los veinticinco acuerdos bilaterales de inversión firmados entre los Estados Miembros y la RPCh. No existen actualmente normas bilaterales en vigor entre la UE y China, pues el obsoleto Acuerdo sobre Comercio y Cooperación Económica de 1985 no contiene reglas de acceso al mercado para inversiones. Los APPRI no reflejan el auge económico chino y las potencialidades de inversión mutuas, y sobre todo no responden a la nueva estrategia de las instituciones comunitarias de ampliar el marco tradicional de los acuerdos comerciales y de inversión –la propia denominación de acuerdos «comprehensivos» muestra bien a las claras el cambio de estrategia–, dentro de lo que está siendo la «nueva agenda comercial» comunitaria con la inclusión de los criterios que en su momento suscitaron el debate en el ámbito del comercio internacional y frente al que la Comisión Europea reaccionó con su programa de «Comercio para todos»: aspectos regulatorios, competencia, sostenibilidad y medio ambiente, derechos laborales, subsidios, transparencia, etc.<sup>18</sup> Sin embargo, y aunque el ACI sigue en algunos aspectos las líneas generales de los acuerdos comerciales o de inversión inmediatamente anteriores, cada uno de ellos constituye una categoría propia y es negociado *ad hoc*, lo que en el caso del nuevo acuerdo con China es todavía más el caso. Únicamente para mostrar la complejidad de la relación entre la UE y China, hay que tener en cuenta que la RPCh es considerada oficialmente por las instituciones comunitarias en una triple

18. Comisión Europea, Dirección General de Comercio, *Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más razonable*, 2015, [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/january/tradoc\\_154134.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/january/tradoc_154134.pdf).

dimensión, simultáneamente un *partner* negociador, un competidor económico y un rival sistémico<sup>19</sup>.

Los veinticinco APPRIs en vigor se aplican a veintiséis Estados Miembros, dado que Bélgica y Luxemburgo comparten un único APPRI, e Irlanda no tiene un acuerdo bilateral de inversiones con China, siguiendo una política nacional que le ha llevado a concluir un solo APPRI con un país extranjero, la República Checa, en 1996<sup>20</sup>. Los veinticinco APPRIs están estructurados de una forma similar por lo que se refiere a los estándares sustanciales y procedimentales, siguiendo el modelo del APPRI con los Países Bajos. Ocho de los APPRIs más antiguos fueron reemplazados por otros nuevos ligeramente modernizados, mientras que otro grupo fue actualizado parcialmente a través de protocolos anejos, y el resto no han sido modificados. Los veinticinco APPRIs pueden ser clasificados como pertenecientes a dos «generaciones» distintas. Existen fundamentalmente dos grandes diferencias entre una y otra generación de APPRIs.

La primera es que en los más recientes se introduce el principio de trato nacional, cuyo objetivo es no discriminar entre inversión doméstica y extranjera, lo que no ocurre en los APPRIs más antiguos. Sin embargo, en la práctica este principio se ve suspendido por la aplicación de medidas heredadas del régimen anterior o por referencias genéricas a legislación china de carácter más general, lo que de forma habitual supone una discriminación real.

En segundo lugar, después de la adhesión de la RPCh al Convenio del CIADI, se hizo posible que los inversores europeos utilizaran el sistema de protección de este organismo bajo determinadas condiciones, como llevar a cabo un examen administrativo previo por parte de las autoridades chinas y la prohibición de iniciar procedimientos paralelos ante los tribunales nacionales y el CIADI (cláusula «*fork in the road*»). En los APPRIs más antiguos, existían limitaciones más severas, sobre el monto máximo de la expropiación, el consentimiento mutuo de los Estados parte en la disputa, o el agotamiento de los remedios procesales locales. Sin embargo, y a pesar de la teórica adhesión al sistema de resolución de conflictos del CIADI, solo se ha llegado a plantear un caso de reclamación de una empresa europea contra China, en 2017, *Hela Schwarz vs. China*<sup>21</sup>.

19. European Commission and High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, *EU-China. A strategic outlook*, Joint Communication to the European Parliament, the European Council and the Council, 12 de marzo de 2019, p. 4, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52019JC0005>.

20. CIADI, *Database of Bilateral Investment Treaties, Czech Republic-Ireland BIT (1996)*, International Investment Agreements Navigator, UNCTAD, accesible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1192/czech-republic---ireland-bit-1996>.

21. *Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China*, Caso CIADI n.º ARB/17/19 (todavía no decidido); vid. sobre este caso, Wei, S., «Parallel Proceedings under Chinese BITs: The

De manera generalizada, los estándares de protección de los APPRIs están redactados de forma bastante vaga, lo que deja un amplio margen de interpretación. Ello ocurre en particular con el «trato justo y equitativo». Excepto en el caso del APPRI entre Francia y China, se trata de una cláusula no cualificada, es decir, no resulta claro si se contempla el estándar mínimo de protección según el derecho internacional consuetudinario o si posee un significado autónomo, en el sentido de expectativas legítimas. Como es bien conocido, esta segunda interpretación ha dado lugar a un sinnúmero de demandas arbitrales contra el derecho de los Estados receptores de legislar basándose en objetivos de políticas públicas.

Aunque los APPRIs integran los cuatro criterios que definen lo que se considera expropiación directa y su compensación, siguiendo la «fórmula Hull», y los APPRIs más recientes incluyen una cláusula estableciendo la revisión judicial de las expropiaciones, ninguno de ellos contiene sin embargo una definición de medidas equivalentes a la expropiación, esto es, expropiaciones indirectas, *creeping expropriations* y expropiaciones de facto. Además, la mayoría de los APPRIs hacen depender la transferencia de los flujos de inversión del régimen de control de cambios chino, y algunos mencionan la posibilidad de considerar como salvaguardas las dificultades en la balanza de pagos. Sin embargo, ningún APPRI incluye plazos claros para dichas limitaciones, lo que genera una incertidumbre legal. Por lo que se refiere a los sistemas de solución de conflictos Estado a Estado, puede constatarse una gran similitud en todos los APPRIs.

En relación con cuestiones que son habituales en los acuerdos de inversión más modernos, únicamente el APPRI con Finlandia contiene una prohibición de medidas discriminatorias o no razonables a la inversión basándose en requisitos de un mínimo contenido local o la existencia de garantías a la exportación, así como una cláusula de transparencia (que también se contiene en el APPRI con Letonia), lo que no es el caso en los demás. El APPRI con Francia establece una reserva en materia de inversiones con el fin de preservar la diversidad cultural y lingüística. Ninguno de los APPRIs incorpora cuestiones de sostenibilidad asociadas a las inversiones, reglas sobre las empresas estatales o sobre transparencia de las subvenciones. Se ha considerado generalmente que los veinticinco APPRIs constituían un marco asimétrico de protección de las inversiones entre países desarrollados exportadores de inversión y un país en desarrollo importador de inversiones. Por ello se trataba en su conjunto de un sistema que hacía concesiones al restrictivo régimen chino y que se acomodaba a su progresiva evolución, pero

---

Case of *Hela Schwarz GmbH v PR China*», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 11, 2020, pp. 336-363.

que es claramente deficiente en relación con el estatus comercial y político alcanzado por la RPCh<sup>22</sup>.

Un cambio importante en la política china respecto a los APPRIs tuvo lugar con el APPRI con Canadá. Si hasta ahora se había seguido el modelo europeo, se produjo una cierta «americanización». China firmó en noviembre de 2012 un acuerdo de protección de inversiones con Canadá que contenía disposiciones que reflejaban el modelo NAFTA, como el «estándar mínimo de trato derivado de la ley internacional», concepto que relativiza los estándares de «trato justo y equitativo» y «plena protección y seguridad de las inversiones», introduciendo un mayor margen de interpretación. Se incluía también la posibilidad de aplicar requisitos de nacionalidad en los Consejos de administración de las empresas y numerosas excepciones a la cláusula de nación más favorecida y al estándar de trato nacional. En concreto, se permitía excluir determinadas actividades económicas e inversiones ya establecidas de la aplicación del principio de trato nacional, mediante reservas que se listaban en un anexo al texto. El acuerdo introducía un amplio margen de capacidad regulatoria para los Gobiernos de ambas partes, autorizando la posibilidad de discriminar a los inversores establecidos en sectores reservados, e imposibilitando el recurso al mecanismo del SCIE. Adicionalmente, el acuerdo China-Canadá incluía un anexo interpretativo de expropiación indirecta que limitaba el derecho a obtener compensación económica por expropiación, condicionándolo a un análisis caso a caso basado en distintos factores (el impacto económico de las medidas, las «expectativas razonables» y el carácter de las medidas en cuestión). Se excluía así mismo del concepto de expropiación las medidas tomadas por los Gobiernos para proteger «objetivos legítimos públicos», como el bienestar de los ciudadanos, la salud, la seguridad o el medio ambiente. Por último, incluía solo un mecanismo de solución de controversias «Estado-Estado» para los servicios financieros<sup>23</sup>.

Este tipo de disposiciones se alejaban de la práctica habitual de la mayoría de los APPRI europeos. La existencia del acuerdo China-Canadá y la negociación de un acuerdo con Estados Unidos presagiaban la existencia de factores que podrían influir sobre el resultado final de las negociaciones con la UE.

---

22. Vid. en el sentido de una progresiva adecuación del régimen chino Shen, W., «Evolution of non-discriminatory standards in China's BITs in the Context of EU-China BIT Negotiations», *Chinese Journal of International Law*, vol. 17, 2018, pp. 799-840, [www.doi.org/10.1093/chinesejil/jmy018](http://www.doi.org/10.1093/chinesejil/jmy018).

23. Serrano Leal, C., «El Acuerdo de inversiones UE-China», *Boletín Económico del ICE*, n.º 3050, abril de 2014, pp. 25-35, p. 32.

### III. LAS POSICIONES DE LA UE Y CHINA EN LAS NEGOCIACIONES DEL ACI

Las posiciones de negociación de la UE y China divergieron en varios aspectos clave desde el principio.

Para la UE el ACI debía cumplir los siguientes objetivos generales: superar la discrepancia global en la relación comercial y de inversión entre China y la UE; crear un terreno común de juego (*level playing field*), con un marco regulatorio seguro y predecible en China; eliminar las limitaciones en el acceso al mercado, tales como autorizaciones y licencias, procedimientos de certificación, restricciones a las inversiones o al tamaño del negocio, o el requisito de entrar en el mercado chino a través de joint ventures; la eliminación del trato discriminatorio de inversores de la UE ya establecidos en China (a través de mayores exigencias administrativas para inversores extranjeros, la protección insuficiente de derechos de propiedad industrial y tecnologías clave, las subvenciones a los competidores chinos y la conducta discriminatoria de las empresas estatales chinas); y, por último, homogeneizar las diferencias resultantes de los veinticinco APPRIs existentes<sup>24</sup>.

Como consecuencia de la nueva política comunitaria sobre inversiones desde 2013 y la estrategia de «Comercio para todos» de la UE, dos objetivos específicos añadidos eran el fomento del desarrollo sostenible y la promoción de estándares medioambientales y laborales.

El hecho de que en enero de 2020 se concluyera entre China y los Estados Unidos un acuerdo comercial «Fase I» de las negociaciones entre ambas potencias<sup>25</sup>, tuvo un evidente impacto en las negociaciones con la UE, al pretender ésta obtener al menos el mismo nivel de concesiones de las autoridades chinas.

Por parte de la RPCh el interés en el ACI estribaba sobre todo más en conseguir un trato y protección uniforme para sus inversores que en el acceso al mercado, dado el alto grado de apertura de la UE a la inversión extranjera. Sin embargo, por parte china ha ido creciendo la inquietud respecto a un aumento de los controles comunitarios o nacionales de los países europeos a la inver-

24. European Commission, *Recommendation for a Council Decision authorising the Commission to open negotiations on an investment agreement between the European Union and the People's Republic of China*, COM(2013) 297 final, Bruselas 2013; y European Commission, *Impact assessment report on the EU-China investment relations accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations on an investment agreement between the European Union and the People's Republic of China*, SWD(2013) 185 final, Bruselas 2013.

25. US Trade Representative, *Economic and Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of China*, 15 de enero de 2020, [https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/phase%20one%20agreement/Economic\\_And\\_Trade\\_Agreement\\_Between\\_The\\_United\\_States\\_And\\_China\\_Text.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/phase%20one%20agreement/Economic_And_Trade_Agreement_Between_The_United_States_And_China_Text.pdf).

sión china basándose en razones de seguridad nacional y orden público (los sistemas de escrutinio ya mencionados). Por ello, el objetivo estratégico del Gobierno chino era garantizar la apertura de los mercados europeos, obteniendo una protección uniforme a través de toda la UE para las inversiones chinas, mejorar la certidumbre jurídica respecto al trato de los inversores chinos en los diferentes países comunitarios, impulsar los flujos de inversión desde China y mejorar las condiciones relativas a los visados, permisos de trabajo y transferencias internas del personal de las empresas chinas.

Las negociaciones se llevaron a cabo con escasa publicidad, publicándose únicamente resúmenes del avance de las sucesivas rondas. Al informe sobre evaluación del impacto en la sostenibilidad de noviembre de 2017, siguió en mayo de 2018 un «papel de posición» (*position paper*) de la Comisión. En la 20.<sup>a</sup> Cumbre UE-China, de julio de 2018, las Partes efectuaron un primer intercambio de ofertas sobre acceso al mercado, mientras subsistían divergencias sustanciales sobre cuestiones centrales, como el trato nacional, el trato justo y equitativo, y se detectaba un muy escaso progreso en los capítulos de solución de conflictos y desarrollo sostenible.

En la siguiente Cumbre UE-China, en abril de 2019, las Partes se comprometieron mutuamente a concluir el ACI en 2020. Las cuestiones principales que se discutieron en las siguientes rondas de negociación hasta diciembre de 2019 incluyeron normas sobre servicios financieros, compromisos relacionados con el trato nacional, el mecanismo de solución de conflictos de Estado a Estado, y cuestiones relativas a la sostenibilidad. Aunque a partir de ese momento se hicieron algunos progresos en áreas técnicas, sobre todo en materia de empresas estatales, transparencia en las subvenciones y transferencia obligada de tecnología, se hizo evidente la falta de interés político al máximo nivel de las autoridades chinas, las cuales insistían sobre la necesidad de que la UE se encontrara con los objetivos chinos «a mitad de camino».

La Cumbre de 2020, que se celebró telemáticamente en julio, concluyó sin los habituales comunicados conjuntos, y en la conferencia de prensa la Presidenta von der Leyen llamó la atención sobre «la necesidad de más ambición en el lado chino para poder llegar al cierre de las negociaciones sobre un acuerdo de inversión»<sup>26</sup>. Tanto los funcionarios de la Comisión como representantes empresariales mostraron repetidamente su escepticismo sobre la posibilidad de llegar a un acuerdo antes de finales de 2020, señalando que quedaba mucho trabajo por hacer en relación con el acceso al mercado en los sectores de telecomunicaciones, salud, biotecnología, vehículos impulsados

26. Comisión Europea, «Statement Summit videoconference by President von der Leyen at the joint press conference with President Michel, following the EU-China», 22 de Junio de 2020, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_20\\_1162](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1162).

por nuevas energías y desarrollo sostenible. En sus conversaciones con la sociedad civil, la Comisión advertía también sobre las dificultades en otras áreas, como las tecnologías de la información, manufactura, ingeniería, biotecnología y finanzas<sup>27</sup>.

No fue hasta que Alemania asumió la presidencia de turno del Consejo de la UE en la segunda mitad de 2020 cuando las negociaciones se aceleraron. La Canciller Merkel había fijado como uno de los objetivos de la Presidencia alemana concluir el acuerdo antes de que ésta finalizara. En este sentido, jugó un papel principal para que el resto de los líderes europeos aceptaran un acuerdo tan vital para los intereses de la industria alemana. Desde el lado chino, de forma inusual, el presidente Xi se implicó de forma personal e hizo concesiones hasta conseguir cerrar el acuerdo. Sin duda, influyó también la victoria de Joe Biden en las elecciones presidenciales americanas, lo que le permitía a China jugar sus bazas con la expectativa de una menor dependencia de la presión norteamericana. Algunos comentaristas estadounidenses han interpretado el ACI como una oportunidad para la UE de desplegar sus ansias de «autonomía estratégica» frente a los Estados Unidos, a la vez que un notable éxito para el Gobierno chino. En realidad, en el contexto de las expectativas creadas por la Administración Biden de relanzamiento de la relación transatlántica, si bien el ACI resalta el elemento competitivo de la esencial ecuación china, también puede ser utilizado de un modo productivo en la «multilateralización» del triángulo de las relaciones EU-USA-China.

#### IV. LA NUEVA POLÍTICA COMUNITARIA Y LA ESTRATEGIA CHINA EN RELACIÓN CON LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO

En virtud del Tratado de Lisboa de 2009, y dentro de los límites establecidos por la Opinión consultiva 2/15 del Tribunal de Justicia de la UE de 2017, se produjo un vuelco de ciento ochenta grados en las políticas de inversión de los Estados miembros, al haber asumido la UE la competencia exclusiva en materia de inversión extranjera directa<sup>28</sup>.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en noviembre de 2009, las inversiones directas quedaron incorporadas a la política comercial común de la UE recogida en el artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la UE como competencia exclusiva de la UE. De esta manera se establecía la base legal para

27. Un resumen de las diferentes áreas desde una perspectiva crítica sobre el ACI en Lawrence, J., Van Ho, T., y Vastardis, A.Y., *EU-China Comprehensive Agreement on Investment. A Scoping Study*», Heinrich Böll Foundation, Diciembre 2020, [https://www.boell.de/sites/default/files/2020-12/E-Paper-EU-China-Investment-Agreement-on-Investment.pdf?dimension1=division\\_ip](https://www.boell.de/sites/default/files/2020-12/E-Paper-EU-China-Investment-Agreement-on-Investment.pdf?dimension1=division_ip).

28. Hinojosa Martínez, L., «El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 52, 2015, pp. 871-907.



que la UE negociara acuerdos de protección de inversiones, algo que, hasta entonces, solo podían hacer los Estados miembros. En 2012, la UE adoptó un reglamento que creó un conjunto de normas transitorias para los acuerdos bilaterales de inversión entre los miembros individuales de la UE y los países no pertenecientes a la UE, con el fin de asegurarse de que estos acuerdos fueran coherentes con la legislación comunitaria y con la política de inversión de la UE, estableciendo, entre otros requisitos, que los Estados miembros mantuvieran informada a la Comisión de los casos que se plantearan en su contra<sup>29</sup>. El alcance de la competencia europea suscitó un vivo debate que llegó a su punto álgido con la solicitud de la Comisión al Tribunal de Justicia en 2015 de un Dictamen sobre el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur sobre la delimitación exacta de las competencias entre la Unión y los Estados miembros en materia de IED. El TJUE falló en 2017 confirmando la competencia exclusiva de la UE<sup>30</sup>. La nueva competencia en materia de inversiones ha permitido a la UE entablar negociaciones con un buen número de países y concluir Acuerdos de comercio e inversión con Canadá, o Acuerdos de comercio y Acuerdos de inversión con Singapur, Vietnam y México, en los que se incluye el nuevo SCIE promocionado por la UE, así como compromisos de cooperar en favor de la creación de la Corte Multilateral de Arbitraje que promueven las autoridades comunitarias.

Desde 2015 la UE ha estado fomentando este novedoso enfoque tanto en acuerdos de inversión bilaterales como multilaterales. En sus negociaciones bilaterales de inversión, la UE incluye este Sistema de Tribunales de Inversión (STI), así como estándares modificados de protección de inversiones que reconocen específicamente el derecho de los Estados a regular. El objetivo de la UE es reemplazar con un órgano jurisdiccional institucionalizado el anterior modelo de tribunales arbitrales establecidos ad hoc para disputas específicas, que ha sido objeto de aceras críticas por parte de la Comisión y el Parlamento Europeo en los últimos años, queriendo con ello recoger los interrogantes abiertos por determinados sectores de la opinión pública. Las instituciones comunitarias han ido aprobando sucesivos documentos a través de los cuales han perfilado su estrategia, que ha sido básicamente asumida por los Estados miembros<sup>31</sup>. El objetivo final, el proyecto de un Tribunal o Corte Multilateral

29. Reglamento n.º 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, *DOUE* 20.12.2012.

30. Sobre este desarrollo y sus consecuencias legales y políticas vid. Cremona, M., «Shaping EU Trade policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017; ECJ, 16 May 2017, Opinion 2/15 Free Trade Agreement with Singapore», *European Constitutional Law Review*, 14(1), 2018, pp. 231-259.

31. Los documentos para la reforma del SCIE incluyen la Propuesta de una nueva Corte Multilateral de Inversiones, una Hoja de Ruta, Informes de evaluación de impacto, Consultas a las partes interesadas, etc., que pueden ser consultadas en «Reform of the Mechanism

de Inversiones, se plasmó en el «Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI<sup>32</sup>, organismo al que se ha otorgado el encargo de debatir las diversas propuestas, bien de reforma, bien de modificación radical<sup>33</sup>. El objetivo decidido de la UE y sus Estados miembros es la de llevar a cabo un «cambio estructural sistémico», que se entiende necesario para «garantizar los más altos estándares de legitimidad, transparencia y neutralidad».

Es decir, a nivel multilateral la UE persigue el establecimiento de una Corte Multilateral de Inversiones a través de su influencia y lobbying en la CNUDMI, que, una vez establecido, reemplazaría tanto los SCIES de los APPRI bilaterales de los Estados miembros como el Sistema de Tribunales de Inversión creados a través de los nuevos Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) comunitarios<sup>34</sup>. Es ahí donde el Acuerdo de Inversiones con China, decantándose –o no– por los Tribunales de Inversión, y sobre todo, su posterior posicionamiento en el seno de CNUDMI, pueden tener una influencia posiblemente decisiva (junto con el papel que, obviamente, se determine a jugar la Administración Biden) sobre el futuro de la Corte Multilateral de Inversiones.

La UE está también inmersa en un proceso de modernización del Tratado de la Carta de la Energía, único acuerdo en vigor del que la UE es parte, y que incluye un mecanismo de SCIE. Este proceso persigue la adaptación de las

---

of ISDS», <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1972>; además se adoptó el Reglamento n.º 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, de 23 de julio de 2014, *DOUE L 257/121*, en el que se establece que las indemnizaciones y gastos en arbitrajes de inversión donde la UE sea parte y resulte condenada, siendo responsable un Estado miembro, correrán a cargo de la UE y del Estado miembro concernido.

32. *Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI*, de 18 de enero de 2019, que lleva como subtítulo «Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones», accesible en [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc\\_157631.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157631.pdf), y anteriormente, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados – Documento presentado por la Unión Europea*, A/CN.9/WG.III/145, accesible en [www.uncitral.un.org/es/working\\_groups/3/investor-state](http://www.uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state).
33. Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo III (*Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados*); vid. en particular A/CN.9/964, *Informe del Grupo de Trabajo III sobre la labor realizada en su 36.º periodo de sesiones*, 6 de noviembre de 2018, accesible en [www.undocs.org/es/A/CN.9/964](http://www.undocs.org/es/A/CN.9/964), y la *Declaración del Grupo de los 77 y China formulada por Ecuador* en ese 36.º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III (que tuvo lugar del 29 de octubre al 2 de noviembre de 2018).
34. Utilizo el término «Tratado Bilateral de Inversión (TBI)», en vez de APPRI, para los nuevos acuerdos de inversión suscritos por la UE en conformidad con el nuevo enfoque. La terminología comunitaria utiliza este término tanto para los «viejos» como para los «nuevos» BITs.

normas de protección y un mecanismo de solución de controversias que siga también el nuevo enfoque de la UE<sup>35</sup>.

Por otra parte, por lo que hace referencia a China, desde que firmó su primer APPRI con Suecia en 1982, la regulación del sistema de solución de conflictos de inversión ha sido una cuestión muy relevante en los APPRIs chinos.

Hasta la actualidad, China ha concluido 138 APPRIs, de los cuales 126 están en vigor; el segundo país, tras Alemania, en el número de APPRIs firmados. Adicionalmente, China formalizó un acuerdo trilateral de inversiones con Japón y Corea del Sur en 2012 y 2013; acuerdos de libre comercio que contienen cláusulas sobre inversiones.

En cuanto a la heterogeneidad de sus sistemas de solución de conflictos, los APPRIs pueden sistematizarse en tres generaciones distintas (de 1984 a 1999, de 1999 a 2007, y de 2007 a la actualidad). El ACI inauguraría una «cuarta generación»<sup>36</sup>. Un análisis de los mecanismos utilizados a lo largo de estas cuatro décadas de APPRIs chinos muestra los desafíos que estas cláusulas han supuesto al régimen tradicional de adjudicación de disputas entre inversores y Estados, también actualmente en el contexto de la «Iniciativa de la Franja y la Ruta» (IFRI) (*Belt and Road Initiative*)<sup>37</sup>, y las opciones de China en relación con el ACI y a futuro. Diversos analistas han señalado cómo en el proceso China podría transformarse de un actor pasivo (*rule-taker*) en la evolución de los sistemas de solución de disputas de arbitraje a un jugador activo (*rule-maker*)<sup>38</sup>. Aunque no existe evidencia de que este sea el rol que China desea encarnar, es previsible que el ACI tenga una incidencia relevante en un posible endorso por parte de la RPCh de la Corte Multilateral de Inversiones tan vigorosamente promovido por la UE.

Desde 2007 China empezó a desviarse del modelo tradicional europeo que habían seguido los APPRIs chinos hasta entonces negociados, orientándo-

35. European Commission, *EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT)*, accesible en [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc\\_158754.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf); vid. el comentario de Florou, A., «ECT Modernisation Perspectives: The Energy Charter Treaty and EU Law –A Cherry-Picking Relationship?», *Kluwer Arbitration Blog*, 26 de julio de 2020, accesible en [www.arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020](http://www.arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020).

36. LI, Y., Bian, Ch., «China's stance on Investor-State Dispute Settlement: Evolution, Challenges, and Reform Options», *Netherlands International Law Review*, vol.67, 2020, pp. 503-551.

37. Ferdinand, P., «Westward ho– the China dream and One belt, One road': Chinese foreign policy under Xi Jinping», *International Affairs*, vol. 92, 2016, pp. 941-957. Vid. sobre la «Iniciativa de la Franja y la Ruta», Beneyto, J.M., Fanjul, E. (eds.), *El papel de España en la nueva ruta de la seda*, Pamplona: Aranzadi, 2018.

38. Chi, M., «From Europeanization toward Americanization: the shift of China's dichotomic investment treaty-making strategy», *Canadian Foreign Policy Journal*, vol. 23, 2017, pp. 158-170.

se hacia el tipo de acuerdos más comprehensivos y elaborados de los Estados Unidos, como por ejemplo el NAFTA. Una de las características más relevantes de esta nueva generación de acuerdos fue la expansión de las cláusulas sobre solución de disputas<sup>39</sup>. Como había sido habitual en los APPRI anteriores, se mantuvo la condición de un período de «enfriamiento» (*cooling-off period*) de 6 meses antes del comienzo del arbitraje para intentar llegar a una solución amigable. En general, estos Acuerdos seguían en muchos puntos el Modelo de APPRI norteamericano de 2004, por ejemplo a la hora de exigir la violación de obligaciones específicas derivadas de los artículos del acuerdo y la relación causal con los daños generados, lo que en principio establecía un umbral más elevado de admisibilidad para el mecanismo de solución de conflictos. También introdujeron, como ya hemos señalado más arriba, la interpretación restrictiva del trato de nación más favorecida. En todos ellos se mostraba el interés del Gobierno chino por fijar un equilibrio entre la protección de los inversores y la preservación del derecho a regular del Estado receptor. El ejemplo más representativo de esta tercera generación de APPRI fue el concluido con Canadá en 2012.

En 2008, cinco años antes de que, en noviembre de 2013, se iniciaran las negociaciones entre la UE y China, los Estados Unidos y China volvieron a entablar las conversaciones llevadas a cabo durante el período 1983-1987, que entonces habían conducido a un callejón sin salida por las diferencias irreconciliables entre las dos partes. Estas negociaciones parecieron llegar a su conclusión en 2016, pero fueron interrumpidas con la llegada del presidente Trump al poder, hasta concluirse parcialmente con el Acuerdo «Fase I» en 2020.

Aunque la insistencia en el acceso al mercado chino es común, la mayor diferencia entre la UE y los Estados Unidos estriba en el sistema de solución de disputas propuesto, pues frente al Sistema de un Tribunal de inversiones bilateral, que podría ser sustituido por una Corte Multilateral de Inversiones, los Estados Unidos son partidarios de un enfoque progresivo, que vaya introduciendo sucesivas reformas en el sistema.

## V. EL CONTENIDO DEL ACI Y SUS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS

El ACI se inicia con un «preámbulo» en el que se reafirma el compromiso de ambas partes con la Carta de Naciones Unidas, con especial atención a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Esta referencia no deja de tener un fuerte contenido político, sobre todo desde la perspectiva de

39. Chi, M., Wang, X., «The evolution of ISA clauses in Chinese IIAs and its practical implications: the admissibility of disputes for investor-state arbitration», *The Journal of World Investment and Trade (JWIT)*, vol. 16, 2015, pp. 869-898.

los objetivos perseguidos por la UE, si se tiene en cuenta además que viene acompañada de una declaración por la que ambas partes acuerdan promover las inversiones de forma que se garantice la protección de altos niveles de derechos medioambientales y laborales, incluyendo la lucha contra el cambio climático y contra el trabajo forzado. También se incluye un compromiso por el que las Partes se obligan a fomentar la responsabilidad social corporativa «o conducta empresarial responsable».

En la Sección I, «Objetivos y definiciones generales», se recogen una serie de cláusulas de aplicación horizontal, tales como los objetivos del Acuerdo y la reafirmación del derecho de las Partes a regular siguiendo objetivos de política pública en una amplia gama de ámbitos, como la protección de la salud, de los servicios sociales, de los consumidores, de los datos personales o de la privacidad, pero también con el fin de proteger «la moral pública», la educación pública y la promoción de la diversidad cultural.

Por lo que se refiere a la liberalización de las inversiones, el texto contiene obligaciones sobre acceso al mercado, trato nacional no discriminatorio y trato de nación más favorecida, así como una lista de restricciones o condiciones a las inversiones que las partes se comprometen a eliminar, como son las exigencias de contenido local, requisitos de transferencia de tecnología, o metas de investigación y desarrollo. También las partes acuerdan no imponer requisitos de nacionalidad a los ejecutivos senior o a los miembros del Consejo de Administración.

Sin embargo, una serie de sectores han quedado excluidos de estos principios liberalizadores: servicios audiovisuales, servicios de transporte aéreo y relacionados con él, y actividades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Tampoco se cubre, como había sido uno de los objetivos de los negociadores comunitarios, la contratación pública, ni básicamente las subvenciones públicas. En estos dos puntos lo alcanzado ha quedado notoriamente por debajo de lo que desde el principio habían sido ambiciones muy precisas contenidas en el mandato de negociación de la UE.

Para la implementación de los compromisos de liberalización, el Acuerdo sigue la metodología de la lista negativa en Anexos específicos por lo que se refiere al trato nacional, trato de nación más favorecida, ejecutivos senior y Consejos de Administración, así como requisitos operativos (*performance requirements*). Ello significa que las Partes se comprometen a no otorgar un trato discriminatorio a los inversores de la UE, por ejemplo, estableciendo prohibiciones genéricas a las inversiones que realicen, o exigiendo concluir *joint ventures* con empresas chinas, o cumplir requisitos de nacionalidad, y ello transversalmente a través de todos los sectores, excepto si existe una reserva específica en las listas de los Anexos.

El método seguido respecto al acceso al mercado es distinto, al basarse en un listado positivo. Esta obligación de no imponer restricciones cuantitativas, tales como limitar el número de licencias para cada ramo, reservarse derechos de monopolio, o imponer tests de necesidades económicas, se extiende a los sectores incluidos en los Anexos sobre los que existen restricciones de liberalización. La filosofía genérica que se ha adoptado es la de vincular los compromisos de liberalización a un proceso dinámico que supone que cualquier medida que en el futuro pudiera volver a establecer restricciones en áreas ahora liberalizadas, se considerarán prohibidas por el Acuerdo.

¿Cómo afecta el ACI a la entrada de las inversiones chinas en Europa?

En términos generales, por lo que se refiere a los servicios, el mercado europeo ya está ampliamente liberalizado siguiendo los compromisos adquiridos en el GATS. Más allá de estas obligaciones, la UE concede en el ACI acceso adicional al mercado, particularmente en el sector manufacturero. La Comisión considera que se ha preservado suficientemente el espacio regulatorio europeo en áreas sensibles, como las infraestructuras energéticas, la agricultura, la pesca, la minería o los servicios públicos. En áreas que no son sensibles, la UE considera que no se obliga con sus actuales niveles de apertura, a la par que mantiene su espacio regulatorio.

La Comisión entiende que China está asumiendo importantes compromisos que reducen la simetría actual<sup>40</sup>. Estos compromisos van más allá del GATS, señaladamente en servicios financieros, servicios medioambientales, tecnologías de la información, transporte aéreo auxiliar y transporte marítimo internacional. China se ha comprometido a mayores niveles de liberalización en los sectores de la salud privada, nuevos vehículos energéticos, servicios de *cloud*, así como en servicios de reserva por ordenador. En los sectores que no son servicios, China está asumiendo compromisos más amplios en el sector manufacturero, y más limitados en agricultura, pesca, minería y energía. La liberalización y los compromisos alcanzados deberían beneficiar no solo a la UE sino también a otros países por medio de la cláusula de nación más favorecida del GATS. Sin embargo, el sistema de excepciones y salvaguardas de los Anexos I y II, así como en las «disposiciones finales» (arts. 4 a 10), obligan a ser muy cautos en cuanto a lo verdaderamente conseguido de las autoridades chinas, y mucho dependerá de la implementación efectiva.

En lo relativo a la entrada y la permanencia temporal, los empleados de inversores extranjeros, ejecutivos y especialistas de compañías europeas o chinas podrán trabajar hasta tres años en sus filiales en el otro país, sin estar sometidos a restricciones de residencia como cuotas. A los empleados de las

40. G. Grieger, «EU-China Comprehensive Agreement on Investment...» (vid. *supra* nota 7), pp. 6-7.

empresas inversoras europeas o chinas se les permitirá visitar libremente el otro país antes de realizar la inversión.

Por lo que se refiere al objetivo de garantizar un terreno equilibrado de juego (*level playing field*), las obligaciones asumidas se refieren sobre todo a las empresas estatales (o SOEs), a las transferencias forzadas de tecnología y a la transparencia de las subvenciones.

El ACI establece que las empresas estatales tendrán que actuar con arreglo a consideraciones comerciales y no podrán discriminar en sus compras o ventas de productos. En el punto clave de la definición de SOE se determina que «empresas de propiedad estatal» es un concepto amplio que incluye entidades controladas por el Estado a través de una participación minoritaria o título legal equivalente, así como monopolios estatales o entidades con derechos especiales o privilegios públicos.

Aunque las normas que se han acordado tienen como objetivo alcanzar un terreno de juego más equilibrado entre compañías públicas y privadas, con el fin de favorecer la competencia y la confianza de los inversores, la variedad y multiplicidad de las empresas chinas con participación estatal, unido a las excepciones incorporadas, no excluye el riesgo de haber abierto el mercado europeo a las empresas estatales chinas sin que las contrapartidas sean todavía evidentes. El ACI incluye reglas específicas de transparencia, como la obligación de las partes de facilitar la información necesaria para evaluar si la conducta de una entidad determinada (o de un grupo de entidades) cumple las obligaciones del Acuerdo.

El ACI contempla reglas más claras contra la transferencia obligatoria de tecnología, de tipo directo, como la exigencia de requisitos de inversión que obligan al *transfer* de tecnología, o indirectas, como las obligaciones que interfieren con la libertad de contratación para la concesión de licencias de tecnología. Estas normas incluyen también la protección de los secretos empresariales y la confidencialidad de la información obtenida por órganos administrativos sin autorización expresa para ello.

En relación con las subvenciones públicas, se expande el régimen actual de la normativa multilateral sobre bienes del GATT a los servicios. Se prevé así mismo un procedimiento específico de consultas sobre subvenciones públicas que pudieran tener un efecto negativo sobre la inversión de la otra parte.

Siguiendo las normas del GATS y las actuales negociaciones multilaterales sobre regulación de servicios, se ha acordado que cualquier autorización, licencia o procedimiento exigido sea accesible públicamente, fácilmente inteligible, y razonable, de manera que no actúen como barreras a la inversión. También en relación con las medidas regulatorias y administrativas se estable-

cen requisitos de transparencia cuyos objetivos son reforzar la previsibilidad y la seguridad jurídica, así como los derechos del proceso, incluyendo los casos de derecho de la competencia. Finalmente, en este apartado, se establece la obligación de favorecer un acceso no discriminatorio a las entidades de fijación de estándares de la otra Parte, considerando también los comités técnicos en sectores relacionados con semiconductores, tecnologías de la información y telecomunicaciones.

Las cláusulas referentes a los servicios financieros contienen definiciones específicas, excepciones y reglas de disciplina en relación con nuevos servicios financieros, medios de pago y sistemas de compensación. Todo ello se considera por la UE muy necesario para abordar las particularidades del sector financiero y complementar las obligaciones derivadas del acceso al mercado y el principio de trato nacional.

Particularmente positivos han sido, desde el punto de vista de la Comisión, los resultados obtenidos en lo relativo al desarrollo sostenible. En esta área, el ACI incluye las siguientes obligaciones:

- no rebajar los estándares laborales y medioambientales con el objetivo de atraer inversiones;
- ejecutar los acuerdos multilaterales de protección del medio ambiente, incluyendo el Convenio de NU sobre Cambio Climático y el Acuerdo de París;
- ejecutar los Convenios de la OIT ratificados por China, y realizar esfuerzos continuados para ratificar los otros Convenios de la OIT, en primer término, el de trabajos forzados;
- promover la responsabilidad social corporativa de las empresas;
- crear un marco institucional para la participación de la sociedad civil en la ejecución de las obligaciones de desarrollo sostenible;
- establecer un mecanismo para resolver las posibles diferencias sobre la ejecución de los compromisos de desarrollo sostenible, a través de consultas gubernamentales, el recurso a un panel independiente de expertos y la publicación de un informe sobre cuya base las partes discutan las medidas a adoptar para resolver el conflicto.

En relación con la solución de conflictos, el ACI crea diferentes mecanismos, siguiendo las opciones establecidas en los Acuerdos suscritos con Canadá, Singapur, Vietnam y México.

Además de los instrumentos creados para la solución de las posibles diferencias en relación con la ejecución de los compromisos de desarrollo sostenible (consultas, panel de expertos, informe, seguimiento de medidas de cumplimiento), se establece un mecanismo de solución de disputas Estado a



Estado, que incluye consultas diplomáticas, un procedimiento de mediación<sup>41</sup> y el recurso a un panel de arbitraje compuesto por tres árbitros.

Siguiendo la filosofía comunitaria explicitada más arriba, la composición y la creación de este panel de árbitros se basa en un sistema de listas permanentes de árbitros previamente seleccionados, de los que en cada caso la Parte elige un árbitro, y el presidente es seleccionado por ambas Partes de una tercera lista en la que no pueden figurar nacionales de las mismas.

El mecanismo de solución de controversias establece hitos claros predefinidos en materia de ejecución de las decisiones resolutorias o laudos arbitrales, así como de las etapas posteriores a la ejecución. Las reglas de procedimiento de los paneles fijan reglas detalladas para los procesos arbitrales, con un código de conducta para los miembros de los paneles que asegure su independencia e imparcialidad. A la hora de firmar el Acuerdo este código se hallaba todavía en discusión y constituía uno de los puntos abiertos a negociar dentro del plazo de los dos años siguientes.

El compromiso de las partes es de proceder en ese plazo a la conclusión definitiva de las negociaciones, tanto en lo referente a los puntos aún abiertos sobre la protección de las inversiones como, en particular, al sistema de solución de conflictos o Sistema de Tribunal de Inversiones que la UE persigue. En el ACI se especifica que el objetivo **común** de la UE y China es el de trabajar en favor de un sistema «modernizado» de solución de conflictos que tenga en cuenta la tarea que se está llevando a cabo en el contexto de CNUDMI en relación con la posible creación de una Corte Multilateral de Inversiones.

El ACI se complementa con un marco institucional de naturaleza diplomática cuya finalidad es llevar a cabo una supervisión eficiente de la implementación del Acuerdo. Así se crea un Comité de Inversión, a nivel de Viceprimer Ministro de China y Vicepresidente de la Comisión, que será el máximo órgano de supervisión, pudiéndose recabar con un preaviso mínimo una reunión entre los dos Copresidentes para resolver cualquier cuestión urgente que se suscite en relación con la ejecución del ACI. Los dos co-presidentes son así mismo quienes presiden el Diálogo EU-China de Alto Nivel de Economía y Comercio. Es también el Comité de Inversiones el órgano encargado de establecer la lista de árbitros para el mecanismo de solución de controversias Estado a Estado.

---

41. Acorde con su tradición cultural, existe por parte china un interés acentuado en la mediación, que se considera puede ser eficaz en la solución de conflictos entre inversores y las Partes, e incitar a otros Estados e inversores a su utilización, vid. sobre esta cuestión Zhao, Ch., «Investor-State Mediation in a China-EU Bilateral Investment Treaty: Talking About Being in the Right Place at the Right Time», *Chinese Journal of International Law*, vol. 17, 2018, pp. 111-135.

Por debajo de este Comité se crean dos Grupos de Trabajo específicos, sobre Inversiones y sobre Desarrollo Sostenible, cuya función es preparar las reuniones del Comité de Inversión y debatir sobre cualquier punto referente a la implementación del ACI. Por último, un mecanismo institucional de supervisión prevé un intercambio cualificado de información entre las Partes y la participación de la sociedad civil a través de diálogos regulares.

En lo que se refiere a la negociación del SCIE, hay que tener en cuenta que, en los Sistemas de Tribunales de Inversión incluidos en el CETA lo que se prevé es un mecanismo de dos instancias, un Tribunal de Inversión de Primera Instancia y un Tribunal de Apelación, y que la administración de los procedimientos se asigna al CIADI, con reglas de procedimiento fijadas en cada texto. Además de los acuerdos ya suscritos y que han entrado en vigor, la UE negocia, solo en la región del Sudeste asiático, desde hace varios años acuerdos comerciales o de inversión con Malasia, Tailandia, Filipinas e Indonesia. Sin embargo, en los acuerdos que están siendo negociados con Australia, Nueva Zelanda y Japón no se contempla el Sistema del Tribunal de Inversiones.

## VI. IMPACTO DEL ACI EN LA PROPUESTA DE LA UE DE UNA CORTE MULTILATERAL DE INVERSIONES

Desde que en 2017 CNUDMI recibió el mandato de trabajar en una posible reforma del SCIE, las deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo III han resultado en varias opciones planteadas por los Estados. Para favorecer la participación de un mayor número de países en las deliberaciones, el Grupo de Trabajo III ha introducido lo que se ha denominado una aproximación «múltiple», con un menú de posibles opciones de reforma, de entre los que los Estados podrían en el futuro seleccionar una opción o una combinación de ellas.

Estas opciones son las siguientes: i) una reforma limitada de algunos aspectos del actual sistema de arbitraje inversor-Estado, entre las que se señalan la introducción de un código de conducta, nuevos mecanismos para la selección y nombramiento de los árbitros, y algunas innovaciones procedimentales, como los arbitrajes acelerados o la inadmisión de reclamaciones temerarias; ii) un mecanismo permanente de solución de disputas, a semejanza del STI comunitario; iii) únicamente un mecanismo de solución de disputas Estado a Estado; iv) un sistema que combine elementos de un mecanismo permanente y del actual arbitraje inversor-Estado<sup>42</sup>.

42. Roberts, A., «UNCITRAL and ISDS Reforms: Moving to Reform Options...the Politics», *European Journal of International Law*, Talk, 8 de noviembre de 2018, accesible en <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-moving-to-reform-options-the-politics/>, y Roberts,

Las diferencias existentes entre los Estados son muy sustanciales. Brasil, por ejemplo, no acepta el arbitraje inversor-Estado y aboga por el arbitraje Estado-Estado y la creación de un ombudsman o mediador. Sudáfrica, por su parte, defiende una combinación de varios posibles mecanismos<sup>43</sup>. Si lo que finalmente llegara a prevalecer fuera un instrumento abierto que permitiera la utilización flexible de una o varias de las opciones señaladas, se considera que China podría hacer uso de esta flexibilidad para poder ir actualizando progresivamente su muy plural sistema de APPRIs. Y las reformas responderían a las diferentes filosofías de solución de conflictos de las diferentes generaciones de APPRIs que ha suscrito, pero también se adecuarían a las exigencias de otras contrapartes pues, en general, China ha tendido en el pasado a acomodarse a los mecanismos de solución de controversias postulados por las contrapartes. Si finalmente aceptara el STI europeo, esta decisión podría tener una influencia relevante.

La posición de la Comisión responde a la filosofía de una reforma estructural sistémica, pues se entiende que reformas parciales o incrementales solo podrían solucionar algunos de los problemas que se aducen, y dejarían otros sin resolver. La UE entiende que con la creación de una Corte Permanente con dos instancias y con jueces permanentes se conseguiría la coherencia, previsibilidad, transparencia y eficiencia en los procedimientos, así como la imparcialidad, especialización y diversidad en los jueces, que aparentemente no existen –o de manera deficiente– en el actual sistema de arbitraje de inversiones<sup>44</sup>. Para cubrir los acuerdos de inversión actualmente existentes y los que se concluyan en el futuro, la propuesta de la Comisión prevé una cláusula de *opt-in*, por la que se establecería que, en futuros conflictos resultantes de los BITs, la su resolución se sometería a la jurisdicción de la Corte Multilateral<sup>45</sup>.

Se considera que para la creación de este órgano harían falta un mínimo de 40 países que la avalaran. Aunque es todavía incierto si China acabará sumándose a esta iniciativa como fruto de las negociaciones de los dos próximos años, tal como establece el ACI, o si lo hará en un período posterior, la decisión del Gobierno chino en este sentido tendría sin duda un fuerte impacto sobre la subsistencia de los actuales mecanismos de SCIE<sup>46</sup>.

---

A., «Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration», *American Journal of International Law*, vol. 112, 2018, pp. 410, 431-432.

43. *Submission of the Government of South Africa*, Working Group III (Investor State Dispute Settlement Reform) accesible en <http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP176>.

44. Vid. *supra* nota 31.

45. Council of the European Union, *Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*, accesible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>.

46. Chaisse, J., *China-European Union Investment Relationships: Towards a New Leadership in Global Investment Governance?*, Edward Elgar: Londres, 2018; *Ibid.*, *China's Internatio-*

Para algunos autores<sup>47</sup>, podría estar en el interés pragmático de China apoyar la vía de la Corte Multilateral y de una cláusula de *opt-in* para llevar así a cabo más fácilmente la hercúlea tarea de modernizar y homogeneizar la maraña de sus APPRI actualmente suscritos. El muy extenso número de APPRI suscritos por China genera irremediabilmente diferentes niveles de protección de los inversores de terceros países y diferentes niveles de acceso a los SCIE, y esta asimetría se acentúa con la Iniciativa de la Franja y la Ruta<sup>48</sup>.

A finales de enero de 2020 China había firmado Memorandos de Cooperación relativos a la IFR con 138 países. De ellos un 30% no tenía ningún APPRI suscrito con China, y 60 de estos países habían concluido APPRI de primera generación, lo que supone que con un gran número de ellos no existían mecanismos de solución de disputas de inversión o éstas estaban limitadas a compensaciones económicas debidas a expropiaciones directas. Algunas de las disputas con países de la IFR se resuelven en la actualidad a través de canales diplomáticos o políticos, pero esto genera acusaciones de que la estrategia del Gobierno chino está dirigida a crear «trampas de la deuda» y obtener ventajas negociadoras en la competencia geopolítica con sus vecinos. Dado el deficiente nivel de funcionamiento del Estado de Derecho y de los tribunales en bastantes de estos países, no parece que la solución pueda ser recurrir a los tribunales domésticos o al arbitraje comercial, con las dificultades, en este último caso, de la ejecución de los laudos.

Para intentar resolver estos problemas, China está utilizando diferentes vías. Una es la de modernizar los APPRI existentes y ampliar su número. Otra es promover instituciones domésticas chinas para la resolución de disputas entre inversores y Estados, una tendencia que se inició con la Corte de Arbitraje Internacional de Shenzhen en 2016 y se continuó en el marco de CIETAC y de la Comisión de Arbitraje de Beijing.

La posición de China con relación a la reforma del SCIE que se está discutiendo en el Grupo de Trabajo III de CNUDMI parece encontrarse entre los partidarios de medidas progresivas de reforma y los que avalan una reforma más profunda, alejada por tanto de los que favorecen una reforma radical y un cambio total de paradigma. China reconoce los problemas estructurales del actual SCIE y prefiere mejoras incrementales, como la instauración de un

---

*nal Investment Strategy: Bilateral, Regional, Global Law*, Oxford University Press: Oxford, 2019.

47. Li, Y., Bian, Ch., «China's Stance on Investor-State Dispute Settlement: Evolution, Challenges, and Reform Options», *Netherlands international Law Review*, vol. 67, 2020, pp. 503-551.

48. Sobre esta problemática, Petersmann, E.-U., «International settlement of trade and investment disputes over Chinese silk road projects' inside the European Union», *EUI Working Paper LAW 2020/02*, European University Institute, accesible en <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/66869>.

mecanismo permanente y multilateral de apelación; a la vez se muestra vacilante a la hora de avalar oficialmente una Corte Multilateral de Arbitraje como proponen los «reformistas sistémicos», y en primer término la UE. Tampoco cabe excluir que China continúe adoptando múltiples estrategias a la hora de proceder a la reforma del actual sistema de gobernanza global, y que pudiera utilizar las divergencias internas entre los países de la UE en su propio favor<sup>49</sup>.

Es ciertamente muy prematuro e incierto afirmar que el ACI pueda llegar a suponer un desenganche europeo de la estrategia norteamericana y dar lugar a una mayor centralidad de la relación Europa-China<sup>50</sup>. El avance de las negociaciones respecto al sistema de solución de controversias inversor-Estado que finalmente se adopte en el marco del ACI puede ser en este contexto un indicador interesante. Es posible que con la propuesta europea se solucionaran algunos de los problemas institucionales y de procedimiento que la posición de la UE en CNUDMI pretende solventar. Lo que no se garantiza con ello es que no se pierdan también de esa forma las ventajas que el actual sistema de SCIE ha demostrado tener en la práctica.

## VII. CONCLUSIONES

El ACI favorecerá una mayor reciprocidad en las inversiones entre Europa y China y dará un nuevo vigor a las inversiones mutuas, un campo claramente deficitario si lo comparamos con la relación comercial. En 2019 la UE superó a los Estados Unidos, convirtiéndose, con un volumen comercial bilateral de 560 billones, en el primer socio comercial de China. Sin embargo, las inversiones solo llegaron a 19 billones, lo que apenas supone el 3% del monto comercial. El acuerdo concluido con la UE es el más ambicioso que China haya negociado nunca. Es, por ejemplo, la primera vez que la RPCh acepta el acceso a su mercado industrial. El ACI promoverá en el futuro la expansión de la inversión bilateral en muchos sectores, ayudando así a la reconstrucción post-Covid en Europa.

Además, el ACI va a generar reformas estructurales, junto a impulsar la conversión hacia una economía de mercado en China, y reforzar su crecimiento económico. Puede ser un instrumento importante para la reforma de las empresas estatales, abriéndolas también a la competencia internacional y a su participación en concursos internacionales, y ayudándolas a liberarse de su actual sobreprotección y financiación dirigida. Ello tendrá a su vez efectos positivos sobre las empresas privadas chinas. El resultado será un incremento

49. Burnay, M., «China and Global Governance: Towards a Low-Cost Global Legal Order? *The Hague Yearbook of International Law*, vol. 31, 2020, p. 8.

50. Un análisis detallado en Li, Y., Qi, T. y Bian, C. (eds.), *China, the EU and International Investment Law: Reforming Investor-State Dispute Settlement*, Londres: Routledge, 2019.

del sentimiento de mercado entre los inversores chinos y un impulso a los mercados financieros domésticos y al crecimiento.

Sin embargo, el ACI solo cubre algunas de las áreas de un posible futuro acuerdo comercial más comprehensivo. No cubre áreas tan sustanciales en China como los contratos públicos, o, por ejemplo, la sobreproducción china de acero. Está por ver si efectivamente el ACI cumple la ambición europea de lograr un «reequilibrio» de la relación económica, y mucho dependerá de la implementación del acuerdo, que requerirá una notable perseverancia, pero también pone de manifiesto la necesidad para la UE de mantener opciones en caso de que China no cumpliera sus compromisos y su mercado siguiera cerrado.

Desde el punto de vista geopolítico, sería poco acertado concluir que con el ACI se produce un cambio en la relación entre las dos grandes potencias, los Estados Unidos y China, con una Unión Europea intentando jugar un papel quizás excesivo para sus posibilidades. Y en cuanto al arbitraje de inversiones, de aquellos años en que su vida discurría en la plácida oscuridad de una actividad esencialmente técnica, no deja de ser significativo que se haya convertido en el ámbito principal de la negociación inconclusa del ACI. Del arbitraje de inversiones se espera que actúe como verdadero *árbitro* en la evolución de la relación económica y política con China<sup>51</sup>.

---

51. Vid. el interesante comentario de Rodrik, D., «Europe's China Gambit», Project Syndicate, 11 de enero de 2021, <https://www.project-syndicate.org/commentary/what-the-europe-china-investment-treaty-can-and-cannot-achieve-by-dani-rodrik-2021-01?barrier=accesspaylog>.