

INVERSIONES ESPAÑA-CHINA BAJO EL NUEVO APPRI 2005

Antonio Pastor Palomar*

Sumario: I. APPRI RENEGOCIADO. II. GOZOS Y TRIBULACIONES DEL INVERSOR ESPAÑOL: EL NUEVO PROTOCOLO Y LOS PROBLEMAS DEL TRATO NACIONAL. III. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: “BIFURCACIÓN DEL CAMINO” PREVIO AGOTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO CHINO DE REVISIÓN ADMINISTRATIVA. IV. CONCLUSIONES: LA TENSIÓN <CONTROL ESTATAL-PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS>.

I. APPRI RENEGOCIADO:

España ha renegociado hasta el verano de 2006 los APPRIS (Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) con China, Marruecos¹ y Bolivia², que suceden, sustituyen o reemplazan los anteriores. En los próximos años, y salvo la denuncia del tratado, España y su contraparte podrán renegociar, enmendar alguna disposición, o renovar por tácita reconducción varios de estos tratados internacionales. La terminación o duración de los APPRIS suele estar prevista en sus propias cláusulas por períodos iniciales que oscilan entre diez y quince años, y la mayoría de los celebrados por España entraron en vigor en la década de los noventa del siglo pasado.

Las consideraciones selectivas que se hacen en el presente trabajo sobre la renegociación del APPRI España-China, podrían ser tenidas en cuenta cara al futuro de los otros APPRIS. Sin embargo, no puede obviarse que el tratado recientemente renegociado entre España y China es singular y, probablemente, será el de mayor alcance, por las consideraciones políticas, económicas, sociales y jurídicas, que estudiamos a continuación.

* Profesor Titular de Derecho internacional público Universidad Rey Juan Carlos. Este artículo se ha elaborado en el contexto de una actividad de investigación sobre el derecho internacional de inversiones, financiada por la Cátedra *Santander* de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos.

© Antonio Pastor Palomar. Todos los derechos reservados.

¹ El artículo 15 del APPRI de 11 de diciembre de 1997 establece que el presente acuerdo anula y sustituye el anterior, firmado el 27 de septiembre de 1989 (BOE nº 86, de 11 de abril de 2005).

² Según el artículo 14 del APPRI de 29 de octubre de 2001 la entrada en vigor del mismo implica la abrogación y sustitución del firmado en 24 de abril de 1990 (BOE nº247, de 15 de octubre de 2002).

1. Cuarta economía mundial: ambiente de inversión favorable con libertad económica limitada.

En las tres décadas de la era de la globalización transcurridas desde el establecimiento de relaciones diplomáticas bilaterales en 1973 hasta la actualidad, las economías de España y China se han situado entre las más productivas y dinámicas de la sociedad internacional. Ello ha incidido en la multiplicación de los intercambios comerciales e inversiones bilaterales.

Entre la firma del primer APPRI en 1992³ y la del segundo en 2005⁴, China ha evolucionado política y económicamente con reformas o aperturas iniciadas en 1978 que han transformado una economía planificada, según una Constitución marxista, en otra más basada en el mercado. El país asiático es actualmente la cuarta economía mundial, la tercera potencia comercial, el segundo socio comercial de la Unión Europea y el mayor receptor de inversión extranjera.

Como es sabido, en todo APPRI uno de los contratantes juega el papel de primer país exportador de capital o proveedor del mayor caudal de inversiones, en función a su superior desarrollo económico. Se trata de un instrumento internacional propio de la cooperación al desarrollo, que establece obligaciones sinalagmáticas en un marco de relaciones económicas asimétricas. En 1992 China respondía bien a esa condición de país en vías de desarrollo y principal Estado huésped de la inversión, pero en 2005 su potencial político-económico ha debido cambiar el guión. China supera a España en varios de los datos macroeconómicos de referencia; por ejemplo, el déficit comercial español alcanzó el año pasado una cifra récord. No olvidemos la relación inversión-exportación, pues en China casi el 50% de su comercio exterior es realizado por empresas de capital extranjero.

Además, ya que España tan sólo cuenta con inversiones en China por valor de unos mil millones de Euros (0,3% del total en 2005), lo que le aleja de los puestos de cabeza de la lista de inversores extranjeros, los planes del Gobierno se dirigen a impulsar considerablemente la inversión española. Así, en mayo de 2005 se aprobó el Plan China o Plan Integral de Desarrollo del Mercado para China para el periodo 2005-2007, en el que se preveía entre otras cosas la “renovación y actualización del APPRI” vigente. Curiosamente, en el Plan China no se desvelan las razones por las que resulta necesaria la renovación.

En cualquier caso, con el Plan quedó claro que China era un mercado prioritario para España, en el que existía un ambiente general (jurídico, social y cultural) favorable a la inversión, pese a la libertad económica limitada⁵.

En esta onda, el 21 de julio de 2005 los dos países firman un nuevo Acuerdo de Cooperación Financiera para financiar exportaciones de bienes y servicios españoles⁶.

³ BOE nº 237, de 4 de octubre de 1993.

⁴ BOCG, Sección Cortes Generales, Serie A, nº 243, de 17 de marzo de 2006.

⁵ Sobre el Plan China, véase, E. FANJUL y P. ROVETTA, “Una valoración del Plan China”, Real Instituto Elcano, *ARI* nº 81, 2005, de 29 de junio de 2005, disponible en (www.realinstitutoelcano.org)

El atractivo inversor de China suele justificarse con varios argumentos, entre los que destacamos los siguientes: tamaño y heterogeneidad del mercado⁷, acceso a nuevos clientes, estabilidad política y fortaleza económica sustentada en el crecimiento y la solvencia, costes laborales, fiscalidad atractiva, adhesión a la OMC⁸.

Por lo que concierne a los problemas, la *Heritage Foundation* ha apuntado en su índice de libertad económica: la alta intervención del Gobierno en la economía con la propiedad de importantes empresas en sectores estratégicos, y barreras a la inversión como la arbitrariedad, la falta de transparencia, la corrupción, la falta de respeto a los contratos y a la propiedad intelectual, o el incumplimiento de resoluciones judiciales⁹.

En el III Foro China-España, celebrado en marzo de 2006 en Shangai, las empresas españolas, que ya conocían la firma del nuevo APPRI, resaltaron la necesidad de avanzar en la seguridad jurídica; concretamente, la construcción de un marco jurídico interno apropiado (que mejore las regulaciones que entraron en vigor el 1 de abril de 2002) y el control o la capacitación en su ejecución, para evitar situaciones como la denegación de justicia, o la arbitrariedad y descoordinación administrativas¹⁰.

La entrada en la OMC debería incentivar las reformas institucionales para mejorar el Estado de Derecho (incluido el respeto a los derechos humanos), además de servir para abrir sectores de la economía como el de los servicios (banca, seguros, telecomunicaciones) o el de la distribución. Igualmente, China asumió desde el 11 de diciembre de 2001 el compromiso de conceder un trato nacional a otros miembros de la OMC, lo que no sólo afecta a las obligaciones comerciales sino también al derecho internacional de inversiones, como veremos en los siguientes puntos¹¹.

Volviendo al nuevo APPRI de 2005, cabe observar la pretensión china de utilizar esa doble condición de país en desarrollo y gran potencia, en el marco de una economía planificada. La dualidad se ha traducido sobre todo en el Protocolo adicional al APPRI,

⁶ Sobre el Acuerdo que pretende dotar de mayor efectividad a los instrumentos de ayuda a las empresas españolas para trabajar en el mercado chino, véase, CARTA DE ASIA-ECONOMÍA, “El nuevo marco de financiación española con China”, n° 134, de 14 de septiembre de 2005.

⁷ China es más un continente que un país, a efectos de los negocios e inversiones. La zona económicamente más dinámica está en el Delta del Río Yangtzé, donde se sitúan casi 100 de las algo más de 200 empresas españolas con presencia en China.

⁸ PRICE WATERHOUSE COOPERS, *9th Annual Global CEO Survey: Globalization and Complexity*, 2006, dedicado especialmente a los BRIC (Brasil, Rusia, India y China), disponible en (www.pwc.com).

⁹ THE HERITAGE FOUNDATION, *Índice de Libertad Económica 2006: Rep. Popular de China*, disponible en (www.heritage.org). En cuanto a la planificación económica en el próximo quinquenio, véase, P. BUSTELO, “China 2006-2010: ¿Hacia una nueva pauta de desarrollo?”, Real Instituto Elcano, ARI n° 127, de 26 de octubre de 2005. La evolución económica del gigante asiático puede seguirse a través de los documentos del WORLD BANK, *China Quarterly Update*, May 2006, disponible en (<http://web.worldbank.org>).

¹⁰ Consultar EL PAÍS, de 27 de marzo de 2006: “España reclama a China mayor seguridad jurídica para invertir”. En la misma línea, el *Índice de valoración de la inversión española en el exterior*, segunda edición de diciembre de 2005, p. 14, apunta que “existe una reducción en la valoración que los empresarios españoles hacen de la independencia de los tribunales chinos y del marco regulatorio de ese país”, disponible en (www.iberglobal.com).

¹¹ Véase, el informe del U.S. DEPARTMENT OF STATE, *2006 Investment Climate Statement-China. Openness to Foreign Investment*, disponible en (www.state.gov).

en lo concerniente al mecanismo de solución de controversias entre inversores españoles y China, así como en relación con el trato nacional que recibirán los inversores españoles en China. No podemos olvidar que sobre la concesión del trato nacional también influye el protocolo de negocios, articulado en el acervo cultural, o en las tradiciones sociales y religiosas chinas¹². Las normas específicas para los inversores españoles sobre el trato nacional y el mecanismo de solución de controversias serán los puntos principales del presente trabajo, pues destacan en la red de 68 APPRIS celebrados por España.

Estos requerimientos de China en la renegociación de APPRIS, nos consta que se están imponiendo en relación con otros países de la Unión Europea¹³, por lo que cabría hablar de un ‘modelo chino’ basado en la gestión de la tensión entre un Estado poderoso y los estándares de protección al inversor extranjero establecidos en un APPRI.

La renegociación de un nuevo APPRI, en el contexto que acabamos de describir y valorar, obedece formalmente a que ha transcurrido el plazo de diez años de vigencia previsto en el artículo 10 del APPRI de 1992, en vigor desde el 1 de mayo de 1993.

En definitiva, en el APPRI de 2005 se debería reflejar el nuevo contexto socio-económico así como tomar en cuenta los problemas y necesidades empresariales detectados en la ejecución del APPRI anterior, en cuyo artículo 11 se dispone la celebración de reuniones mixtas y consultas sobre su aplicación. En la práctica, la renegociación del tratado internacional se ha llevado a cabo por comisiones o delegaciones técnicas sin presencia empresarial.

A continuación, examinaremos comparativamente el APPRI vigente de 1992 frente al que en mayo de 2006 fue autorizado por las Cortes para que el Gobierno de España manifestase su consentimiento en obligarse¹⁴. Veremos si el nuevo APPRI, que sigue sin reconocer en su Preámbulo la iniciativa empresarial privada aunque sí considere la persona física como inversor¹⁵, responde realmente a las necesidades de los beneficiarios principales: los inversores extranjeros.

2. Comparativa APPRIS 1992-2005: Modalidades de inversión.

¹² Sobre la especialidad del mercado chino, véanse, US. COMMERCIAL SERVICE, *Look before you leap. Essential advice for doing business in China*, disponible en (www.export.gov); también, OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL, EMBAJADA DE ESPAÑA EN CHINA, *El Protocolo de negocios en China*, noviembre de 2003. En este tipo de documentos se subraya, por ejemplo, la importancia de las relaciones personales a través de lo que se conoce por *guanxi* o interlocutor en China, de gran utilidad para hacer efectivas operaciones comerciales o de inversión.

¹³ Sobre el tema, SHAN WENHUA, *The legal framework of EU-China investment relations: a critical appraisal*, Oxford Hart, 2005.

¹⁴ BOCG, Serie C, nº 163-3, de 17 de mayo de 2006.

¹⁵ Así, China conserva el modelo de preámbulo tradicional en sus APPRIS. Sobre esta cuestión, y para el estudio general de este tipo de tratados, véase, R. DOLZER y M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 22 y ss.

Obviamente, en tanto no entre el vigor el nuevo tratado, las inversiones actuales se rigen por el Derecho contenido en el APPRI de 1992. También, debe aplicarse el artículo 18 de la Convención de Viena de Derecho de Tratados, que impide que España y China frustren el objeto y fin del nuevo tratado tras la firma del 14 de noviembre de 2005, puesto que no se ha manifestado la intención de no llegar a ser parte, sino todo lo contrario.

El artículo 12 del APPRI de 2005 constituye la cláusula relacional, en la que se afirma que éste sustituye y abroga el tratado de 1992 y que se aplicará a todas las inversiones realizadas tanto antes como después de su entrada en vigor; sin embargo, “no se aplicará a ninguna controversia o reclamación relativa a una inversión que fuera ya objeto de un procedimiento judicial o arbitral antes de su entrada en vigor”. Dichas controversias y reclamaciones seguirán resolviéndose por el APPRI de 1992¹⁶.

En este trabajo nos vamos a fijar en el análisis comparativo de tres puntos, que interesan especialmente a los inversores españoles en China: las modalidades de inversión, que inciden sobremanera en la gestión de una empresa; los estándares de protección a partir del trato nacional; y, finalmente, las reglas que garantizan la eficacia del APPRI, esto es, las disposiciones sobre solución de controversias entre inversores y una Parte contratante.

Comenzaremos por los ámbitos objetivo (concepto de inversión) y subjetivo (inversores), siguiendo la estructura de los APPRIS de 1992 y de 2005.

En ambos tratados se recoge una definición amplia de inversión que incluye una lista ilustrativa abierta, junto a una remisión a la legislación del Estado huésped. Hacemos notar que en el APPRI de 2005 aparece más detallado el apartado correspondiente a uno de los principales problemas de los inversores en China; a saber, los derechos de propiedad intelectual.

En efecto, el artículo 1 (d) del último tratado establece que por inversión se entenderán:

“Los derechos de propiedad intelectual e industrial, en particular, derechos de autor, patentes, marcas comerciales, nombres comerciales, procesos técnicos, conocimientos técnicos (know-how) y fondo de comercio”

Mientras que el artículo 1 (d) del APPRI de 1992 tan sólo se refiere a:

“Derechos de autor, de propiedad industrial, sobre know-how y sobre procesos tecnológicos”.

El detalle en la definición de los derechos de propiedad intelectual e industrial no llega a al nivel de algunos APPRIS celebrados por Estados Unidos¹⁷, pero nos parece significativo. Efectivamente, resulta coherente tanto con los desarrollos legislativos e institucionales internos (Oficina de Marcas China; Administración Estatal para la

¹⁶ Sobre el alcance temporal de las cláusulas de solución de controversias en el derecho de los tratados, véase, E. ORIHUELA CALATAYUD, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo, Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 184 y ss.

¹⁷ Cfr. R. DOLZER y M. STEVENS, *op. cit.* en nota 16, p. 29.

Propiedad Intelectual, tribunales civiles especializados, entre otros), cuanto con la adecuación de estas actuaciones a los estándares internacionales correspondientes al Derecho de la OMC; concretamente, al Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIPS, en el acrónimo en inglés).

No pretendemos siquiera entrar en este problema tan interesante y complejo, sino simplemente abundar en el estudio de las modalidades de inversión. Así, creemos que el objetivo de la protección de los derechos de propiedad intelectual puede y debe ser tenido en cuenta en la planificación de la inversión mediante la elección de una forma jurídica adecuada, que evite que terceros tengan acceso fácil a la propiedad intelectual (una empresa de capital 100% extranjero). Además, la Administración española suele recomendar lo siguiente: registrar la marca o patente antes de la inversión, incorporar la protección de la marca en los contratos, licencias o en el plan de negocios, firmas de acuerdos de confidencialidad en la transferencia de tecnología, entre otras medidas¹⁸.

En el artículo 1 (e) del APPRI de 2005 también se refleja como novedad la inclusión, dentro de su ámbito de aplicación, de las inversiones de una sociedad local “que sea propiedad o esté controlada efectivamente por inversores de la otra Parte Contratante (españoles, por ejemplo)” siempre que tales inversiones “se hayan efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la primera Parte Contratante (China)”¹⁹.

Podría interpretarse contextual y teleológicamente²⁰ que, con esta cláusula extensiva de la definición general de inversión extranjera, se ampliaría la protección de las inversiones extranjeras frente a medidas de expropiación de activos (artículos 4 de los APPRIS de 1992 y 2005) de una sociedad local, cuando sea de propiedad o esté controlada efectivamente por dicho inversor extranjero. Si bien, en algunos APPRIS celebrados por España, la protección frente a la expropiación de activos de una sociedad local está explícitamente prevista en su texto²¹.

A las sociedades locales se les reconocería también *ius standi* para una reclamación arbitral internacional, según el artículo 9 del APPRI 2005. El inversor español podría reclamar directamente o a través de la sociedad local.

Según el vigente APPRI de 1992, que guarda silencio sobre las sociedades locales, podría interpretarse restrictivamente que el inversor español que utilice una sociedad local tan sólo está protegido en tanto que accionista, o extensivamente que el control efectivo por un inversor español incluye la inversión en el ámbito objetivo de aplicación del APPRI, de modo que la protección alcanza a todas las medidas que adopte el Estado

¹⁸ ICEX y OFICINA ECONÓMICA y COMERCIAL DE ESPAÑA EN SHANGAI, *La protección de la propiedad intelectual en China*, marzo de 2004, disponible en (www.iberglobal.com).

¹⁹ Los paréntesis son nuestros.

²⁰ De acuerdo con las reglas de interpretación de los tratados internacionales del artículo 31 de la Convención de Viena de Derecho de Tratados de 1969, aplicables a España y China.

²¹ *Ad.ex.* los APPRIS celebrados con Venezuela, Bolivia, Costa Rica o Panamá. Sobre la protección de inversiones realizadas a través de sociedades locales, véase, J. DÍEZ HOCHLEITNER y C. IZQUIERDO, “Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica”, *R.E.E.I.*, Nº 7, 2003, disponible en (www.reei.org).

huésped que resulten contrarias al APPRI²². Esta última interpretación extensiva resulta avalada por varios pronunciamientos arbitrales: *AAPL c. Sri Lanka*²³, *AMT c. Zaire*²⁴, *Maffezini c. España*²⁵, o *Siemens c. Argentina*²⁶, entre otros. En la misma línea, también quedarían protegidas las inversiones a través de sociedades interpuestas, nacionales de terceros países, siempre que hubiera un control efectivo de las mismas.

En cuanto a los inversores, o ámbito de aplicación subjetivo, el APPRI de 2005 ya no distingue entre España y China cuando entiende que la persona física deberá poseer la nacionalidad de las Partes Contratantes, o que las entidades jurídicas serán las constituidas con arreglo al Derecho de las Partes y que tengan su domicilio social en cualquiera de esas Partes Contratantes.

La comparativa de regímenes nos permite concluir que el nuevo APPRI pretende impulsar la futura inversión extranjera a través de sociedades locales, a las que se beneficia de los estándares de protección del tratado internacional, lo que a su vez conduce a un mayor control estatal de los movimientos de capital en su territorio y de la propiedad intelectual aportada por el inversor español. Por otro lado, esta forma de inversión podría ser útil para el acceso de las empresas españolas al sector de los servicios, todavía insuficientemente desarrollado.

Tengamos en cuenta que en China la forma de inversión extranjera preferida actualmente es la de las empresas de capital 100% extranjero o *Wholly Foreign Owned Enterprise* (WFOE)²⁷. Otras estrategias de inversión permitidas por el Derecho interno chino son las siguientes²⁸:

- Oficina de Representación: estrategia simple y barata, que permite analizar el mercado y establecer contactos, aunque no puede establecer relaciones contractuales sin la matriz.
- Joint Ventures accionariales o contractuales: son empresas mixtas de responsabilidad limitada, sometidas a la aprobación del Gobierno chino y requieren un capital mínimo. Ofrecen las ventajas de servir de acceso a sectores

²² Sobre esta dualidad interpretativa, véase, G. SACERDOTI, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Recueil des Cours*, v. 269, 1997, pp. 310-311; también, J. DÍEZ HOCHLEITNER, "Protección diplomática v. arbitraje de inversiones", en *El Derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, UCM, 2005, pp. 476-477.

²³ CIADI ARB/87/3, Laudo de 21 de junio de 1990. Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>

²⁴ CIADI ARB/93/1, Laudo de 21 de febrero de 1997. Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>

²⁵ CIADI ARB/97/7, Decisión sobre las excepciones a la jurisdicción de 25 de enero de 2000. Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>

²⁶ CIADI ARB/02/8, Laudo de 3 de agosto de 2004. Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>

²⁷ Cfr. U.S. DEPARTMENT OF STATE, *2006 Investment Climate Statement-China*, *op. cit.*, en nota 13.

²⁸ Cfr. OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL DE ESPAÑA EN PEKÍN, *Guía país China*, enero 2006; y de la misma Oficina, I. RODRÍGUEZ ARTETXE, *Fusiones y adquisiciones en China*, diciembre de 2005; también, K.C. FUNG, L.J. LAU y J.S. LEE, *U.S. Direct Investment in China*, Washington, AEI Press, 2004, pp. 24-41.

protegidos en los que se prohíben las WFOES, así como que se presentan más simpáticas para las autoridades locales²⁹.

- Franquicias: las primeras se abrieron en 1995, lo que causa inseguridad jurídica por desconocimiento chino del concepto de franquicia.

En suma, la estrategia o modalidad de inversión dependerá en gran medida de las necesidades del inversor, de la situación del sector al que pertenezca la empresa y de las ventajas fiscales y arancelarias que se obtengan de la provincia o municipio implicados. Una última consideración, que nos introduce en el punto siguiente, atañe a que a partir de la previsible entrada en vigor del APPRI 2005 –incluido su Protocolo–, los inversores españoles en China (no así los chinos en España) serán susceptibles de ser clasificados en beneficiados o discriminados del trato nacional, según se feche la inversión antes o después de dicha entrada en vigor.

Recordemos, a este respecto, que el artículo 12 del último APPRI dispone su aplicación a “todas las inversiones realizadas tanto antes como después de su entrada en vigor”; si bien una controversia anterior sometida a un procedimiento judicial o arbitral se resolvería de conformidad con el APPRI de 1992.

A nuestro juicio, este nuevo extremo contenido en el Protocolo al APPRI 2005, va en la misma dirección que la potenciación del régimen de protección de las nuevas inversiones instrumentadas con sociedades locales chinas; a saber, manifiesta la voluntad de controlar la recepción de una inversión extranjera que se entiende masiva e incesante, hasta el punto de reconocer la existencia de medidas asimétricas que discriminen positivamente al inversor nacional. Este control estatal por omisión en la rectificación de medidas discriminatorias para el inversor español –lo que afecta al trato a la inversión ya existente– también encaja con el catálogo de sectores incentivados, restringidos o prohibidos a la inversión extranjera –que concierne a la admisión de la inversión–. Todo concuerda con la condición de economía planificada.

II. GOZOS Y TRIBULACIONES DEL INVERSOR ESPAÑOL: EL NUEVO PROTOCOLO Y LOS PROBLEMAS DEL TRATO NACIONAL.

Con la entrada en vigor del APPRI 2005 el inversor español en China recibirá tres tipos de trato nacional³⁰. Antes de entrar en la tipología veamos los estándares de protección previstos en los APPRIS de 1992 y de 2005. No olvidemos que la clave de la eficacia jurídica de todas estas normas de trato radica en los mecanismos de solución de controversias entre los inversores y el Estado huésped de la inversión.

²⁹ Los sectores favorecidos, restringidos o prohibidos para la inversión extranjera constan en el *Catalogue for the Guidance of Foreign Investment Industries*, de 5 de enero de 2005, disponible en (www.fdi.gov.cn/).

³⁰ Sobre el trato nacional, véase, UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Sissues*, v. 1, 2004, Chapter 5: National Treatment, pp. 161-190.

En conjunto, el nuevo APPRI presenta más gozos que tribulaciones –traducido en la mejora de la protección- para los inversores españoles. No podría esperarse otra cosa de los negociadores españoles, aunque tuvieran enfrente a una gran potencia.

En el artículo 3 del APPRI vigente de 1992, se dispone la concesión del trato justo y equitativo, que supone la obligación dominante del tratado internacional. Concretando este trato, se añade que las inversiones gozarán de “la protección y seguridad más constantes” y “sin perjuicio de sus disposiciones legales y reglamentarias” las Partes Contratantes no tomarán “ninguna medida injustificada o discriminatoria que obstaculice la gestión, mantenimiento, utilización o enajenación de las inversiones” de la otra Parte.

Complementariamente, se establece el *pacta sunt servanda*, en el sentido que cada Parte “observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de la otra Parte Contratante”. Asimismo, en los siguientes párrafos se dispone el trato de nación más favorecida y el trato nacional.

En caso de expropiación, está prevista la indemnización, y si se sufren pérdidas debidas a situaciones excepcionales o de emergencia, incluidos los conflictos armados, se compensará con el trato de nación más favorecida, o con una indemnización si aquellas situaciones son imputables a las fuerzas o autoridades locales.

En suma, el estándar de protección vigente es elevado y completo, pues resulta de la combinación de varias obligaciones para el Estado concedente integradas en un trato justo y equitativo.

El régimen se garantiza, en parte, con el mecanismo de solución de controversias entre el inversor y el Estado huésped, limitado a controversias relativas “al importe de las indemnizaciones a que se refiere el artículo 4 (expropiaciones)”. Brevemente, el mecanismo consiste en el arreglo amistoso en un plazo de seis meses que, si no culmina exitosamente, podrá conducir al arbitraje internacional (*ad hoc*, UNCITRAL, o CIADI). Por lo tocante a los estándares de protección del APPRI 2005, el artículo 3 también establece la obligación del trato justo y equitativo que se “concederá en todo momento”. En el párrafo segundo se incluye el trato nacional y en el tercero el de la nación más favorecida. Complementariamente, en el artículo 2 se afirma que las inversiones “disfrutarán de protección y seguridad constantes” y que “ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas injustificadas o discriminatorias contra la gestión, mantenimiento, uso, disfrute y enajenación de las inversiones de la otra parte contratante”.

Hacemos notar que no se incluye, como en el APPRI de 1992, el *pacta sunt servanda*. Sin embargo, sí se establece la indemnización en caso de expropiación y se mejora el régimen de protección al incorporarse al artículo 4 un párrafo tercero, que reconoce el derecho de todo inversor afectado por la expropiación “a que una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte Contratante revise con prontitud su caso,

incluidos la tasación de su inversión y el pago de la indemnización, de conformidad con los principios establecidos en el presente artículo”.

La compensación por daños y pérdidas mejora con el nuevo APPRI, pues se añade expresamente el trato nacional, al establecido en 1992, a saber, el trato de nación más favorecida.

Hasta aquí, los estándares de protección son elevados y completos, pero este régimen se modifica en el Protocolo adicional al APPRI de 2005, que establece adendas a los artículos 2 y 3 del siguiente tenor:

“Por lo que refiere a la República Popular China, el apartado 3 del artículo 2 (medidas injustificadas o discriminatorias contra las inversiones) y el apartado 2 del artículo 3 (trato nacional) 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);
- 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”³¹.

Pues bien, la interpretación de estas disposiciones del Protocolo junto a los artículos 9 (solución de controversias entre inversores y una parte contratante), 11 (aplicación a inversiones anteriores o posteriores a la entrada en vigor) y 12 (no aplicación a las controversias o reclamaciones por inversiones que sean objeto de un procedimiento judicial o arbitral antes de la entrada en vigor) del APPRI de 2005, da lugar a un régimen triple de trato a los inversores o inversiones españolas, que se verificará cuando entre en vigor el nuevo tratado internacional.

Primero, las inversiones efectivamente realizadas antes de la entrada en vigor del APPRI de 2005 –las actuales- estarían protegidas por los estándares del APPRI de 1992, según el cual no puede haber discriminación de la inversión española, pues supondría la violación del trato nacional y, por ende, del trato justo y equitativo, de acuerdo con la jurisprudencia arbitral del Laudo de 13 de noviembre de 2000, dictado en el *asunto S.D. Myers Inc. c. Canadá*³². Sin embargo, la garantía de la efectividad de estas obligaciones mediante la defensa de los intereses del inversor con el arbitraje internacional queda limitada “al importe de las indemnizaciones” por expropiación, según el artículo 9 del APPRI de 1992. El artículo 4 relativo a la expropiación establece, por lo demás, que ésta no podrá ser discriminatoria, por lo que si en efecto es discriminatoria será una expropiación contraria al APPRI y no procederá la indemnización. Y si no existe indemnización no habrá causa para acudir a un arbitraje internacional que dirima la controversia sobre el importe de aquella.

Por consiguiente, el régimen vigente de 1992 estipula un trato nacional sin la garantía del arbitraje internacional. Al inversor le quedan los tribunales chinos, la protección

³¹ Los paréntesis son nuestros.

³² UNCITRAL (arbitraje NAFTA), *S.D. Myers Inc. c. Canadá*, pág. 266, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>

diplomática que decida discrecionalmente España o confiar en que su país utilice los mecanismos de solución de controversias entre Estados partes del artículo 8: consulta diplomática³³ o tribunal arbitral *ad hoc*.

Constatamos que, desde que entró en vigor el APPRI de 1992, el 1 de mayo de 1993, nunca ha habido una reclamación arbitral internacional, públicamente conocida, de inversores españoles contra China.

Segundo, una vez haya entrado en vigor el APPRI de 2005, el mecanismo de solución de controversias entre inversores y una parte contratante mejora notablemente, y se extiende su ámbito de aplicación material al conjunto de las obligaciones asumidas en el tratado –no sólo a controversias sobre el importe de la indemnización por expropiación-. El mecanismo, que incluye el arbitraje internacional, lo explicaremos en el siguiente punto del trabajo.

Así que, las nuevas inversiones, que se materializaran a partir de la entrada en vigor del APPRI de 2005, estarían protegidas por todos los estándares previstos en su texto, con la eficacia añadida de un mecanismo internacional de solución de controversias.

Tercero, ya que la entrada en vigor del APPRI 2005 supondría su aplicación a las inversiones anteriores –formalizadas *ex APPRI 1992*-, y como en las disposiciones del tratado sucesivo en el tiempo se prevén el trato nacional o la obligación de no adoptar medidas injustificadas o discriminatorias, los negociadores chinos han entendido necesario excluir en el Protocolo adicional el cumplimiento de tales obligaciones y garantías. De lo contrario, la aplicación del APPRI 2005 supondría la obligación para China de reaccionar si existieran medidas no conformes al trato nacional o facultaría al inversor español a entablar una reclamación internacional a ese respecto.

Si bien, China asume en el Protocolo la obligación de comportamiento, difícilmente verificable, de dar “todos los pasos necesarios para eliminar de forma progresiva las medidas no conformes”. Sobre esto, será importante que España utilice el artículo 13 relativo a las consultas, que podrá proponer una Parte a la otra, “sobre cualquier asunto relativo a la interpretación, aplicación o puesta en práctica del presente Acuerdo”. La información que puedan suministrar los empresarios españoles a la Administración, para la celebración de dichas consultas, resultaría fundamental.

Subrayamos los tres regímenes: el vigente, consistente en el trato nacional con escasa eficacia jurídica; y los dos regímenes previstos cuando entre en vigor el nuevo tratado: uno, para las inversiones nuevas basado en un trato nacional con eficacia ante instancias internacionales de control y, otro, para inversiones anteriores a las que se excluye el trato nacional aunque se asume el compromiso de la eliminación progresiva de las discriminaciones.

³³ Sobre la diferencia entre la protección diplomática y las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia, véase, el comentario al artículo 27 (2) del Convenio de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, en C.H. SCHREUER, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge, 2001, pp. 413-414.

Con respeto, lo anterior nos recuerda al *Tangram*, también conocido en España por “rompecabezas chino”, y en la República Popular por “tabla de sagacidad”.

Y esto no es todo. En los APPRIS ha de entenderse que las obligaciones son autónomas, de manera que es recomendable la incorporación explícita en el texto del tratado de la obligación del trato nacional, aunque pudiera interpretarse que es un elemento compositivo de la obligación principal del trato justo y equitativo –de acuerdo con la jurisprudencia *S.D. Myers-*. Es sabido que en circunstancias normales este estándar suele mejorar el estatuto del inversor extranjero³⁴. En los APPRIS celebrados por España con otros dos importantes países asiáticos, Indonesia³⁵ y Filipinas³⁶, no se incluye la obligación del trato nacional, aunque sí la principal del trato justo y equitativo. Esta falta no perjudicaría al inversor español salvo si el trato nacional concedido al inversor indonesio o filipino fuese superior al estándar mínimo que se deriva de la obligación del trato justo y equitativo. Dicho de otra manera, el trato justo y equitativo podría suplir la ausencia del trato nacional o su insuficiencia en relación con un estándar mínimo de protección.

Sin embargo, bajo el nuevo APPRI 2005 el inversor español se encuentra con que, en las circunstancias ya matizadas, el trato nacional ha quedado expresamente excluido por acuerdo de España y China³⁷, según reza el Protocolo. En consecuencia, por voluntad de las Partes el contenido del trato justo y equitativo podría quedar por debajo del estándar mínimo reconocido en el derecho internacional general para determinados inversores españoles en China, no así para los inversores chinos en España. Creemos que tampoco podría utilizarse la cláusula de la nación más favorecida para conseguir un trato más favorable, pues tal y como se formulan en el artículo 3 las cláusulas del trato nacional y de la nación más favorecida, sin especificar una prevalencia en la aplicación, entendemos que correspondería a China decidir de acuerdo a lo establecido en el Protocolo.

Sorprende que la exclusión del trato nacional no se justifique, como ocurre en algunos APPRIS cuando incluyen motivos de salud pública, orden público o seguridad nacional. Tan sólo, la adenda a los artículos 2 y 3 del Protocolo, que se aplicaría a los nuevos inversores, establece que los estándares de protección del artículo 3 del APPRI 2005 “no obligarán a las Partes Contratantes a hacer extensivas a los inversores residentes en el territorio de la otra Parte Contratante las ventajas fiscales, exenciones de impuestos y reducciones de impuestos que, con arreglo a su derecho tributario, se conceden únicamente a los inversores residentes en su territorio”.

³⁴ Cfr. R. DOLZER y M. STEVENS, *op. cit.* en nota 16, p. 63.

³⁵ APPRI España-Indonesia, de 30 de mayo de 1995 (BOE nº 31, de 5 de febrero de 1997).

³⁶ APPRI España-Filipinas, de 19 de octubre de 1993 (BOE nº 275, de 17 de noviembre de 1994).

³⁷ ¿Dónde quedan la doctrina de la ‘Cláusula Calvo, o el artículo III del GATT relativo al trato nacional? Sobre el trato desigual en el derecho internacional y partiendo de la fecunda relación práctica comercio-inversión, véase, A. MANERO SALVADOR, *OMC y desarrollo. Evolución y perspectivas del trato desigual en el derecho del comercio internacional*, Tirant, 2006.

Destaca, igualmente, en el régimen del trato nacional del nuevo APPRI que ya no se incluye el requisito de concederlo “con arreglo a su legislación nacional”, que sí aparece en el párrafo cuarto del artículo 3 del APPRI de 1992.

Por ende, estas deficiencias difícilmente prosperarían si las alegase un inversor español en el marco de una reclamación arbitral internacional, conforme a las reglas de solución de controversias del APPRI 2005. Expliquemos tales reglas.

III. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: BIFURCACIÓN DEL CAMINO PREVIO AGOTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO CHINO DE REVISIÓN ADMINISTRATIVA.

Ya conocemos las limitaciones del mecanismo de solución de controversias entre el inversor y la Parte Contratante, previsto en el APPRI 1992. Por ello, nos centramos en el nuevo mecanismo diseñado para los inversores, sin tener en cuenta la solución de controversias entre España y China.

En la red de los sesenta y ocho APPRIS celebrados por España se observan dos modelos de mecanismos:

- a) La bifurcación del camino o *fork in the road* (correspondiente al artículo 9 del APPRI con China de 2005). Se inicia con el intento de un arreglo amistoso entre inversor y Estado huésped durante un plazo (seis meses), transcurrido el cual se producirá una bifurcación en el camino. La bifurcación se traduce en que el inversor podrá elegir el camino interno o el internacional, de manera excluyente y definitiva. En el párrafo segundo del artículo 9 se dispone concretamente un procedimiento interno y dos internacionales: el tribunal interno competente, el CIADI³⁸ o un tribunal de arbitraje *ad hoc* UNCITRAL. En los siguientes párrafos se establece que las decisiones arbitrales se basarán en el Derecho interno, en el propio APPRI, así como en los principios del Derecho internacional universalmente aceptados. Los laudos arbitrales se considerarán definitivos y vinculantes, por lo que las Partes se comprometerán a ejecutarlos.
- b) El segundo modelo, basado en que tras la expiración del plazo para el arreglo amistoso las Partes en la controversia podrán convenir un arbitraje; pero si no se consigue tal acuerdo el inversor debe someter primero la controversia a los tribunales nacionales, pudiendo acudir al arbitraje internacional si, transcurrido un determinado plazo, no exista decisión sobre el fondo o, si a pesar de esta decisión, subsistiera la controversia.

No podemos olvidar la adenda al artículo 9 contenida en el Protocolo al APPRI 2005, que reza así,

³⁸ El Convenio de 1965 entró en vigor, para China el 6 de febrero de 1993, y para España el 17 de septiembre de 1994.

“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 y c) del presente artículo. La República Popular China declara que la duración de dicho procedimiento no excederá de tres meses”³⁹.

Pues bien, la exigente declaración china matiza el primer modelo denominado bifurcación del camino, acercándolo al segundo modelo y planteando los problemas que más tarde valoraremos.

Puede encontrar sustento la exigencia en el artículo 26 del Convenio CIADI de 1965, según el cual:

“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”.

A la hora de valorar el requisito del agotamiento del recurso administrativo interno, que surge de una norma consuetudinaria de Derecho internacional bien establecida y vinculada tradicionalmente a la viabilidad de la protección diplomática o a los sistemas de protección de los Derechos humanos, no podemos olvidar la evolución positiva del mecanismo de solución de controversias, en relación con el régimen de 1992. Brevemente, se amplía el ámbito material de las controversias que pueden someterse al arbitraje internacional al conjunto de las disposiciones del APPRI.

Sin embargo, tampoco podemos obviar que uno de los principales avances de los APPRIS reside en situar las relaciones del inversor extranjero con el Estado huésped de la inversión en un marco normativo distinto al interno y, por ello, acceder a una jurisdicción neutral⁴⁰.

Además, el artículo 26 del Convenio CIADI de 1965 ha de interpretarse como que establece la regla básica del no agotamiento de los recursos internos, salvo disposición en contrario⁴¹.

Por último, no puede descartarse absolutamente que ante una controversia concreta, se llegue al arbitraje CIADI, por ejemplo, sin el requisito del agotamiento de la vía administrativa china. Simplemente, porque China y el inversor español lo consientan. A este respecto, cabe añadir que la previa revisión administrativa podría exacerbar o complicar la controversia entre las partes.

IV. CONCLUSIONES: LA TENSIÓN <CONTROL ESTATAL-PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS>.

³⁹ Las mayúsculas son nuestras.

⁴⁰ Cfr. J. DÍEZ HOCHLEITNER, “Protección diplomática v. arbitraje de inversiones”, *op. cit.*, en nota 24, p. 470.

⁴¹ Cfr. C.H. SCHREUER, *The ICSID Convention*, *op.cit.*, en nota 35, p. 388 y ss.

El nuevo APPRI 2005 renegotiado entre España y China no ha entrado en vigor pues se encuentra en fase de cumplimiento de los requisitos constitucionales e internos previos. Comparativamente con el APPRI de 1992, configura un régimen de promoción y protección de la inversión extranjera más favorable para los principales beneficiarios: los empresarios.

La renegociación ha tenido lugar en un contexto nuevo, pues China es hoy una de las principales potencias económicas y puede dejar de ser en pocos años el principal importador de capital en sus relaciones bilaterales, para pasar a ser sus empresas las que más invierten.

Los empresarios chinos cuentan con unos estándares de protección muy elevados, por los que previsiblemente se obligará España.

Los empresarios españoles afrontarán, por su parte, los condicionamientos de una economía planificada, con libertad económica limitada, pero con un clima de inversión favorito para la mayoría de los inversores extranjeros.

En consecuencia, en el texto del nuevo APPRI 2005 se aprecia claramente la tensión entre la soberanía y el Derecho internacional, que hemos destacado en tres regímenes jurídicos:

- a) El fomento de la inversión extranjera a través de sociedades locales, en un contexto actual de de inversión preferentemente con las WFOES.
- b) Un régimen complejo y gradual de concesión del trato nacional a los inversores extranjeros, que permite clasificarlos en beneficiados o discriminados de ese estándar de protección, según la inversión sea anterior o posterior a la entrada en vigor del nuevo APPRI.
- c) Un mecanismo de solución de controversias entre el inversor y el Estado huésped muy potenciado, aunque con la resistencia soberana a la renuncia del requisito del agotamiento previo de los requisitos internos.

En definitiva, el futuro está en la compleja China y nos parece muy conveniente apostar por el APPRI 2005.