

# Atravesando el océano pensando en los TBI: arbitraje inversionista-Estado en los tratados bilaterales de inversión chinos

Amos Irwin\*

*Global Development and Environment Institute, Tufts University*

## Resumen

Si bien China empezó a suscribir tratados bilaterales de inversión (TBI) en la década de 1970, se negó a otorgar a los inversionistas extranjeros el derecho a demandar al gobierno anfitrión en las cortes internacionales de arbitraje. Pocos se dan cuenta de que los negociadores chinos de tratados han abandonado de hecho esta restricción en casi todos los TBI suscritos desde 1998, incluidos aquellos con Latinoamérica. Los académicos han sugerido que China revirtió su política con el propósito de respaldar en el exterior a los inversionistas chinos o para ajustar su estrategia general de liberalización económica. No obstante, los TBI de China con México, el Perú y Colombia, así como su caso de arbitraje con el Perú, contradicen estas teorías. Sostengo que China empezó a firmar TBI abiertos para sopesar los riesgos de otorgar acceso abierto a los países europeos y a los Estados Unidos, para los cuales el libre acceso constituye una condición clave. China experimentó gradualmente con el arbitraje abierto, al igual que ha experimentado gradualmente con muchos cambios económicos desde la Reforma y Apertura iniciada en 1978. Esta teoría porta consecuencias interesantes para los futuros TBI chinos –a medida que las cortes internacionales de arbitraje amenazan con convertir este experimento en permanente, China ha añadido nuevas restricciones que acercan los TBI chinos al modelo estadounidense y hacen que sea más posible un TBI EE. UU.-China-. Sin embargo, los Estados Unidos evitan los TBI con países exportadores de capital, y China es hoy en día un gran exportador de capital. El principal obstáculo para las negociaciones EE. UU.-China podría ser ya no las diferencias entre los dos países, sino más bien sus similitudes.

---

\* Correo electrónico: Amos Irwin: aeirwin@gmail.com. Artículo recibido el 30 de marzo de 2012 y aprobado el 20 de noviembre de 2012. La traducción estuvo a cargo de Aroma de la Cadena.

Palabras clave: China, Latinoamérica, Perú, tratados bilaterales de inversión (TBI), cortes internacionales de arbitraje

### **Crossing the Ocean by Feeling for the BITs: Investor-State Arbitration in China's Bilateral Investment Treaties**

#### **Abstract**

Although China began to sign bilateral investment treaties (BITs) in the 1970s, it refused to grant foreign investors the right to sue their host government in international arbitration tribunals. Few realize that China's treaty negotiators have in fact abandoned this restriction in almost every Chinese BIT signed since 1998, including those with Latin America. Scholars have suggested that China reversed its policy in order to support Chinese overseas investors or to fit its general economic liberalization strategy. However, China's BITs with Mexico, Peru, and Colombia as well as its arbitration case with Peru contradict these theories. I argue that China began signing open BITs to test the risks of granting open access to European countries and the United States, for whom open access is a key condition. China experimented gradually with open arbitration, just as it has experimented gradually with many economic changes since Reform and Opening began in 1978. This theory has interesting implications for China's future BITs—as international arbitration tribunals threaten to make this experiment permanent, China has added new restrictions that bring China's BITs closer to the US model and make a US-China BIT more likely. However, the US avoids BITs with capital-exporting countries, and China is now a large capital-exporter. The main obstacle to US-China BIT negotiations may no longer be the two nations' differences, but rather their similarities.

Keywords: China, Latin America, Peru, bilateral investment treaties (BITs), international arbitration tribunals

## INTRODUCCIÓN

Si bien la República Popular China empezó a suscribir tratados bilaterales de inversión (TBI) en la década de 1970, los negociadores chinos se evitaron problemas en los TBI iniciales. Ellos impidieron su cumplimiento bloqueando la posibilidad de que los inversionistas extranjeros demandasen al gobierno anfitrión en las cortes internacionales. De manera interesante, desde 1998 casi todos los TBI chinos empezaron a rechazar estas restricciones y a permitir que los inversionistas extranjeros demanden a los gobiernos ante las cortes internacionales de arbitraje. Algunos académicos han sostenido que China revirtió su política con el propósito de respaldar en el exterior a los inversionistas chinos. Otros sugieren que China cedió debido a la presión de los países desarrollados o la OMC, o que el giro encajaba dentro de la estrategia general de liberalización económica de China. Argumento en contra de estas teorías sobre la base de la evidencia de los TBI y los casos de arbitraje más recientes de China. En cambio, sugiero que el gobierno chino optó por permitir el arbitraje en los TBI con pequeños países en desarrollo a partir de 1998 como un experimento. Dado que los gobiernos de Europa y los Estados Unidos demandaron el arbitraje abierto como un prerrequisito para suscribir nuevos TBI con China, esta empezó a firmar TBI abiertos con países pequeños para sopesar los riesgos que enfrentaría si hacía lo mismo con sus inversionistas más grandes.

Concluyo considerando las consecuencias del comportamiento chino reciente respecto a los tratados para sus futuros TBI. En la medida en que las cortes internacionales de arbitraje amenazan al experimento de acceso abierto de China, esta ha luchado por mantener lo que denomino «soberanía bilateral», o el derecho de controlar sus tratados bilateralmente sin interferencia de tribunales de terceras partes. China ha agregado nuevas cláusulas en sus últimos tratados con el propósito de restringir el ámbito de interpretación de los árbitros internacionales. China ha adoptado restricciones similares a las de los TBI de los Estados Unidos, mejorando así sus perspectivas de concluir un TBI con este país. Sin embargo, los Estados Unidos evitan los TBI con países exportadores de capital para proteger la soberanía de sus cortes, y hoy en día China exporta cantidades masivas de capital. El principal obstáculo para las negociaciones EE. UU.-China podría ser ya no las diferencias entre los dos países, sino más bien sus similitudes.

### **EL PUNTO DE QUIEBRE DE CHINA: LA OFERTA DE ACCESO AL ARBITRAJE PARA LOS INVERSIONISTAS**

Antes de 1998, el gobierno chino se blindó de las responsabilidades legales internacionales al restringir el acceso al arbitraje para los inversionistas privados extranjeros en toda cláusula de resolución de disputas inversionista-Estado de los TBI. Los inversionistas solo

podrían llevar a los gobiernos ante un arbitraje bajo estas cláusulas si su disputa «involucra el monto de compensación por expropiación»<sup>1</sup>. Al igual que los TBI soviéticos, los TBI chinos restringieron el arbitraje para maximizar su control, y minimizar su responsabilidad legal, sobre todos los activos privados invertidos en China<sup>2</sup>.

Así, el gobierno chino evadió el tener que rendir cuentas por las violaciones a sus tratados. Los inversionistas que dependían de estos antiguos TBI solo podían demandar por un incumplimiento del tratado ante los tribunales chinos. A las cortes internacionales les preocupa que la actuación de las cortes locales permita la «autodeterminación» por parte del Estado, lo que significa que no pueda esperarse que los jueces chinos fallen en contra del Estado chino<sup>3</sup>. En efecto, el especialista en derecho internacional Wenhua Shan informó en el 2005 que las cortes locales chinas todavía padecen de sobornos, interferencia política y falta general de objetividad, aunque el gobierno ha ordenado recientemente que cualquier acción legal de extranjeros rechazada en las cortes de menor nivel deba ser automáticamente revisada en las cortes superiores (Shan 2005: 256-8).

Desde inicios de 1998, los negociadores chinos permitieron deliberadamente que los inversionistas lleven a los gobiernos ante arbitrajes internacionales por cualquier incumplimiento de los TBI de sus países<sup>4</sup>. El TBI China-Barbados estableció un nuevo estándar para el acceso abierto al arbitraje: «Si cualquier disputa [...] no puede ser resuelta en el plazo de seis meses [...] el inversionista tendrá el derecho de optar por llevar la disputa para su resolución mediante un arbitraje internacional»<sup>5</sup>. Hacia finales del 2002, China transplantó este fraseo a los TBI con Bahrein, la República Democrática del Congo (RDC), Botswana, Irán, Brunéi y once países más (Gallagher y Shan 2009: 42).

El gobierno chino ha capeado este cambio de política sin un aluvión de acciones legales de parte de los inversionistas extranjeros. El especialista en relaciones internacionales Cui Yankun sostiene que la probabilidad de expropiación hoy en día en China es «cercana a nada» (Cui 2007). Por lo pronto, muchas empresas chinas pueden competir con empresas extranjeras, de modo que el relajar los controles en la economía podría en realidad ayudar al crecimiento de las empresas chinas y a incrementar su eficiencia. En efecto, diez años después de que el TBI

- 
1. El fraseo en estas cláusulas varía ligeramente. Para un análisis detallado de las diferencias en el fraseo de cada TBI chino, véase Gallagher y Shan (2009: 313-6).
  2. Véanse, por ejemplo, los TBI URSS-Checoslovaquia.
  3. Renta 4 SVSA v. Federación Rusa, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Award on Preliminary Objections 024/2007, 20 de marzo de 2009, citado en Peterson (2009: 6).
  4. Entre las excepciones se hallan los TBI China-Etiopia (1998), China-Bahrein (1999) y China-Qatar (1999) (Gallagher y Shan 2009: 41, 320).
  5. China-Barbados (1998) BIT, artículo 9(2).

con Barbados entrara en vigencia, ningún inversionista extranjero ha intentado jamás llevar al gobierno chino ante un arbitraje internacional<sup>6</sup>. Algunos académicos han advertido que esta relación inversionista-Estado es tan solo una «luna de miel», pero es cierto también que el gobierno no ha dado muchas razones para malograr la ocasión.

## LA EXPLICACIÓN DE SALIR AL EXTERIOR

Muchos observadores han concluido que el gobierno empezó a promover el arbitraje internacional abierto como parte de su estrategia de «Salir al exterior» para alentar a que las empresas chinas y de propiedad del Estado inviertan en el extranjero. En 1998, el presidente Jiang Zemin urgió a que los funcionarios de gobierno «estudiaran cómo acelerar las medidas para desarrollar la estrategia de Salir al Exterior. Regiones como África, el Medio Oriente, Asia Central y Sudamérica que cuentan con grandes países en vías de desarrollo [tienen] mercados muy grandes y abundantes recursos; debemos sacar ventaja de la oportunidad de ingresar» (Chen 2009). Axel Berger destaca en respaldo a esta tesis que en la década de 1990, la inversión China en el exterior se incrementó y viró hacia la firma de TBI con los países en desarrollo<sup>7</sup>. Los investigadores tanto de fuera como de dentro de China consideran que la estrategia de «Salir al exterior» es la razón del acceso al arbitraje abierto<sup>8</sup>. El estudio hito de Gallagher y Shan del 2010 sobre los tratados de inversión chinos no propone este argumento, pero sí admite que «estos cambios se alinean con el creciente monto de inversión directa en el exterior [...] de China» (Gallagher y Shan 2009: 378).

Sin embargo, todos los especialistas en derecho internacional han criticado la idea de que la estrategia de «Salir al exterior» justifique que se les otorgue a los inversionistas el derecho de demandar a los gobiernos. Además de beneficiar a los inversionistas chinos, ellos advierten, los TBI de doble vía les conceden a los inversionistas extranjeros la posibilidad de recibir enormes compensaciones arbitrales del gobierno chino. Los académicos chinos han criticado no solo los tratados sino también al gobierno por «carecer de una comprensión clara y un alto grado de conciencia» (Fang 1990: 90). Chen An, el

---

6. Algunos investigadores especulan que el gobierno podría haber mantenido en privado una disputa TBI. Sin embargo, el especialista en derecho internacional Tao Jingzhou informa confiado que la división de Derecho Internacional del Ministerio de Comercio le aseguró que China «jamás ha estado envuelta en un arbitraje por causa de un TBI» (Tao 2008: 17).

7. Axel Berger, *China and the Global Governance of Foreign Direct Investment: The Emerging Liberal Bilateral Investment Treaty Approach*, German Development Institute Discussion Paper (octubre del 2008), 24.

8. Las fuentes chinas incluyen a Fang (2010), Chen (2007: 775) y Zhan (2010). Las fuentes extranjeras incluyen a la Economist Intelligence Unit (2010) y Dulac y Savage (2007). Michael Snarr (2010) sostiene que los TBI abiertos alientan a los inversionistas chinos a invertir en Europa.

propio nominado de China como árbitro ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Icsid, por sus siglas en inglés), ha sido una de las voces más críticas (Chen 2006).

Chen An y otros sostienen que a pesar de su estrategia de «Salir al exterior», China no se beneficia de fortalecer a los inversionistas con el acceso al arbitraje. Primero, los inversionistas chinos podrían estar saliendo al exterior en cantidades récord, pero la inversión extranjera en China todavía está a la saga de la inversión china en el exterior en una proporción de por lo menos cuatro a uno (Fang 1990: 90). Los Estados Unidos invierten más de 50 veces más que lo que China invierte en los Estados Unidos; para el caso japonés, esta cifra es de más de 100 veces (Fang 1990: 90). Si bien Axel Berger respalda la teoría de «Salir al exterior», reconoce que cuando los negociadores chinos abrieron el acceso al arbitraje en 1999, la IED total en China era 66 veces más alta que la IED china en el exterior (Berger 2008: 15).

Vale la pena señalar que si bien la IED en China es todavía grande, su predominio se ha contraído considerablemente. Datos del 2009 del Ministerio de Comercio muestran que el ratio entre las IED entrante y saliente ha disminuido a menos de dos a uno, de US\$ 90.000 millones a US\$ 56.500 millones para el 2009<sup>9</sup>. Chen An sostuvo que China no debe fortalecer a los inversionistas hasta que las inversiones salientes igualen a las entrantes, pero ese día todavía está lejos (Chen 2006: 914). Por ejemplo, en el 2009 los estadounidenses invirtieron US\$ 3.600 millones en China y recibieron US\$ 908 millones de vuelta, un ratio ligeramente por debajo de cuatro a uno (Ministry of Commerce News Office 2009, Ministry of Commerce 2010: 82). Japón invirtió US\$ 4.100 millones y China retornó solo US\$ 84 millones, alrededor de cincuenta a uno (Ministry of Commerce 2010: 78). China lentamente está equilibrando sus inversiones entrantes y salientes de los países desarrollados.

El gobierno chino no habría abierto el acceso al arbitraje para alentar a los inversionistas a salir al exterior debido a que pocos inversionistas se interesaban en los tratados. Las empresas chinas responden a medidas que afectan sus negocios directa y frecuentemente, en lugar de a medidas que prometen costosos casos ante la corte, de hasta cinco años, con perspectivas inciertas de llegar a una decisión que les sea favorable. Según Chen, las empresas chinas no prestan atención a los TBI cuando realizan decisiones de inversión (Chen 2006: 917). Solo el 18 por ciento de los inversionistas en el exterior sabían que estaban invirtiendo bajo los TBI

---

9. IED entrante: Ministry of Commerce News Office (2009). Inversión saliente: Ministry of Commerce (2010).

con acceso abierto al arbitraje (Chen 2006: 918). En efecto, los inversionistas chinos salieron al exterior tan precipitadamente que el Ministerio de Comercio acuñó un eslogan especial: «Empresas que salen al exterior: la bravura requiere también precaución» (Ministry of Commerce 2009, *Economic Information Newspaper* 2009).

Si el gobierno chino solo quería alentar la inversión en el exterior, tenía a su disposición un montón de opciones más seguras, rápidas y efectivas. Los inversionistas no se lanzaron al exterior cuando China ratificó su primera ronda de nuevos TBI entre 1999 y el 2003. Esperaron hasta el 2004, cuando del Consejo de Estado sustituyó el viejo «régimen de examen» de inversión en el exterior por el «requisito de inscripción» (Gallagher y Shan 2009). Al modernizar el proceso de inversión en el exterior, el Consejo de Estado ejerció mucho más poder a mucho menos riesgo que cuando negoció el acceso abierto al arbitraje. En el 2009, el Ministerio de Comercio nuevamente impulsó la inversión en el exterior a nuevos niveles al garantizarles a los inversionistas beneficios tributarios, de seguros, de tasa de cambio, y permiso de residencia (*hukou*) (*Invest in China Guide* 2009). Si su meta fue la de alentar la inversión en el exterior a través del acceso al arbitraje abierto, los negociadores chinos optaron por un instrumento notablemente torpe e inadecuado.

De manera similar, el gobierno chino no eligió sus nuevos países socios-TBI para coincidir con los intereses de los inversionistas chinos en el exterior. Si China hubiese diseñado los nuevos TBI para ayudar a sus inversionistas, esperaríamos que el gobierno suscriba nuevos tratados con los países latinoamericanos que reciben inversión china masiva y que evite los TBI con los países desarrollados que invierten en China. Sus más importantes abastecedores de recursos, como Venezuela, Bolivia y Argentina, con frecuencia nacionalizan empresas privadas. China padecería escaso riesgo de suscribir TBI con estos países, puesto que casi ninguno de sus ciudadanos invierte en China.

En cambio, China se apuró para suscribir TBI con países que recibían poca inversión china. Berger señala que China viró hacia la firma de TBI con los países en desarrollo en la década de 1990 (Berger 2008: 19). Sin embargo, los suscribió con la mayoría de sus socios de países en desarrollo antes del giro hacia el arbitraje abierto en 1999. Desde 1999 al 2003, China suscribió y ratificó TBI casi exclusivamente con pequeños países en desarrollo que contaban con poca inversión en o desde China. Los proponentes de la teoría «Salir al exterior» mencionan estos años como evidencia de la protección china a sus inversionistas (Fang 2010). China, en efecto, optó por firmar TBI con quince países en Latinoamérica, Asia y África, regiones que constituían aproximadamente el 90 por ciento del total de la inversión china en el exterior. No obstante, los países específicos elegidos por China daban cuenta de una inversión china cero en Latinoamérica, la mitad de su inversión en Asia y 2

por ciento de su inversión en África<sup>10</sup>. Holanda sobresale como el único país desarrollado que firmó un TBI con China durante este periodo inicial<sup>11</sup>. Tras dedicar cuatro años a la firma de TBI mayoritariamente con países en desarrollo, China renegoció en conjunto sus TBI con Europa. Tras la firma del TBI con Alemania en el 2003, China suscribió otros ocho TBI con naciones desarrolladas en menos de dos años. Concluyó el 80 por ciento de sus TBI 2004-2005 con países desarrollados que exportaban de lejos mucho más capital a China que el que importaban<sup>12</sup>.

China mantuvo su foco de atención en los TBI con países desarrollados al reanudar las negociaciones con los Estados Unidos y Canadá, en 2007 y 2008, respectivamente (Gallagher y Shan 2009: 383). Las negociaciones con los Estados Unidos habían fracasado en 1989 tras la brutal respuesta china a las demostraciones en la Plaza Tiananmen. Pero, incluso antes de Tiananmen, habían llegado a un punto muerto dado que los chinos se negaron a aceptar el requisito inamovible de los Estados Unidos de abrir el acceso al arbitraje (Schill 2007). Al finalmente ofrecer los Estados Unidos el arbitraje abierto, los chinos reavivaron las negociaciones en el 2007. La Teoría de Salir al Exterior no puede explicar por qué China continuaría buscando TBI con acceso libre con los exportadores de capital.

## OTRAS TEORÍAS

Algunos académicos han sostenido que China aceptó el acceso abierto al arbitraje debido a que los países desarrollados y la OMC la forzaron a aceptar las nuevas normas económicas internacionales. En su estudio hito del 2009 sobre los TBI chinos, Gallagher y Shan afirmaron que el Consejo de Estado de China aprobó primero el acceso abierto durante las negociaciones del TBI con el Canadá, lo que significa que «el cambio radical fue logrado en realidad gracias a los esfuerzos de los canadienses en 1997» (Gallagher y Shan 2009). En efecto, Canadá pudo haber ejercido una presión particularmente fuerte sobre China porque la crisis financiera asiática acababa de dilapidar las reservas internacionales chinas (Davies 2010). De manera similar, los académicos destacan que cuando China se afilió a la OMC en el 2001, la OMC la forzó a eliminar algunas protecciones a

---

10. Las cifras de África omiten a Nigeria, un importante importador de capital de China, debido a que el TBI con Nigeria fue una sorpresa para los chinos. Ellos habían suscrito un TBI restringido con Nigeria en 1997, pero el gobierno nigeriano no lo ratificó. Irónicamente, cuando volvieron a la mesa de negociaciones en el 2001, firmaron un TBI que era menos favorable para Nigeria debido a la cláusula de acceso abierto. Los porcentajes fueron calculados a partir de los datos del Ministry of Commerce (2010). La lista de socios TBI con acceso abierto ha sido tomada de Gallagher y Shan (2009: 42).

11. Lista de Gallagher y Shan (2009: 42).

12. Lista de Gallagher y Shan (2009: 42).

la inversión y la presión a liberalizar (Schill 2007: 99, Cui 2007: 706, Gallagher y Shan 2009: 320).

Las negociaciones de los TBI China-Canadá y China-Alemania demuestran que los negociadores chinos respondieron en efecto a la presión de los países desarrollados. Los negociadores alemanes persuadieron a China de suprimir frases claves que salvaguardaban «las leyes y regulaciones locales» que aparecen en todos los otros TBI chinos<sup>13</sup>. Dos meses más tarde, China restableció estas frases en su siguiente TBI y nunca permitió que otro país las suprimiera. El rápido cambio de China sugiere que los alemanes presionaron con éxito para suprimir las cláusulas.

Sin embargo, China no cedió ante la presión extranjera sobre el acceso al arbitraje inversionista-Estado, un punto ilustrado por el momento del proceso de negociación. El gobierno chino eligió abrir el acceso al arbitraje en un momento en que ningún país desarrollado podría haberlos forzado. China y Canadá suspendieron las negociaciones del TBI en 1997, al inicio de la crisis financiera asiática, aunque China pronto recuperó niveles cómodos de reservas internacionales. En 1998, el Consejo de Estado chino repentinamente decidió aprobar un pedido de los negociadores del Ministerio de Comercio para garantizar el arbitraje abierto en el TBI con Surinam. Si bien fracasó el TBI con Surinam de 1998, el Ministerio de Comercio usó la aprobación del Consejo de Estado para suscribir el acceso abierto en el TBI con Barbados en 1999. Los negociadores chinos han acordado abrir el acceso en caso todos los TBI desde entonces. Gallagher y Shan le adscriben a China una «política más liberal desde que se unió a la OMC en 2001», pero China aceptó cláusulas de arbitraje abierto antes de incorporarse a la OMC (Gallagher y Shan 2009: 320).

Imposibilitados de precisar cualquier factor realmente decisivo, los académicos también adscriben el cambio al esfuerzo más amplio de China dirigido a abrir su economía, facilitar la inversión dentro y fuera del país, y mostrar más respeto por los tratados internacionales (Schill 2007: 99-100). Los negociadores alemanes en el TBI China-Alemania informaron que la parte china había demandado ella misma el acceso abierto al arbitraje debido a que estaba determinada a ofrecer «el estándar internacional de protección a la inversión» (Schill 2007: 43). Gallagher y Shan sugieren que China aceptó poco a poco la ley internacional en muchos frentes por la misma época, garantizando el acceso al arbitraje en los TBI como parte de esa tendencia. El acceso abierto al arbitraje aceptado por China

---

13. El artículo 1(1) del TBI China-Alemania omite «sujeto a las leyes y regulaciones locales» en la definición de inversión, mientras que el artículo 2(1) no contiene el requisito usual de «Admitir tal inversión en conformidad con sus leyes y regulaciones». El fraseo de la cláusula Tratamiento Nacional excluye también la caución usual.

«fue sin duda influido por varios factores, incluidas la ratificación por parte de China de la Convención Icsid en 1993, su política más liberal hacia la ley internacional y los compromisos internacionales desde que se unió a la OMC en el 2001, y su giro definitivo en políticas hacia el arbitraje internacional» (Gallagher y Shan 2009: 320). Ellos identifican las políticas chinas como liberales pero no pueden explicar por qué el gobierno se sintió motivado para liberalizar dichas políticas.

El gobierno chino no se abrió el arbitraje como parte de una tendencia general; debe haber tenido una razón convincente. China desarrolló lentamente un socialismo basado en el mercado y se unió a la OMC debido a que ofrecían beneficios económicos claros, pero el arbitraje abierto no ofrece ningún beneficio probado. Susan Franck coincide con los académicos chinos proteccionistas en que «el impacto específico del arbitraje de los tratados de inversión no es [...] claro» (Franck 2007: 373).

### EVIDENCIA RECIENTE: CHINA DA MARCHA ATRÁS

Una clave final, contraria, es que si bien el gobierno chino parece estar dispuesto a suscribir un TBI abierto con cualquier país individual, ha bloqueado los intentos de abrir retroactivamente sus antiguos TBI restantes. De tres modos separados, el gobierno chino ha luchado para impedir que las cortes internacionales de arbitraje les garanticen el acceso abierto a todos los países que todavía tienen TBI restrictivos con China.

Primero, en el 2006, las cortes de arbitraje sugirieron que un extranjero que invertía bajo un TBI antiguo podría demandar al gobierno a través de la cláusula de «Nación Más Favorecida (NMF)». Los inversionistas pueden alegar una violación de la cláusula NMF si son tratados peor que los inversionistas de una tercera nación. Numerosos inversionistas han intentado utilizar la exigencia de NMF para sustituir una cláusula específica de un tratado con un TBI más favorable suscrito por el país anfitrión. La comunidad de arbitraje está profundamente dividida: Lochnie Hsu informa que «el desmadre de decisiones [sobre las cláusulas NMF] no puede ser plenamente reconciliado» (Hsu 2006: 25-37). Las cortes hallaron en *Plama v. Bulgaria*, *Berschader v. Rusia*, *Telenor v. Hungría*, y *Wintershall v. Argentina*, que la cláusula NMF tiene que enumerar específicamente las áreas que protege<sup>14</sup>. En *Renta 4 v. Rusia* y *RosInvest Co. v. Rusia*, las cortes hallaron que la cláusula NMF

---

14. *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, *Icsid Decision on Jurisdiction*, Caso ARB/03/24 (8 de febrero de 2005); *Berschader v. Rusia*, *SCC Award*, Caso 080/2004 (21 de abril de 2006); *Telenor Mobile Communications A.S. v. República de Hungría*, *Icsid Award*, Caso ARB/04/15 (13 de septiembre de 2006); *Wintershall Aktiengesellschaft v. República de la Argentina*, *Icsid Award*, Caso ARB/04/14 (8 de diciembre de 2008), <[http://ita.law.uvic.ca/alphabetical\\_list\\_content.htm](http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm)> (6 de diciembre de 2010).

tiene que excluir explícitamente cualquier área que no cubre<sup>15</sup>. Los expertos en tratados chinos se percataron de los precedentes RosInvest, que les permitirían a los inversionistas con TBI chinos restrictivos gozar automáticamente de los beneficios de un nuevo TBI abierto (Xu 2007).

Los negociadores chinos han respondido a estos casos en los TBI chinos más recientes limitando el que se aplique la cláusula de NMF al arbitraje. Primero, el TBI China-México del 2008 restringe el tratamiento de NMF a «la operación, gestión, mantenimiento, uso, usufructo o disposición de las inversiones»<sup>16</sup>. Debido a que este TBI no incluye o excluye explícitamente la resolución de disputas, las cortes Plama, Berschader, Telenor y Wintershall rechazarían la jurisdicción sobre los casos NMF bajo este TBI, mientras que las cortes Renta y RosInvest podrían permitir el caso<sup>17</sup>. Sin embargo, la cláusula de tratamiento al inversionista presente en el TBI Colombia-China del 2008 señala explícitamente que «las reglas de Nación Más Favorecida de este tratado no se aplican a ningún mecanismo de resolución de disputas de inversión basadas en el tratado, tales como las reglas de los Artículos 8º y 9º de este tratado»<sup>18</sup>. Ninguna corte de arbitraje podría aceptar la jurisdicción para oír un caso NMF de este TBI. China está intentando prohibir que los inversionistas de TBI restrictivos obtengan el acceso libre al arbitraje por la puerta trasera, por así decirlo.

Segundo, el gobierno chino ha adoptado medidas para impedir que los inversionistas logren el acceso abierto al arbitraje a través de «empresas tenedoras». Los inversionistas han averiguado que ellos pueden invertir en países con TBI restrictivos a través de oficinas de empresas de fachada, incluso tan solo un correo postal, en un país tercera parte con acceso abierto al arbitraje. Las cortes internacionales les permitirán sentar demandas bajo el TBI del país tercera parte antes que con el TBI restrictivo de China (Gallagher y Shan 2009: 81).

China intentó detener este así llamado «negociado de tratados» mediante la aplicación de sus TBI únicamente a las empresas con inversión «sustancial». Sus TBI del 2008 con México

---

15. Renta 4 S.V.S.A *et al.* v. Federación Rusa, *SCC Award on Preliminary Objections*, Caso 24/2007 (20 de marzo de 2009); RosInvestCo UK Ltd. v. Federación Rusa, *SCC Award on Jurisdiction*, Caso ARB. V079/2005 (octubre del 2007), <[http://ita.law.uvic.ca/alphabetical\\_list\\_content.htm](http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm)> (6 de diciembre de 2010).

16. TBI China-México 2008, Artículo 4(1), en Gallagher y Shan (2009: 515).

17. Si bien los tribunales Renta y RosInvest sostienen que uno todavía tendría que considerar otros factores antes de prestarse provisiones de otro tratado, incluida la naturaleza general *versus* específica de las provisiones originales que el inversionista buscó reemplazar.

18. TBI China-Colombia (Zhonghua renmin gongheguo zhengfu he gelunbiya gongheguo zhengfu guanyu cujan he baohu touzi de shuangbian xieding), 22 de noviembre de 1998, artículo 3(3), <<http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/SLC.asp?Db=eag&Gid=100670197>> (3 de diciembre de 2010).  
Nota: el Senado colombiano acaba de ratificar el TBI a finales de octubre (Huang 2010).

y Colombia requieren que un inversionista empresarial esté «constituido o de otro modo organizado bajo la ley de una Parte Contratante» y que esté «involucrado en operaciones de negocios sustantivos en el territorio de dicha Parte Contratante»<sup>19</sup>. China nuevamente está intentando prohibir que los inversionistas saquen provecho del acceso abierto al arbitraje en los países con TBI restringidos. No obstante, este empeño solo tendrá éxito si es que otros países emplean un lenguaje similar para impedir que los inversionistas chinos sean demandados bajo sus propios TBI.

Finalmente, el gobierno chino argumentó en contra de sus propios ciudadanos para impedir que un tribunal internacional oiga un caso de expropiación bajo un TBI restringido. En el 2007, un inversionista de Hong Kong llamado Tza Yap Shum intentó presentar cargos de expropiación en contra del Perú ante Icsid, la primera vez que un inversionista presentaba un caso internacional de arbitraje bajo un TBI chino. Él hizo esto a pesar del hecho de que el TBI China-Perú de 1994 restringe específicamente las disputas a aquellas que «involucran el monto de compensación por expropiación»<sup>20</sup>. Para ayudar al Perú en su defensa y, de esta manera, asegurar que el tribunal no halle jurisdicción sobre el caso, China envió a uno de sus negociadores originales del TBI, un equipo de especialistas en derecho internacional, y miles de páginas de documentos legales<sup>21</sup>. Fan Jianghong, el negociador chino, testificó que China había pretendido con esta cláusula impedir que los árbitros internacionales decidieran si un Estado había o no expropiado los activos de un inversionista dado<sup>22</sup>.

Sin embargo, el tribunal falló a favor de Tza Yap Shum, en contra de China y el Perú. Determinó que la palabra «involucran» dejaba dudas acerca de las intenciones de China en conformidad con las directrices de la Convención de Viena sobre la interpretación de tratados. Sostuvo que a cualquier inversionista que demanda a un estado por expropiación ante los tribunales locales se le cerraría la posibilidad de un arbitraje internacional subsiguiente por la cláusula de «encrucijada». Dado que el preámbulo del TBI sostiene que «alienta la inversión», el tribunal debe permitir alguna forma de resolución de disputas, y por lo tanto debe permitir todos los casos de expropiación. Rechazó el argumento chino sobre que China había esclarecido sus intenciones a través de una clara «política oficial», aunque casi todos los antiguos TBI contenían una estipulación similar y muchos investigadores internacionales creen en dicha política<sup>23</sup>. La decisión hizo uso de un

---

19. TBI China-México 2008, artículo 1(a); TBI China-Colombia 2008, artículo 1(2).

20. TBI China-Perú 1994, artículo 8(3).

21. Tza Yap Shum v. República del Perú, *Icsid Decision on Jurisdiction and Competence*, Caso ARB/07/6 (19 de junio de 2009), <<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1576>> (6 de diciembre de 2010); Chen (2009: 861).

22. Fan Jianghong, declaración de testigo, 10 de septiembre, en párrafo 24, en Tza Yap Shum v. Republic of Peru, 38.

23. Chen (2009: 847-8); Decisión Tza Yap Shum.

precedente de una decisión similarmente fraseada en el caso *European Media Ventures v. República Checa*<sup>24</sup>.

Los especialistas chinos se indignaron por la decisión del tribunal. Chen escribió que la decisión fue una «gran sorpresa para los estudiosos chinos»; estos, incluido Chen, escribieron una tanda de artículos protestando contra la decisión (Chen 2009: 831, Wang 2010).

El gobierno chino expresó su propia protesta escribiendo una nueva cláusula en sus últimos TBI, la cual en el futuro bloqueará casos similares. Los negociadores chinos insertaron una novedosa cláusula al final del TBI China-Colombia que habría garantizado que Tza Yap Shum no pudiese acceder al arbitraje internacional. La cláusula requiere que los inversionistas que sostienen que se les han expropiado sus activos utilizando los impuestos primero planteen su caso ante el ente encargado de los impuestos del gobierno anfitrión, para luego permitir que su propio gobierno decida si la tributación fue realmente equivalente a una expropiación<sup>25</sup>. Dado que Tza Yap Shum había sostenido que el gobierno peruano congeló injustamente sus activos por violaciones tributarias, esta cláusula les hubiese otorgado a los chinos la oportunidad de desestimar su caso. Es razonable asumir que China esencialmente escribió esta estipulación, no Colombia, debido a que China les permite a sus socios muy poca influencia sobre los términos de los TBI. Tal como los negociadores chinos y peruanos testificaron durante el caso *Tza Yap Shum v. Perú*, «las negociaciones entre el Perú y China se basaron sustancialmente en el borrador chino del TBI»<sup>26</sup>. De este modo, China le respondió específicamente a Tza Yap Shum mediante el bloqueo de su estrategia en sus posteriores TBI.

## UN EXPERIMENTO SOBRE EL ACCESO ABIERTO

Una explicación plausible de la decisión china con respecto al arbitraje debe ayudar a resolver cuatro rompecabezas: la oportunidad del gobierno, la selección del país socio para establecer TBI, el sacrificio de la soberanía y los esfuerzos recientes para detener el acceso universal abierto de los TBI. Sostengo que el gobierno chino eligió empezar a probar el arbitraje abierto en pequeños países en desarrollo en 1998 con el propósito de prepararse para las inminentes negociaciones con los países desarrollados que exigen el acceso al arbitraje.

---

24. *European Media Ventures SA v. República Checa*, *Uncitral Award on Jurisdiction* (15 de mayo de 2007), no publicada pero revisada en *The Czech Republic v. European Media Ventures SA* [2007] EWHC 2851.

25. «Tax Measures (Shuishou cuoshi)», artículo 14(5), TBI China-Colombia 2008.

26. Decisión *Tza Yap Shum*, 37.

En primer lugar, este experimento con países más pequeños explicaría el particular momento elegido por el gobierno chino así como su selección de países socios, que no calzan en su estrategia de «Salir al exterior». Durante los primeros cuatro años, el gobierno solo suscribió nuevos tratados con pequeños países en desarrollo y un país europeo seguro, Holanda, con el objeto de minimizar el riesgo del experimento. Sin ningún caso de arbitraje durante sus primeros cuatro años, China comenzó a renegociar sus TBI con países europeos durante el período 2003-2006. Estos TBI europeos han concluido sus primeros plazos de 10 o 15 años alrededor de 1999. De este modo, los gobiernos europeos probablemente han sido presionados por el gobierno chino para renegociar sus TBI desde aproximadamente la época de la decisión Surinam/Barbados.

Todavía libre de casos de arbitraje, el gobierno comenzó a negociar con Canadá y los Estados Unidos en el 2007 y el 2008. Sin ninguna disputa en nueve años, les ofreció el acceso abierto a Canadá y a los Estados Unidos, consciente de que ningún país suscribiría un TBI sin esta cláusula clave<sup>27</sup>. Un estudioso chino sostuvo incluso que los Estados Unidos y China firmarían rápidamente el TBI ahora que China había eliminado el obstáculo del arbitraje<sup>28</sup>. De modo que la oportunidad y la selección del país socio pueden ser explicadas por un experimento en aumento: primero, China probó los nuevos TBI abiertos en pequeños países en desarrollo con el propósito de estudiar los riesgos de abrir los TBI renegociados con los países europeos; segundo, renegoció TBI europeos abiertos para tantear el terreno para los TBI con los Estados Unidos y Canadá.

El gobierno chino renunció a la soberanía doméstica con el propósito de beneficiarse de los nuevos TBI con países exportadores de capital. Si bien el abrir el acceso al arbitraje por sí mismo no desencadena un flujo de inversiones, le ofreció a China la oportunidad de concluir nuevos TBI que muy probablemente incrementarían los flujos de inversión hacia adentro y hacia fuera. El gobierno chino estaba muy dispuesto a descubrir los beneficios que un TBI con los Estados Unidos –su socio de inversiones más grande y más desafiante– podría ofrecer.

Este experimento de arbitraje tiene muchos precedentes en el cauteloso sendero de reforma económica de China. Los abuelos de la reforma Deng Xiaoping y Chen Yun han abogado muy bien por «Cruzar el río mientras se es sensible por las piedras». El gobierno comenzó a incrementar crecientemente la reforma del sector agricultura desde 1979 en adelante, aumentando los precios estatales de los granos, permitiendo luego ventas en el mercado

---

27. Gallagher y Shan (2009: 384) señalan que existen dos TBI «difíciles» de negociar para China debido a este requisito y la duración de sus TBI usuales.

28. Véase Congyan (2009).

por encima de la cuota y prohibiendo finalmente el monopolio del sistema estatal de compras. El gobierno central les permitió a los funcionarios locales constituir empresas municipales y aldeanas, abandonando lentamente los monopolios sectoriales que estaban en manos de empresas de propiedad del estado (SOE, por sus siglas en inglés), y finalmente comenzó a privatizar las SOE de menor desempeño. China ha ido experimentando gradualmente en cada área de su economía doméstica. No debería ser mayor sorpresa que también pudiera «ser sensible por las piedras» al liberalizar sus TBI.

Al mismo tiempo, el gobierno chino bloquea la apertura retroactiva de todos sus antiguos TBI debido a que está probando el arbitraje abierto. Los TBI del 2008 con México y Colombia demuestran que el gobierno todavía está adecuando su aproximación al arbitraje. Dado que el gobierno aún no ha tomado decisiones firmes respecto al arbitraje, tal como muchos observadores asumen, se resiste a la conversión universal de sus más de ochenta TBI restantes que todavía restringen el arbitraje. Entre estos socios con TBI restringidos se encuentran los grandes exportadores de capitales, sobre todo el Reino Unido y Japón.

En vez de por los países individuales, el gobierno chino está preocupado por la comunidad epistémica de abogados, árbitros y estudiosos que influyen en las decisiones de las cortes internacionales de arbitraje. Si bien cada TBI es negociado entre solo dos países, las disputas internacionales son todas resueltas por Icsid, la Cámara de Comercio de Estocolmo, Uncitral y otras cortes que se basan fuertemente en los precedentes establecidos por los juicios de otras cortes acerca de los TBI de otros países (Salacuse 2010: 13-4). Las partes eligen libremente a sus abogados y árbitros; sin embargo, unas cuantas personas conocidas son recicladas continuamente a través de ambos puestos. Por ejemplo, el árbitro principal de *Renta v. Rusia* dirige la firma legal que representó a Berschader en *Berschader v. Rusia*<sup>29</sup>. Otros de los tres árbitros *Renta* han representado a EMV en *EMV v. República Checa*<sup>30</sup>. El abogado de *Renta* ha representado por lo menos a dos otros inversionistas en casos recientes de NMF<sup>31</sup>. Este es tan solo un rápido repaso de los estudiosos involucrados en *Renta* que han aparecido en otros casos NMF recientes.

Los estudiosos chinos y otros han estado preocupados por las amplias interpretaciones de los TBI realizadas por Icsid y la comunidad internacional de arbitraje desde mucho antes de Tza Yap Shum (Yu 2006, Zhuo 2010). Chen Wenzhu, por ejemplo, sostiene que Icsid es culpable de «abuso serio» (Chen 2010). Uglješa Grušić muestra que las cortes Icsid

---

29. Decisión *Renta*; Decisión *Berschader*.

30. Decisión *Renta*; Decisión *EMV*.

31. *Siemens v. Argentina*; *Austrian Airlines v. República Eslovaca*.

consistentemente realizan interpretaciones liberales que amplían su jurisdicción (Grušić 2009: 100). No obstante, ella sostiene que estas decisiones «reflejan la intención de las partes» porque ellas respaldan el objetivo y propósito de los instrumentos de inversión, que es el de promover y proteger las inversiones» (Grušić 2009: 100). Aún así, los gobiernos de China y el Perú llegaron a acuerdos con respecto a cómo la corte Tza Yap Shum debió haber interpretado el fraseo de su TBI, pero la corte los contradujo. Yo sugeriría que estas sentencias podrían reflejar las intenciones originales de las partes, pero no siempre.

### **IMPLICACIONES PARA LAS NEGOCIACIONES DEL TBI CHINA-ESTADOS UNIDOS**

La teoría del experimento del acceso abierto bosquejada más arriba tiene importantes implicaciones para las futuras negociaciones chinas de TBI. Tal como estaban esperando los negociadores chinos, su experimentación con estipulaciones nuevas, liberales, permite pensar que un TBI China-Estados Unidos sea más posible; no obstante, el bloqueo de la apertura retroactiva por parte de las cortes internacionales impacta también en el TBI China-Estados Unidos.

China no está luchando por la soberanía del Estado sino por la «soberanía bilateral» –el poder de suscribir los TBI sin cederle espacio a los tribunales internacionales para interpretar ampliamente las estipulaciones de los TBI–. A medida que China renuncia a cierta soberanía en el contexto de estos TBI, espera por lo menos definir las reglas que gobiernan a esta pérdida de soberanía. Por esta razón, se opone fuertemente a la influencia del tercer actor, la comunidad epistémica. Los TBI más recientes, como el de China-México y el de China-Colombia, muestran la disposición china de cumplir las medidas liberales, pero también su determinación de reducir el espacio de la comunidad epistémica. En vez de bloquear el arbitraje de manera directa, China atacó al poder de los tribunales limitando la cláusula NMF e imponiendo el nuevo procedimiento de disputa tributaria inspirado en Tza Yap Shum.

China podría tener más éxito asegurando su soberanía bilateral en el futuro porque ha empezado a copiar nuevas medidas proteccionistas diseñadas por los veteranos negociadores de los Estados Unidos. Hasta ahora, China ha luchado por definir sus intenciones y por cerrar los vacíos legales que la exponen a interpretaciones legales impuestas por la comunidad epistémica, lo que ocurrió en la disputa Tza Yap Shum con respecto a la palabra ‘involucran’. Pero China ha empezado a copiar los tratados validados en el tiempo de los Estados Unidos. Por ejemplo, el TBI China-Colombia copia por primera vez la estipulación de los Estados Unidos acerca de las excepciones por «seguridad esencial». Chen An recomendó esta medida con el objeto de proteger a los TBI de China ante la creciente jurisdicción de los tribunales internacionales (Chen 2006: 911). China copió también la

nueva estipulación tributaria presente en el TBI con Colombia de las propias estipulaciones tributarias de los Estados Unidos (Chen 2007, Zhao 2010)<sup>32</sup>.

Los estudiosos chinos han discutido otras protecciones que comúnmente emplean los Estados Unidos, tales como el tratamiento diferenciado entre los países desarrollados y en desarrollo. Muchos estudiosos han sugerido que China podría restringir el arbitraje para los países desarrollados, permitiendo TBI abiertos con los países en desarrollo<sup>33</sup>. No obstante, tendría que limitar rigurosamente sus cláusulas NMF con el propósito de impedir que los inversionistas de los países desarrollados simplemente se presten estos términos más ventajosos empleados en los TBI con los países en desarrollo. Esta propuesta imita la estrategia de los Estados Unidos de confinar sus TBI a los países en desarrollo de modo que tan solo los pocos inversionistas en el extranjero de estos países tengan el derecho de sentar demandas en contra del gobierno de los Estados Unidos (Economist Intelligence Unit 2010: 7). De manera interesante, otros estudiosos chinos han criticado el tratamiento diferenciado entre los países desarrollados y en desarrollo porque esto podría dañar la reputación de China como líder entre los países en desarrollo.

Dado que China pretende alinearse con los TBI basados en el modelo de los Estados Unidos, no solo para concluir un TBI Estados Unidos-China sino también para asegurar su soberanía bilateral, ha aumentado la probabilidad de negociaciones exitosas de un TBI China-Estados Unidos. Los estudiosos estadounidenses sugieren que las negociaciones de los TBI no son prometedoras debido a que los Estados Unidos colocan sobre el tapete un modelo de TBI de 43 artículos, de lejos mucho más detallado que el de China. Pero las detalladas estipulaciones del TBI de los Estados Unidos beneficiarían también a los exportadores de capital chinos. Zhao Jun sostiene que dado que China y los Estados Unidos son ahora ambos importantes exportadores e importadores de capital, «el cuchillo es de doble filo» y, por lo tanto, China debe mantener la calma en las negociaciones (Zhao 2010: 2).

En efecto, recientemente China ha mostrado interés en las estipulaciones estándar de los Estados Unidos que antes evitaba. Una de estas áreas corresponde a los estándares ambientales y laborales. Si bien los chinos anteriormente evitaron cualquier mención relativa a las preocupaciones ambientales y laborales, su TBI del 2003 con Guyana menciona en el preámbulo la protección<sup>34</sup>. Más sorprendente aún, la nueva cláusula de «seguridad esen-

---

32. Véase, por ejemplo, el TBI Estados Unidos-Honduras 2000, artículo XIII.

33. China también podría armonizar sus tratados con el nuevo estándar establecido por el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que se refiere a un caso MFN (*most-favoured nation*) específico con el propósito de esclarecer su desacuerdo con la decisión.

34. TBI China-Guyana 2003, preámbulo.

cial» del TBI China-Colombia del 2008 menciona que la protección ambiental podría justificar una excepción con respecto a las otras estipulaciones del TBI<sup>35</sup>.

El giro de China hacia el modelo TBI de los Estados Unidos podría aumentar sus probabilidades de concluir un TBI con los Estados Unidos, excepto que los Estados Unidos hasta el momento solo han firmado TBI con países importadores de capital. El gobierno de los Estados Unidos evita suscribir TBI con países exportadores de capital para proteger la soberanía de sus cortes nacionales (Economist Intelligence Unit 2010: 7). Así, el principal obstáculo para las negociaciones de un TBI Estados Unidos-China podrían no ser más las diferencias entre las dos naciones, sino más bien sus similitudes. China enfrenta una difícil batalla porque exporta cientos de veces más de capital a los Estados Unidos que lo que exportaba durante las negociaciones previas de la década de 1980. Irónicamente, los Estados Unidos podrían negarse a acordar el arbitraje abierto con China, aunque China modificó su política en parte para satisfacer a los Estados Unidos.

China podría en realidad mejorar sus probabilidades de concluir un TBI con los Estados Unidos si convence a este país de restringir el acceso al arbitraje. Los Estados Unidos podrían entonces suscribir su primer TBI con un exportador de capital sin comprometer la soberanía exclusiva de las cortes de los Estados Unidos. Los Estados Unidos no restringirían el arbitraje en sus tratados con los países en desarrollo, mientras que los países europeos no restringirían el arbitraje en cualquier tratado. Por lo tanto, los Estados Unidos necesitarían diferenciar el TBI con China de sus otros TBI, lo que requeriría excluir el acceso al arbitraje de la cláusula NMF.

Si los Estados Unidos o China en efecto comenzaron a diferenciar sus tratados entre países en desarrollo y desarrollados, los nuevos TBI profundizarían las desigualdades inherentes en el proceso de negociaciones bilaterales. Esto asestaría un golpe a la igualdad global de todo el sistema de los tratados bilaterales de inversión. A fin de cuentas, el daño que la diferenciación podría causarle a la red global de TBI, podría finalmente empujar a los países en desarrollo a unirse para buscar un tratado multilateral de inversión que no sea discriminatorio.

---

35. TBI China-Colombia 2008, artículo 5. China parece también estar eliminando los requisitos de desempeño tal como exige al Acuerdo OMC Trims, aunque los académicos chinos han sugerido maneras de eludirlos (Zhao 2010: 2).

## CONCLUSIÓN

Anteriores investigadores no han explicado de manera convincente por qué China comenzó a aceptar el arbitraje internacional inversionista-Estado en 1998. Los TBI chinos más recientes y el caso de arbitraje Tza Yap Shum muestran que China se opone todavía a conceder a todos sus socios TBI el acceso al arbitraje. Por lo tanto, sus acciones no pueden ser explicadas por la estrategia de «Salir al exterior», la presión de la OMC y los países desarrollados, o por la liberalización económica general de China. El gobierno chino ha aceptado el arbitraje abierto pero continúa oponiéndose al acceso universal debido a que está experimentando. Optó por probar el arbitraje abierto en pequeños países en desarrollo con el propósito de estudiar los riesgos de una renegociación de los TBI europeos y la firma de nuevos TBI con los Estados Unidos y Canadá.

Hoy en día, antes que evitar el acceso universal por causa de cualquier país particular, China está intentando reservar su derecho a negar el acceso abierto en futuros TBI. Así, China busca prevenir que las cortes de arbitraje internacionales establezcan un precedente que les permitiría el acceso abierto a todos sus socios TBI. China ha añadido nuevas estipulaciones en sus tratados más recientes para restringir el campo de interpretación de los árbitros internacionales. Está intentando mantener su «soberanía bilateral», o el derecho a compartir el poder con sus países socios sin la interferencia de los tribunales internacionales.

China ha comenzado a protegerse de los tribunales internacionales mediante la adopción de las mismas protecciones utilizadas en los TBI de los Estados Unidos. Por lo tanto, hoy en día encara mejores perspectivas de concluir un TBI con los Estados Unidos. No obstante, los Estados Unidos evitan los TBI con los países exportadores de capital para proteger la soberanía de sus cortes, y China es ahora una nueva exportadora de capital. El principal obstáculo para las negociaciones de un TBI Estados Unidos-China ya no serían más las diferencias entre las dos naciones, sino más bien sus similitudes.

## BIBLIOGRAFÍA

BERGER, Axel

2008 *China and the Global Governance of Foreign Direct Investment: The Emerging Liberal Bilateral Investment Treaty Approach*. German Development Institute Discussion Paper, octubre. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012. <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1838682](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1838682)>.

BERSCHADER V. RUSSIA

2006 Stockholm Chamber of Commerce Award, Caso 080/2004, 21 de abril.

CHEN, An

2009 «Queries to the Recent Icsid Decision on Jurisdiction Upon the Case of Tza Yap Shum v. Republic of Peru». En: *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10, N° 6, diciembre.

2007 «Distinguishing Two Types of Countries». En: *Journal of World Investment and Trade*, vol. 8, N° 6, diciembre.

2006 «Should the Four Great Safeguards in Sino-Foreign BITs Be Hastily Dismantled?». En: *Journal of World Investment and Trade*, vol. 7, N° 6, diciembre.

CHEN, Wenzhu

2010 «Investigation into the Reform of the ICSID Arbitration Mechanism (Icsid Zhongcai jizhi gaige yanjiu)». En: *Law View (Fazhi Zaixian)*, 6 de diciembre. CNKI Database.

CHEN, Yangyong

2009 *The Shape and Significance of Jiang Zemin's 'Going Abroad' Policy (Jiang Zemin zouchuqu zhanlüe de xingcheng jiqi zhongyao yiyi)*. Literature of the Chinese Communist Party (Dang de wenxian) N° 1. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <<http://politics.csscipaper.com/cpc/document/7350.html>>.

CONGYAN, Cai

2009 «China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications». En: *Journal of International Economic Law*, vol. 12, N° 2, pp. 457-506. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <<http://econpapers.repec.org/article/oupjieclw/>>.

CUI, Yankun

2007 «New Developments in China's Bilateral Investment Treaties (Zhongguo dijie shuangbian touzi tiaoyue de xin fazhan)». En: *Law and Society (Fazhi yu Shehui)*, marzo. China Academic Journal Electronic Publishing House.

DAVIES, Ken

2010 «China's Foreign Exchange Reserves, 1977-2010». En: *Chinability Blog*, 6 de diciembre. <<http://www.chinability.com/Reserves.htm>>.

DULAC, Elodie y JOHN SAVAGE

- 2010 «The Asia Pacific Arbitration Review 2007: China BITs». En: *Global Arbitration Review*. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <<http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/2/sections/4/chapters/19/china-bits/>>.

ECONOMIC INFORMATION NEWSPAPER (Jingji cankao bao)

- 2009 «Experts Suggest: Chinese Companies Going Abroad Bravery Also Needs Caution (Zhuanjia jianyi: woguo qiye zouchuqu danda hai xu xinxi)». En: *Xinhua News*, 17 de marzo. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <[http://news.xinhuanet.com/fortune/2009-03/17/content\\_11023052.htm](http://news.xinhuanet.com/fortune/2009-03/17/content_11023052.htm)>.

ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT

- 2010 «Evaluating a Potential US-China Bilateral Investment Treaty». Report prepared for the US-China Economic and Security Review Commission, 30 de marzo. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <[http://www.uscc.gov/researchpapers/2010/EIU\\_Report\\_on\\_US-China\\_BIT-FINAL\\_14\\_April\\_2010.pdf](http://www.uscc.gov/researchpapers/2010/EIU_Report_on_US-China_BIT-FINAL_14_April_2010.pdf)>.

FANG, Xun

- 2010 «Research and Commentary on Chinese BITs under Icsid Jurisdiction since 1990 (90 niandai yilai zhongguo zai BITs zhong jieshou Icsid guanxia de yanjiu ji pingxi)». En: *Law and Society (Fazhi yu Shehui)*, septiembre. Base de datos CNKI.

FRANCK, Susan

- 2007 «Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law». En: *Global Business and Development Law Journal*, vol. 19.

GALLAGHER, Norah y Wenhua SHAN

- 2009 *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*. Nueva York: Oxford University Press.

GRUŠIĆ, Uglješa

- 2009 «The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes». En: *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10, N° 1, febrero.

HSU, Lochnie

- 2006 «MFN and Dispute Settlement: When the Twain Meet». En: *Journal of World Investment & Trade*, vol. 7, N° 1, febrero.

HUANG, Yongxian

- 2010 «Colombian Senate Ratifies Sino-Columbian Investment Treaty (Gelunbiya can yiyuan pizhun gezhong touzi baohu xieding)». En: *Xinhua News*, 27 de octubre. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <[http://news.ifeng.com/world/detail\\_2010\\_10/27/2913388\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/world/detail_2010_10/27/2913388_0.shtml)>.

*INVEST IN CHINA GUIDE* (Zhongguo zhinan)

- 2009 «Six Large-Scale Ministry of Commerce Measures to Support Companies Investing Overseas (Shangwubu liu da jucuo zhichi qiye duiwai touzi)». 27 de octubre. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <[http://fdi.gov.cn/pub/FDI/tzdt/dt/t20091027\\_113505.htm?fclose=1](http://fdi.gov.cn/pub/FDI/tzdt/dt/t20091027_113505.htm?fclose=1)>.

## MINISTRY OF COMMERCE

- 2010 «2009 Statistical Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment (2009 nian zhongguo duiwai zhijie touzi tongji gongbao)». Department of Outward Investment and Economic Cooperation Website (Duiwai zhijie touzi he jingji hezou si), 13 de septiembre. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <<http://hzs.mofcom.gov.cn/accessory/201009/1284339524515.pdf>>.
- 2009 Order No. 5 (Zhonghua renmin gongheguo shangwubu ling 2009 nian di 5 hao). «Management Measures for Investors Abroad (Jingwai touzi guanli banfa)». En: *Xinhua News*, 16 de marzo. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <[http://news.xinhuanet.com/fortune/2009-03/16/content\\_11021992.htm](http://news.xinhuanet.com/fortune/2009-03/16/content_11021992.htm)>.

## MINISTRY OF COMMERCE NEWS OFFICE (Shangwubu xinwen bangongshi)

- 2010 «The 2009 Situation of Foreign Direct Investment in China (2009 nian 1-12 yue quanguo xishou waishang zhijie touzi qingkuang)». *Ministry of Commerce of the People's Republic of China Website (Zhonghua renmin gongheguo shangwubu)*, 15 de enero. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/tongjiziliao/v/201002/20100206785656.html>>.

## PETERSON, Luke Eric

- 2009 «2. Holdings in Spanish Shareholders' Yukos Claim Come to Light». En: *International Arbitration Reporter*, vol. 2, N° 6, 17 de abril.

## PLAMA CONSORTIUM LIMITED V. BULGARIA.

- 2005 Icsid Decision on Jurisdiction. Caso ARB/03/24, 8 de febrero. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <[http://ita.law.uvic.ca/alphabetical\\_list\\_content.htm](http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm)>.

## RENTA 4 S.V.S.A ET AL. V. FEDERACIÓN RUSA

- 2009 SCC Award on Preliminary Objections. Caso 24/2007, 20 de marzo. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <[http://ita.law.uvic.ca/alphabetical\\_list\\_content.htm](http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm)>.

## ROSINVESTCO UK LTD. V. FEDERACIÓN RUSA

- 2007 SCC Award on Jurisdiction. Caso ARB. V079/2005, octubre. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <[http://ita.law.uvic.ca/alphabetical\\_list\\_content.htm](http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm)>.

## SALACUSE, Jeswald

- 2010 *The Law of Investment Treaties*. Nueva York: Oxford University Press.

SCHILL, Stephan

2007 «Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China». En: *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 15.

SHAN, Wenhua

2005 *The Legal Framework of EU-China Investment Relations*. Oxford: Hart Publishing.

SNARR, Michael S.

2010 «Making Progress BIT by BIT on a US-China Bilateral Investment Treaty». En: *China-US Trade Law Blog*, 2 de febrero. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <<http://www.chinaustradelawblog.com/2010/02/articles/investment/making-progress-bit-by-bit-on-a-uschina-bilateral-investment-treaty-caaeaeaeaeaeaeae/>>.

TAO, Jingzhou

2008 *Arbitration Law and Practice in China*. 2ª ed. Frederick, MD: Wolters Kluwer.

TELENOR MOBILE COMMUNICATIONS A.S. V. REPÚBLICA DE HUNGRÍA

2006 Icsid Award. Caso ARB/04/15, 13 de septiembre.

TZA YAP SHUM V. REPÚBLICA DEL PERÚ

2009 ICSID Decision on Jurisdiction and Competence. Caso ARB/07/6, 19 de junio. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1576>>.

WANG, Nan

2010 «The Problem of Using China's Foreign Bilateral Investment Treaties Toward Hong Kong (Zhongwai shuangbian touzi xieding dui xianggang de shiyong wenti)». 20 de abril. Base de datos CNKI.

WINTERSHALL AKTIENGESELLSCHAFT V. REPÚBLICA DE LA ARGENTINA

2008 Icsid Award. Caso ARB/04/14, 8 de diciembre. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <[http://ita.law.uvic.ca/alphabetical\\_list\\_content.htm](http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_content.htm)>.

XU, Chongli

2007 «From Substance to Process: Dispute over the Scope of Use of Most Favored Nation Treatment (Cong shiti dao chengxu: zuihuiguo daiyu shiyong fanwei zhi zheng)». En: *Law and Business Research (Fasheng yanjiu)*, vol. 2. Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2012. <[http://dspace.xmu.edu.cn/dspace/bitstream/2288/320/1/从实体到程序\\_最惠国待遇适用范围之争.pdf](http://dspace.xmu.edu.cn/dspace/bitstream/2288/320/1/从实体到程序_最惠国待遇适用范围之争.pdf)>.

YU, Jingsong

2006 «The Recent Development and Effects of China's International Investment Treaties (Guoji touzi xieding de jinqi fazhan ji dui zhongguo de yingxiang)». En: *Legal Expert (Faxuejia)*, marzo. Base de datos CNKI.

ZHAN, Weiling

2010 «Analysis of International Investment Arbitration from China's Perspective (Yi zhongguo shijiao fenxi guoji touzi zhongcai)». En: *People's University Law School International Law Discussion*, 30 de mayo. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <<http://www.rucil.com.cn/article/default.asp?id=1031>>.

ZHAO, Jun

2010 «Discussion on Broadening the Usage of BIT MFN Clauses for Procedural Matters (Lun shuangbian touzi tiaoyue zuihuiguo daiyu tiaokuan kuozhang shiyong yu chengxuxing shixiang)». Base de datos CNKI. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010.

ZUO, Yanjun

2010 «Research into Problems of Icsid's Jurisdiction over BITs (BIT zhong yu ICSID guanxiaquan youguan wenti de tanjiu)». Base de datos CNKI, julio. Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2010. <<http://www.docin.com/p-12137840.html>>.