



Ricardo de Urioste Samanamud^(*)

Tza Yap Shum versus Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

“ESTE ARTÍCULO ANALIZA CUATRO PUNTOS PRINCIPALES EXAMINADOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL EN SU DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: EL CONCEPTO DE NACIONALIDAD DEL INVERSIONISTA, LA AMPLITUD DE LA PROTECCIÓN BAJO EL CONCEPTO DE INVERSIÓN INDIRECTA EN EL BIT PERÚ-CHINA, EL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA A DISPOSICIONES DE ÍNDOLE PROCESAL INCLUIDAS EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN”.

El 19 de junio de 2009 el tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) compuesto por el Presidente Judd Kessler y los árbitros Hernando Otero y Juan Fernández Armesto emitió su decisión en materia de jurisdicción y competencia, otorgando al ciudadano de nacionalidad china Tza Yap Shum luz verde a fin de proseguir a la etapa de méritos sobre el fondo en su reclamación contra el gobierno del Perú en materia de expropiación indirecta. Esta decisión arbitral se convirtió inmediatamente en la protagonista de numerosos comentarios de profesionales y académicos vinculados al arbitraje internacional en materia de inversiones. El presente artículo contiene una serie de apuntes que respaldan esta estelaridad y mantiene que este interés de la literatura especializada se encuentra bien fundado.

El 6 de febrero de 1993 la República Popular China accedió al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, también conocido como la Convención de Washington. En 1984 había firmado su primer tratado bilateral sobre promoción y protección recíproca de inversiones (acuerdos más conocidos por sus siglas en inglés BITs por *Bilateral Investment Treaties*⁽¹⁾), con Noruega en 1984. En la actualidad, la República Popular China cuenta con más de 125 de estos tratados, colocándose en el segundo lugar, después de Alemania, en la lista de países firmantes

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LLM University of Chicago Law School. MSc Economía Política Internacional. London School of Economics & Political Science.

(1) En su decisión, el Tribunal Tza Yap Shum hace referencia a las siglas APPRI por Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. En este artículo se utilizará el término más difundido BITs.

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente



“EL FLUJO TRANSFRONTERIZO DE CAPITALES OBEDECE FUNDAMENTALMENTE A LA INVERSIÓN PRIVADA. DE ELLO RESULTA QUE LOS INTERESES DE LOS AGENTES ECONÓMICOS PRIVADOS DEBE TENERSE MUY PRESENTE EN EL DISEÑO DEL PROPÓSITO Y FIN DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIONES. ESTE PROPÓSITO ES, FINALMENTE, LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL FLUJO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y NO DEBERÍA SER DERROTADO POR LA SOBREPOTECCIÓN MOTIVADA POR EL EXCESO DE CELO Y DESCONFIANZA”.

de este tipo de acuerdos internacionales⁽²⁾. Sin embargo, hasta el registro ante el CIADI de la demanda del señor Tza Yap Shum, la Secretaría del CIADI no había registrado ni un solo caso que emanara de un tratado bilateral de inversiones en que la República Popular China fuera parte contratante. En otras palabras, la República Popular China jamás había sido demandada ante el CIADI y el señor Tza Yap Shum se constituía en el primer inversionista de nacionalidad china en llevar un caso ante el CIADI en virtud de un BIT firmado por China.

La República Popular China inició un proceso de apertura en la admisión de inversión extranjera directa en 1978, en el marco de una disociación más general entre ideología y política económica. En ese mismo año el gobierno chino decidió que la inversión extranjera directa sería admitida en una serie de

“zonas económicas especiales” de reducida extensión geográfica a lo largo de la costa china. Este esfuerzo fue posteriormente profundizado en la década de los ochenta con incentivos fiscales, entre otros.

Este cambio de política fue complementado con una activa expansión de la red de BITs de la República Popular China, resultando en los números registrados líneas arriba por Newcombe y Paradell. Este proceso de apertura en la recepción de inversión extranjera corrió, además, en forma paralela a la proyección internacional de la economía china. La República Popular China es actualmente la segunda potencia mundial en materia de

(2) NEWCOMBRE, Andrew y Lluís PARADELL. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International, 2009. p. 43.



Ricardo de Urioste Samanamud

comercio exterior, el mayor exportador en el mundo y la segunda nación en materia de importaciones. El flujo de inversión extranjera directa hacia la China, excluyendo la inversión financiera, alcanzó el record de US\$ 92.4 mil millones en el 2008⁽³⁾. Por su parte, en ese mismo período, la inversión china en otros países alcanzó aproximadamente los US\$ 40.7 mil millones (excluyendo la inversión financiera)⁽⁴⁾.

De especial relevancia para el caso Tza Yap Shum es el hecho que, en lo que respecta a las ex colonias europeas de Hong Kong y Macao, el gobierno chino ha implementado una política de *Un País, Dos Sistemas*, mediante la cual las economías de estas dos islas se manejan en forma separada a la República Popular y son libres de conducir y de entablar independientemente negociaciones económicas con otros países. De hecho, ambas islas participan como miembros independientes en diversos foros internacionales, tales como la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). Tal no es el caso en el CIADI.

La decisión en materia de jurisdicción y competencia en el caso Tza Yap Shum fue ansiosamente esperada por la comunidad del arbitraje internacional porque le tomaría el pulso a la amplitud con que se debería interpretar el consentimiento del gobierno chino al arbitraje internacional en materia de inversiones. Se debe recordar que usualmente el nombre oficial de los BITs es "Tratado o Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones". Por ende, si bien en el caso Tza Yap Shum era el consentimiento del gobierno peruano el que se encontraba particularmente bajo examen, la decisión sobre esta materia a la que arribara el tribunal arbitral constituiría la vara de medición de referencia a utilizar en casos posteriores en los que estuviera en juego el consentimiento del gobierno chino al arbitraje internacional, normalmente incluido en una cláusula arbitral que presenta un texto similar al utilizado en el BIT Perú-China.

La importancia prospectiva del caso se magnifica al considerar que generalmente se considera que la principal razón por la que el gobierno chino no había sido jamás llevado ante el CIADI obedece a que la primera generación de BITs firmados por China (a la que pertenece el BIT con el Perú) contenía una cláusula

de arbitraje muy restrictiva, permitiendo el arbitraje únicamente en materias y supuestos específicos cuidadosamente previstos en el BIT, tal como la valoración de la compensación debida en caso de expropiación.

Existen, sin embargo, una serie de importantes puntos adicionales que han sido sujetos de examen y decisión por parte del tribunal arbitral CIADI en su decisión de junio del 2009, así como otros que serán materia de la decisión sobre el fondo (el demandante presentó su memorial de méritos sobre el fondo el 30 de noviembre de 2009 y el gobierno del Perú presentó su memorial de contestación el 12 de abril de 2010).

Este artículo analiza cuatro puntos principales examinados por el tribunal arbitral en su decisión sobre jurisdicción y competencia: el concepto de nacionalidad del inversionista, la amplitud de la protección bajo el concepto de inversión indirecta en el BIT Perú-China, el concepto de expropiación indirecta y la aplicación de la cláusula de nación más favorecida a disposiciones de índole procesal incluidas en los tratados bilaterales de inversión.

Antes de proceder al examen individual de cada uno de estos puntos, se requiere, sin embargo, un breve recuento de los hechos del caso, a fin de servir como antecedente del análisis.

1. Antecedentes: resumen de los hechos que sustentan la demanda ante el CIADI

El señor Tza Yap Shum es un ciudadano chino, residente en Hong Kong, y es el único accionista de *Linkvest International Ltd.*,

(3) Disponible en web: <http://www.chinadaily.com>

(4) Disponible en web: <http://www.chinadaily.com>

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

compañía incorporada en las Islas Vírgenes Británicas y que detenta el control de la compañía peruana TSG Peru SAC (empresa exportadora de harina de pescado), a través de la propiedad del 90% del accionariado de esta última.

El señor Tza Yap Shum adquirió las acciones de *Linkvest* en enero del 2005 y, posteriormente, en febrero de ese mismo año, adquirió a título personal las acciones de TSG, empresa que en realidad controlaba desde la incorporación de esta última en diciembre del 2001.

En diciembre del 2004, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) del Perú determinó la existencia de una deuda tributaria pendiente por un monto aproximado de 4 millones de dólares a cargo de TSG Perú SAC. TSG presentó las reclamaciones del caso y la administración tributaria peruana inició una serie de acciones, incluyendo el embargo de las cuentas bancarias de TSG Perú SAC así como la notificación de dicho hecho a los clientes y proveedores de la pesquera. Este congelamiento de las cuentas es lo que la empresa afectada ha denunciado ante el CIADI como una expropiación indirecta, alegando que significó la destrucción de la viabilidad económica y de las operaciones de TSG. Es así como el 14 de septiembre del 2006 el señor Tza Yap Shum y TSG Perú SAC presentaron en forma conjunta una solicitud de arbitraje ante el CIADI apoyándose en el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado receptor de la inversión previstas en los siguientes artículos del BIT Perú-China: artículo 3.1 (trato justo y equitativo), artículo 3.2 (protección en el territorio del Estado receptor), artículo 4 (compensación en caso de expropiación o medidas similares) y artículo 6 (derecho del inversionista a transferir libremente el capital y utilidades).

El gobierno de la República del Perú negó la validez de la reclamación presentada y objetó la jurisdicción del CIADI y la competencia del tribunal arbitral, presentando las siguientes objeciones: el inversionista no se encontraba amparado por el BIT Perú-China, la controversia en cuestión no se relacionaba a una inversión que calificara como tal conforme a las disposiciones del BIT, el gobierno del Perú no había prestado su consentimiento a fin de someter la controversia al arbitraje del CIADI y el inversionista reclamante no había cumplido con la carga de demostrar la existencia de un caso *prima facie* de expropiación.

El 19 de junio del 2009 el tribunal arbitral del caso emitió su decisión en materia de jurisdicción y competencia, admitiendo el caso a la fase de méritos sobre el fondo, que se encuentra actualmente pendiente.

2. La cuestión de la nacionalidad

Líneas arriba se adelantó que una de las objeciones presentadas por el gobierno del Perú a la jurisdicción y competencia del CIADI se basaba en que el inversionista reclamante Tza Yap Shum no se encontraba amparado por el BIT Perú-China. El argumento principal que sostenía esta línea de defensa era que el señor Tza Yap Shum no poseía la nacionalidad china. El gobierno del Perú presentó como evidencia que el reclamante no había sido capaz de presentar una copia certificada de su partida de nacimiento tal y como se le había requerido en la etapa probatoria sobre jurisdicción. Asimismo, el gobierno peruano alegó que tanto la presentación del pasaporte del señor Tza Yap Shum emitido por la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong, como la declaración jurada del mencionado recurrente relativa a que poseía la nacionalidad china no constituían evidencia suficiente en tal sentido.

Más aún, el gobierno del Perú sostenía que incluso si el reclamante hubiera poseído la nacionalidad china, no se encontraría amparado por el BIT Perú-China porque era residente de la RAE de Hong Kong. Esta última aseveración derivaba del convencimiento del gobierno del Perú sobre la existencia de una categoría especial de ciudadanos chinos, quienes, a pesar de poseer la nacionalidad china no se beneficiarían del amparo de los BITs suscritos por China.

¿Cómo se explicaría este argumento? Conforme a la lectura del gobierno del Perú del artículo 1 (2) (a) del BIT Perú-China,



Ricardo de Urioste Samanamud

únicamente las personas naturales que poseen la nacionalidad china *de conformidad con sus leyes* pueden ser consideradas inversionistas de la República Popular China amparadas por el BIT.⁽⁵⁾ El demandado entendía, así, que la referencia a ‘sus leyes’ comprendía el universo del sistema legal chino y no se encontraba circunscrito únicamente a las leyes relativas a la nacionalidad. Esta última nota de advertencia es importante porque constituye la base de la interpretación del gobierno peruano de la Ley Básica de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (1990). Conforme a esta interpretación, únicamente aquellas leyes promulgadas por la República Popular China y los tratados internacionales de los que es parte China que hayan sido recogidos en el Anexo III de la mencionada Ley Básica son aplicables a los residentes de Hong Kong. El BIT Perú-China no ha sido incluido en dicho Anexo, y, por ende, de acuerdo al gobierno del Perú, no sería aplicable a los residentes de Hong Kong.

Por el contrario, el demandante alegó que la definición de inversionista incluida en el mencionado artículo 1 (2) (a) del BIT Perú-China requiere única y exclusivamente que el inversionista amparado por el convenio posea la nacionalidad china, sin hacer referencia o distinción alguna en base al domicilio o residencia. El demandante también puntualizó que en el caso bajo examen no existía evidencia alguna que apuntara a que el señor Tza Yap Shum poseyera nacionalidad distinta o adicional a la china.

A fin de decidir este extremo de la controversia el tribunal arbitral parte del texto del artículo 25 de la Convención CIADI.

Dicho artículo requiere que, a la fecha en que las partes consientan en someter la controversia al arbitraje del Centro, así como en la fecha de registro de la solicitud en tal sentido, el demandante

posea la nacionalidad de un Estado Contratante del CIADI distinta al del Estado receptor de la inversión (Estado demandado)⁽⁶⁾.

El tribunal arbitral en el caso Tza Yap Shum entendió que la calificación de dicha nacionalidad debía hacerse conforme al texto del convenio en virtud del cual el demandado presentó su solicitud de arbitraje, vale decir, de acuerdo al BIT correspondiente.

El tribunal arbitral interpretó que el artículo 1 (2) (a) debía entenderse en referencia a la Ley de Nacionalidad de la República Popular China, que es la ley que gobierna la adquisición y pérdida de la nacionalidad china. El tribunal concluyó que esta ley es de aplicación en la Región Administrativa Especial de Hong Kong y, por ende, el demandante había cumplido con probar su nacionalidad china.

Con respecto al argumento del gobierno peruano en el sentido que incluso si el inversionista tuviera la nacionalidad china, el BIT Perú-China no le era aplicable debido a su residencia en Hong Kong, el tribunal afirmó que lo único que debía determinar en ese punto del proceso era si el demandante era elegible a efectos de someter su controversia relativa a su inversión en el Perú. Para este propósito, concluyó el tribunal, no era necesario determinar la aplicabilidad del BIT Perú-China a la Región Administrativa Especial de Hong Kong y, por ende, esta materia no sería sujeto de análisis.

(5) El artículo 1 (2) (a) del BIT Perú-China dispone:

“Para los fines del presente Convenio, (...).

2. El término “inversionistas” significa: (...).

Con respecto a la República Popular China:

(a) Personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China de conformidad con sus leyes (...)”

(6) El artículo 25 (2) (a) del Convenio CIADI reza:

“Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; (...)”

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

La decisión del tribunal relativa a la cuestión de nacionalidad sorprendió a algunos académicos chinos. De hecho, el professor An Chen, cuyo testimonio fue ofrecido por el gobierno del Perú en el proceso, ha escrito críticamente al respecto:

“El BIT Perú-China entró en vigor antes que Hong Kong pasara a manos de China. Después de 1997, el BIT Perú-China de 1994 continuó siendo de aplicación únicamente en China, y, por tanto, no otorgaba protección alguna a los residentes de Hong Kong. Ninguno de los requerimientos previstos en la Declaración Conjunta (de 1984 entre el Reino Unido y la República Popular China sobre el respeto a la autonomía de Hong Kong) o en la Ley Básica para la extensión a Hong Kong de los tratados o acuerdos internacionales de China fueron cumplidos con respecto al BIT Perú-China de 1994. Como resultado, el BIT Perú-China de 1994 no es aplicable a Hong Kong, y, por ende, los residentes de Hong Kong no pueden invocar la protección del mismo. Ello determina que individuos que tengan el derecho de residir en Hong Kong no pueden invocar la protección del BIT Perú-China de 1994 con respecto a inversiones hechas en el territorio del Perú. Consiguientemente, los nacionales peruanos tampoco pueden invocar la protección del BIT Perú-China de 1994 con respecto a inversiones efectuadas en el territorio de la Región Administrativa Especial de Hong Kong⁽⁷⁾. (Traducción del autor)

El problema con la opinión del profesor Chen es que parece confundir la verdadera cuestión en debate. La pregunta que encaraba el tribunal no era si el BIT Perú-China era aplicable a Hong Kong, sino más bien si en virtud de dicho BIT un ciudadano chino pierde la protección del convenio porque

es un residente de Hong Kong. El tribunal interpreta, en forma correcta, a mi entender, que ninguna disposición en el BIT Perú-China avala tal conclusión.

El argumento del professor Chen, llevado al límite, determinaría la imposibilidad que un ciudadano chino con doble nacionalidad (aunque este no es el caso del señor Shum) pueda acogerse válidamente a la protección acordada por un BIT en que fuera parte contratante uno de los estados de los que dicho inversionista fuera nacional, en caso no residiera en este último.

No se puede discutir que los tribunales arbitrales deben estar vigilantes para que los acuerdos internacionales en materia de promoción y protección de inversiones no sean utilizados inescrupulosamente a fin de disfrazar como extranjera una inversión que, en los hechos, constituye una inversión puramente nacional. De lo contrario, se estaría protegiendo a través del derecho internacional las acciones de inversionistas que artificialmente buscan el paraguas de protección de un BIT a través de la adquisición o pretendida adquisición de la nacionalidad de un estado parte de un BIT únicamente porque es conveniente para sus intereses coyunturales. El sistema de arbitraje internacional de inversiones no debe legitimar una situación tan extrema, bajo riesgo de ver deslegitimado el propio sistema. Es ilustrativa

(7) An Chen, 'Queries to the Recent ICSID Decision on Jurisdiction Upon the Case of Tza Yap Shum v. Republic of Peru: Should China-Peru BIT 1994 Be Applied to Hong Kong SAR under the 'One Country Two Systems' Policy?' En: *The Journal of World Investment and Trade*. Volumen 10. Número No. 6, 2009, p. 844.

Texto original:

"The China-Peru BIT 1994 was entered into force before Hong Kong was handed over to China. After 1997, the China-Peru BIT 1994 continued to apply solely to China, and thus afforded no protection to Hong Kong residents. None of the requirements set forth in the Joint Declaration and the Basic Law for the extension of China-Foreign treaties or agreements to Hong Kong has been met with respect to the China-Peru BIT 1994. As a result, the China-Peru BIT 1994 does not apply to Hong Kong, and thus Hong Kong residents cannot invoke protection under the same. This means that individuals who have the right of abode in Hong Kong cannot invoke protection under the China-Peru BIT 1994 with respect to investments made in the territory of Peru. By the same token, Peruvian nationals cannot invoke protection under the China-Peru BIT 1994 with respect to investments made in the territory of the HKSAR (Hong Kong Special Administrative Region)."



Ricardo de Urioste Samanamud

en este sentido la opinión del profesor Orrego Vicuña en el caso CIADI *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi versus República Árabe de Egipto*⁽⁸⁾.

Este no es el supuesto en el caso Tza Yap Shum en que en ningún momento se discutió la posibilidad que la nacionalidad china del señor Tza Yap Shum fuera de conveniencia.

No obstante, resulta interesante en este punto hacer una reflexión de índole más general. El flujo transfronterizo de capitales obedece fundamentalmente a la inversión privada. De ello resulta que los intereses de los agentes económicos privados debe tenerse muy presente en el diseño del propósito y fin de los acuerdos internacionales en materia de inversiones. Este propósito es, finalmente, la promoción y protección del flujo internacional de inversiones y no debería ser derrotado por la sobreprotección motivada por el exceso de celo y desconfianza.

La flexibilidad en el sistema de promoción y protección de inversiones en lo que se refiere a la nacionalidad de corporaciones o personas jurídicas resulta una opción que el ordenamiento jurídico brinda al agente económico, análoga a la opción de la responsabilidad limitada. Interferir de forma tal que se niegue al inversionista protección por utilizar a su favor el elemento de la nacionalidad al incorporar una persona jurídica en una jurisdicción distinta, resulta una prohibición absoluta, inflexible. La utilización de una persona jurídica constituida en una jurisdicción diferente a fin de canalizar la inversión hacia un tercer país no equivale necesariamente a fraude. Incluso si nacionales de un estado incorporan una persona jurídica en un estado diferente a fin de canalizar una inversión en su propio país, dicho esquema jurídico puede

obedecer a reales motivos económicos y es posible que el flujo internacional de los capitales incluso en este caso sea real (por ejemplo, si verdaderos activos son adquiridos en el estado en que se incorpora la persona jurídica y verdaderos salarios son pagados en esa jurisdicción). Por supuesto que los casos de fraude y abuso deben prevenirse y disuadirse, pero la cuestión debería ser materia de un análisis caso por caso, sin llegar al extremo de una prohibición absoluta, que falla por su sobreregulación.

Finalmente, en lo que refiere a la cuestión de la nacionalidad del inversionista, cabe aquí solamente apuntar una interesante conclusión que se derivaría de la argumentación del tribunal: la decisión sobre jurisdicción, vía el peso y la importancia que tiene en sus consideraciones el análisis de la nacionalidad china como factor determinante de la protección del BIT, parecería implicar que aquellas corporaciones o empresas incorporadas en Hong Kong también gozarían de protección bajo el BIT Perú-China.

3. Inversión Indirecta⁽⁹⁾

A pesar de la amplitud de la definición del concepto de inversión incluido en el BIT Perú-China⁽¹⁰⁾, que, por lo demás, constituye una característica común de los BITs, un elemento central en la argumentación del

-
- (8) Véase la opinión disidente de Francisco Orrego Vicuña. En: *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi v. República Árabe de Egipto*. Caso CIADI ARB/05/15. Decisión sobre Jurisdicción del 11 de abril del 2007). Orrego Vicuña encontró que la evidencia relativa a la supuesta nacionalidad libanesa del señor Siag no sólo carecía de los nexos efectivos requeridos por el Derecho Internacional que rige la materia, sino que aparentemente se trataba de una adquisición fraudulenta. Orrego Vicuña proponía que era de aplicación la doctrina de "clean hands" y encontraba que los demandantes se encontraban impedidos (estoppel) de repudiar su nacionalidad egipcia y, por ende, de buscar la protección del BIT Italia-Egipto y del artículo 25 del Convenio ICSID.
- (9) No es este el lugar indicado para exponer la teoría general del concepto de inversión indirecta. Basta para los propósitos de este artículo señalar que el concepto incluye aquel supuesto en que un inversionista controla indirectamente a una persona jurídica A incorporada en un país distinto al de su nacionalidad a través de la propiedad de acciones en una sociedad matriz B, que a su vez puede estar incorporada en el país de nacionalidad del inversionista, en el mismo país en que fue incorporada la sociedad controlada A o en un tercer país.
- (10) El artículo 1(1) del BIT Perú-China define inversión en los siguientes términos:

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

gobierno del Perú rechazando la competencia del tribunal CIADI radicaba en la negación del amparo del BIT Perú-China a las inversiones indirectas. El mayor argumento detrás de esta interpretación era que la adquisición de las acciones de la compañía vehículo o *holding Linkvest* por parte del señor Tza Yap Shum no calificaba como una inversión en el Perú conforme al BIT correspondiente. El demandado argumentaba, adicionalmente, que el hecho que el Perú había firmado otros BITs en donde en forma expresa se había incluido a las inversiones indirectas dentro del concepto de inversión amparada, constituía prueba que dicha inclusión no se había efectuado en el caso del BIT Perú-China.

El demandante, por su parte, argüía que el Protocolo del BIT Perú-China, parte integrante del acuerdo, constituía una clara confirmación que las inversiones indirectas se encontraban amparadas por el BIT. El Protocolo dispone que los inversionistas de nacionalidad china y sus inversiones en territorio peruano deberán ser sujetos de un trato no menos favorable que aquel otorgado a inversionistas peruanos⁽¹¹⁾. El demandante se apoyaba adicionalmente en jurisprudencia arbitral en materia de inversiones, citando el caso ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *Sedelmayer v. La Federación Rusa* (laudo del 7 de Julio de 1998) y la decisión sobre jurisdicción de 3 de agosto del 2004 en el caso CIADI *Siemens A.G. v. República Argentina*.

En su decisión, el tribunal del caso Tza Yap Shum inicia el análisis de este tema considerando una cuestión previa. El

tribunal entiende que la objeción del gobierno del Perú no constituye un cuestionamiento a la posibilidad del inversionista de presentar una reclamación en virtud del BIT en su condición de accionista indirecto de TSG Perú SAC, sino que, más bien, constituye un cuestionamiento sobre la aplicabilidad de la protección del BIT Perú-China a la decisión del inversionista de canalizar su inversión en TSG a través de *Linkvest*, la corporación *holding* en las Islas Vírgenes Británicas.

El tribunal toma nota que el artículo 25 del Convenio CIADI⁽¹²⁾ así como la jurisprudencia arbitral relevante no hacen distinción alguna relativa al carácter directo o indirecto de una inversión a fin de incluirla en el concepto de inversión protegida.

Más específicamente en lo que se refiere a la jurisprudencia arbitral relevante, el tribunal cita *Société Ouest Africaine v. Senegal*, *Waste Management Inc. v. EEUU* y *Société Générale v. República Dominicana* como casos en los que el acuerdo de inversiones subyacente (BITs en el primer y tercer casos y NAFTA en el segundo) sí hace una distinción entre inversión directa e indirecta y, no obstante, los tribunales arbitrales correspondientes en sus decisiones

"El término 'inversión' significa todo tipo de activo invertido por los inversionistas de una Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última, y en particular, aunque no exclusivamente, incluye:

- a) Bienes muebles, inmuebles y otros derechos reales tales como hipotecas y prendas;
- b) Acciones, capital y cualquier otra cosa clase de participación en compañías;
- c) Derechos sobre dinero o cualquier otra obligación que tenga valor económico;
- d) Derechos de autor, propiedad industrial, 'knowhow' y procesos tecnológicos;
- e) Concesiones conferidas mediante ley o bajo contrato, incluyendo concesiones para la prospección o explotación de recursos naturales."

- (11) El Artículo 3 del Protocolo, al referirse al tratamiento justo y a la protección en el territorio del estado receptor, señala: "Deberá concederse a las inversiones efectuadas en el territorio de la República del Perú, además de las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de este artículo, un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de inversionistas de la República del Perú."
- (12) El artículo 25 del Convenio ICSID establece: "La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro [...]"



Ricardo de Urioste Samanamud

relativas a jurisdicción se concentraron en la existencia de la inversión, sin considerar la forma en que ésta se canalizaba y enfocándose, más bien, en la cuestión de si existía un nexo efectivo entre la inversión y el inversionista que cumpliera con los requerimientos de nacionalidad tal como se encontraban definidos en el Convenio ICSID y en los respectivos acuerdos de inversión.

El tribunal Tza Yap Shum también consideró el caso *Siemens A.G. v. República Argentina*, referido al BIT Alemania-Argentina, el cual, como el BIT Perú-China, no contiene la distinción inversión directa-indirecta. El tribunal Tza Yap Shum citó el siguiente párrafo de la decisión *Siemens*:

El Tribunal ha realizado un análisis detallado de las referencias que se hacen en el Tratado con respecto a los términos “inversión” e “inversor.” El Tribunal *observa que no hay ninguna referencia explícita a inversiones directas o indirectas como tales en el Tratado*. La definición de “inversión” es muy general. Una inversión es cualquier clase de bien considerado así en virtud de la ley de la Parte Contratante donde la inversión haya sido hecha. Las categorías específicas de inversión incluidas en la definición son incluidas como ejemplos y no con el propósito de excluir aquellas no mencionadas. Los redactores tuvieron la precaución de utilizar las palabras “no exclusivamente” antes de referirse a las categorías de inversiones “particularmente” incluidas. Una de las categorías consiste en “acciones, derechos de participación en sociedades y otro tipo de participaciones en sociedades.” El sentido claro de esta disposición es que las acciones pertenecientes a un accionista alemán están protegidas por el Tratado. El Tratado no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad. Por tanto, una lectura literal del Tratado no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas (el subrayado es del Tribunal) ⁽¹³⁾Aplicando dichas consideraciones al caso Tza Yap Shum, el tribunal encontró que el Preámbulo y el Protocolo del BIT Perú-China revelan la intención de las partes de promover y proteger las inversiones, y en el caso particular del Perú, su intención de promover y proteger las inversiones de nacionales chinos en territorio peruano (el Ad artículo 3 del Protocolo se refiere únicamente a las inversiones efectuadas en territorio

peruano). Más aún, el tribunal tuvo en cuenta en sus consideraciones que los artículos 1(1) y 1(2) del BIT Perú-China, los cuales contienen las definiciones de inversión e inversionista respectivamente, se encuentran redactados en términos muy amplios y, por ende, que las inversiones indirectas deberían incluirse bajo la protección del BIT Perú-China.

El concepto de inversión que se encuentra amparado por los acuerdos internacionales en materia de inversiones ha sido tradicionalmente el blanco de críticas que consideran que se encuentra redactado en forma demasiado amplia y, de esta manera, el estado receptor asumiría el riesgo de una fuente de frecuentes problemas al tener que hacer frente a un sinnúmero de potenciales reclamaciones. En este mismo sentido, el profesor Sornarajah presenta una visión sombría que parte de la creciente expansión del concepto de expropiación basada en la amplitud de la definición de inversión protegida por los acuerdos internacionales de inversión a fin de predecir el regreso del protagonismo de las cuestiones relativas a la compensación en las controversias sobre inversiones, como fuera el caso décadas atrás cuando las nacionalizaciones se encontraban de moda:

“Cuando la actual filosofía de crecimiento conducido por la inversión de paso a otra filosofía, hostil a la continua dependencia de la inversión extranjera, habrá una vez más hostilidad a la inversión extranjera. Esta hostilidad es aún más probable debido a que muchos de los organismos de cooperación han impuesto condiciones que requieren la liberalización del ingreso de la inversión extranjera como presupuesto de la entrega de dicha ayuda. Cuando la hostilidad hacia esas medidas gane momentum, la inversión

(13) *Caso Siemens A.G. v. República Argentina* (Caso CIADI ARB/02/08), Decisión sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párrafo 137.

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

extranjera podría sufrir y las nacionalizaciones podrían ponerse de moda una vez más. Por estas razones, el tema de la compensación debida en nacionalizaciones, aunque durmiente en la actualidad, podría convertirse una vez más en un tema altamente debatido en el futuro. La relevancia de esta cuestión crecerá a medida que se expanda el concepto de expropiación. En la medida que se acepte nociones expansivas de expropiación, la cuestión de la compensación se tornará nuevamente significativa⁽¹⁴⁾. (Traducción del autor).

Sin embargo, Sornarajah haría bien en recordar cuál era el contexto internacional que sirvió como telón de fondo de la proliferación de los BITs en las décadas de los 80 y 90. Esa multiplicación fue una respuesta al sistema cerrado que imperaba en materia de inversión extranjera en países en desarrollo y a la necesidad de otorgar protección a los inversionistas internacionales como medio de promover la inversión extranjera directa. En la década del 2000 esta política también fue adoptada en las negociaciones entre países en desarrollo. Sería entonces lógico pensar que esta política de protección y promoción pretendía incluir una forma tan común de canalizar las inversiones internacionales como las compañías *holding* o vehículo. Es innegable que éstas constituyen una herramienta jurídica muy extendida y a la que se recurre ampliamente en el mundo económicamente globalizado. Se trata, por tanto, de una opción jurídica que goza del favoritismo de los agentes económicos, que les permite legalmente utilizar a su favor las diferencias existentes

entre los distintos marcos regulatorios de los países.

El tribunal CIADI en Tza Yap Shum no entró explícitamente a considerar los elementos de política de promoción de inversiones que hemos desarrollado nosotros en el párrafo anterior. La cuestión frente al tribunal era simplemente si un inversionista chino tenía derecho a la protección del BIT Perú-China si es que dicho inversionista canalizaba su inversión en el Perú a través de una compañía vehículo o *holding* incorporada en las Islas Vírgenes Británicas. No obstante, no puede descartarse que el tribunal Tza Yap Shum haya tenido en mente dichas importantes consideraciones de política económica respaldando su decisión. Un indicio de ello es el hincapié que hace el tribunal en la importancia del Preámbulo al interpretar el BIT bajo consideración⁽¹⁵⁾.

El tribunal quedó finalmente convencido que la intención de Perú y China al concluir el BIT no fue excluir las inversiones indirectas de la protección del acuerdo al examinar la evidencia ofrecida por otros acuerdos internacionales de inversiones de los que el Perú forma parte.

(14) Muthucumaraswamy Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, 2004. p. 436. "When the present philosophy of investment-led growth gives way to some other philosophy inimical to continued dependence on foreign investment, there will once more be hostility to foreign investment. Such hostility is all the more likely because many of the fund-and aid-giving organisations have imposed conditions which require the liberalisation of the entry of foreign investment as a requirement for the granting of such aid. When hostility to these measures gathers momentum, foreign investment may suffer and nationalisation may once more come into vogue. For these reasons, the issue of compensation for nationalisation, though dormant now, could become, once more, a hotly debated issue in the future. The relevance of the issue will continue as the notion of taking expands. Where expanded notions of taking become accepted, the compensation issue will again become significant."

(15) *Tza Yap Shum v. República del Perú*. Caso CIADI ARB/07/6. Decisión sobre Jurisdicción y Competencia de 19 de junio de 2009, párrafos 102 y 103: "Con las anotaciones anteriores en mente, el Tribunal procede a interpretar el APPRI (Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) de acuerdo con las reglas que al respect o establece la Convención de Viena. De acuerdo con el Artículo 31 de la Convención de Viena "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los terminus del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin." Para ello el Tribunal recurrirá principalmente al texto mismo del APPRI como fuente de intención común de las Partes Contratantes.

El Tribunal opina que del texto del APPRI en su conjunto, incluyendo su Preámbulo y su Protocolo, se advierte la intención de las Partes Contratantes de promover y proteger las inversiones, y para el caso particular de la República del Perú, la de promover y proteger las inversiones de nacionales chinos en su territorio.



Ricardo de Urioste Samanamud

Por ejemplo, en el párrafo 111⁽¹⁶⁾ de su decisión sobre jurisdicción y competencia, luego de analizar los BITs entre el Perú y Francia y entre el Perú y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y constatar que en estos casos la exclusión de las inversiones indirectas del ámbito de aplicación objetiva del acuerdo se hizo vía una disposición expresa incluida en los BITs en cuestión, el tribunal concluye que si las partes contratantes hubieran tenido la intención de excluir las inversiones indirectas del BIT Perú-China entonces hubieran incluido en el BIT una referencia expresa similar en tal sentido, materializando de esta manera esa intención en forma inequívoca.

El tribunal no incluyó en su análisis referencia alguna a la posición asumida por la República Popular China en otros BITs en los que es parte. ¿Hubiera sido más apropiado que el tribunal incluyera dicho análisis sobre el tratamiento de las inversiones indirectas en otros BITs concluidos por China? No cabe duda que ello hubiera otorgado más fuerza a su conclusión en Tza Yap Shum, en caso hubiera encontrado un patrón consistente por parte de China de incluir a las inversiones indirectas en sus BITs. La falta de dicho análisis no invalida, sin embargo, el razonamiento del tribunal Tza Yap Shum y su conclusión. En caso de haberlo efectuado hubiera encontrado que la mayoría de BITs chinos repiten el silencio que caracteriza al BIT Perú-China pero que en BITs recientes acordados por China, tal como el BIT China-Alemania de 2003 se menciona expresamente la protección de las inversiones indirectas, aunque no queda clara la situación de las mismas cuando el esquema jurídico utilizado incluía a una tercera jurisdicción que no es parte del BIT. Esta falta de uniformidad o de patrón inequívoco seguido por China significa, en la práctica, alzar la valla de la interpretación del silencio del

BIT Perú-China como una exclusión de las inversiones indirectas, por lo que, repetimos, la ausencia de un análisis de otros Bits chinos no invalida la conclusión del tribunal.

4. Expropiación indirecta

El extremo referido a la expropiación en la demanda Tza Yap Shum motiva la consideración de dos temas esenciales en la decisión sobre jurisdicción y competencia del tribunal: la carga del demandante de demostrar un caso *prima facie* de expropiación y el argumento del gobierno del Perú en el sentido que la cláusula de solución de controversias del BIT Perú-China, contenida en su artículo 8, no otorga al tribunal arbitral competencia a fin de decidir sobre la legalidad de la pretendida expropiación, sino que se encuentra circunscrita al tema del valor de la compensación debida, previo acuerdo entre las partes respecto a la existencia de una expropiación.

El gobierno del Perú presentó el argumento que el demandante no había presentado *prima facie* un caso de expropiación tal como requiere el artículo 4 del BIT Perú-China⁽¹⁷⁾, toda vez que las medidas tributarias contra las que reclamaba el demandante (embargo sobre las cuentas bancarias) no alcanzaban la magnitud necesaria a fin de ser consideradas una expropiación.

(16) Párrafo 111 de la decisión sobre jurisdicción y competencia en Tza Yap Shum:

"De acuerdo con lo expuesto nacionalidad china en el territorio del Perú. Tal como ha quedado explicado con anterioridad en ausencia de lenguaje expreso en el APPRI, no se puede presumir sin más que la intención del mismo es excluir las inversiones indirectas de personas naturales cuando estas ejercen la propiedad y el control de las msmas."

(17) Artículo 4 del BIT Perú-China:

"1. Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, nacionalizará o tomará medidas similares (en adelante denominadas "expropiación") en contra de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio, a menos que se reúnan las siguientes condiciones:

- a) Por el interés público;
- b) En virtud de un procedimiento legal interno;
- c) Sin discriminación;
- d) A cambio de compensación.

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

Por su parte, el demandante entendía que consideraciones de ese tipo, basadas en un criterio *de minimis*, debían más bien ser materia de la fase de méritos del proceso, vale decir de la decisión sobre el fondo del proceso. En todo caso, igual el demandante argumentó que el efecto del embargo en cuestión había sido el de destruir la inversión en el Perú del ciudadano chino Tza Yap Shum, volviéndola económicamente inviable.

El tribunal en su decisión coincidió con el demandante en que ni el artículo 4 del BIT Perú-China ni el Convenio CIADI requerían una interpretación definitiva relativa a la amplitud del ámbito de aplicación del artículo 4 en esta etapa preliminar del proceso. De manera interesante, el tribunal opinó que, tal como el demandante había presentado los hechos, éstos podrían configurar una expropiación indirecta no obstante que el caso se refiere a una cuestión de índole fiscal en la que precisamente la conducta de la administración tributaria se encontraba controvertida. El tribunal, sin mencionar la jurisprudencia aplicable, anotó que este no era el primer caso en que se reclamaba una expropiación indirecta a partir de la conducta de una administración tributaria o del embargo de cuentas bancarias. Tampoco sería la primera vez, continuó el tribunal, en que se discutiría el impacto económico y la duración de los efectos de medidas estatales a propósito de la reclamación de una expropiación indirecta. Consiguientemente, el tribunal concluyó que se había demostrado un caso *prima facie* de expropiación indirecta y que la decisión final sobre la existencia de tal expropiación requería que el proceso avanzara a la siguiente etapa: el examen de méritos sobre el fondo.

La segunda cuestión esencial en materia de expropiación indirecta que debía considerar el tribunal en su decisión

sobre jurisdicción se refería al argumento del gobierno del Perú en el sentido que su consentimiento al arbitraje CIADI, incluido en el artículo 8 (3) del BIT Perú-China⁽¹⁸⁾ se encontraba limitado a “una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación”. Para arribar a esta interpretación el gobierno del Perú se apoyaba en el texto del BIT Perú-China y en la opinión del experto de nacionalidad china, professor An Chen. Este último, cuya declaración como experto fue presentada en el proceso por la parte demandada, sostuvo que, al igual que docenas de tratados concluidos por la República Popular China entre 1993 y 1998, el BIT Perú-China establece que las

“EN AÑOS RECIENTES HA SIDO MATERIA DE CONTROVERSIA, TANTO EN LA LITERATURA ESPECIALIZADA COMO ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES, SI LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA TAMBIÉN ES DE APLICACIÓN A ASUNTOS DE ÍNDOLE PROCESAL. ESTA MISMA CUESTIÓN SE PRESENTÓ ANTE EL TRIBUNAL TZA YAP SHUM”.

2. La compensación mencionada en el párrafo 1 (d) de este artículo deberá ser equivalente al valor de las inversiones expropiadas en el momento en que se declare la expropiación, ser convertible y libremente transferible. La compensación deberá ser pagada sin demoras injustificadas.”

(18) Artículo 8(3) del BIT Perú-China:

“Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro de un plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones según se especifica en el párrafo 1 de este artículo, esta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes, al arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, suscrita en Washington D.C. el 18 de marzo de 1965. Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometida al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan. Las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán si el inversionista implicado ha recurrido al procedimiento especificado en el párrafo 2 de este artículo.”



Ricardo de Urioste Samanamud

controversias que surjan de inversiones protegidas por el convenio deberán someterse primero a negociaciones directas entre el inversionista y el estado receptor de la inversión a fin de llegar a una solución amigable. En caso que la controversia no pudiera ser resuelta de esta manera en un período de seis meses de negociaciones, entonces cualquiera de las partes (el inversionista o el estado receptor) podría someter la controversia a una corte competente perteneciente al estado receptor de la inversión. Únicamente en el caso en que el inversionista alegara que el estado receptor había expropiado su inversión y que los tribunales nacionales del estado receptor efectivamente fallasen en el sentido que tal expropiación había existido y que la controversia sobre el monto de la compensación debida aún no se había resuelto, podría el inversionista someter al arbitraje internacional la controversia y únicamente en el extremo referido al monto de la compensación a ser pagada. Remataba este razonamiento afirmando que la única excepción prevista por los BITs en cuestión, incluido el BIT Perú-China, y que no era aplicable al caso Tza Yap Shum, se refería a otros asuntos en los que ambas partes hubieran acordado el sometimiento al arbitraje internacional. Contrariamente, el argumento del demandante consideraba que el texto del artículo 8 del BIT Perú-China incluye la protección del inversionista tanto en caso de expropiación directa como indirecta. El demandante recurre a la palabra “nacionalizará” y a la frase “o tomará medidas similares” del artículo 4 (1) del BIT Perú-China como soporte de su posición en el sentido que dicho acuerdo protege al inversionista de la expropiación indirecta. Las medidas de embargo tomadas por el gobierno peruano en este caso, de acuerdo con el demandante, constituirían una expropiación indirecta, *de facto* y, debido al mecanismo previsto por el BIT para la solución de controversias, el gobierno peruano se encontraría sometido a la jurisdicción del CIADI en virtud de dicho consentimiento escrito.

El demandante alegó además que la estrecha interpretación del articulado del BIT propuesta por el gobierno del Perú dejaría a los inversionistas en una situación de completa vulnerabilidad y recurre al contexto y fin del propio BIT como refuerzo de su interpretación, toda vez que el Preámbulo de este convenio afirma la intención de las Partes Contratantes de crear condiciones favorables para las inversiones de inversionistas de las Partes Contratantes

en el territorio de la otra Parte Contratante, así como el reconocimiento que el fomento, la promoción y la protección recíprocos de tales inversiones conducirán a estimular la iniciativa de negocios de los inversionistas e incrementarán la prosperidad en ambos Estados parte. A mayor abundamiento, el demandante argumentó que el acceso al arbitraje internacional se encuentra reconocido como parte integral del principio de protección al inversionista extranjero reconocido por el derecho internacional, tanto por la doctrina internacional como en importantes decisiones de tribunales CIADI, citando el caso *Maffezini v. Reino de España*⁽¹⁹⁾.

El tribunal, al interpretar el artículo 8(3) referido al ámbito del consentimiento de las Partes Contratantes al arbitraje internacional, toma nota que el mismo texto de dicha cláusula, que incluye la frase “que involucra el monto de compensación por la expropiación”, se repite en otros muchos acuerdos de inversión (BITs) concluidos desde la década de los ochenta. Conforme al tribunal, el sentido que ha atribuido la doctrina en general a dicha frase constituiría un reflejo del grado de desconfianza y disconformidad ideológica que caracterizaba a los antiguos regímenes comunistas respecto a la inversión de capitales privados en sus territorios, así como la probable preocupación de esos regímenes respecto a decisiones de tribunales arbitrales internacionales sobre las que no poseían control alguno y que versaban sobre materias que no les eran muy familiares.

A partir de ello, el tribunal reconoce en su decisión que la amplitud exacta del ámbito de aplicación de la cláusula de solución de controversias del BIT Perú-China y, en particular, de la frase “controversia que involucra el monto de compensación” del artículo 8, constituye el elemento central y controlante de la controversia relativa a

(19) *Emilio Agustín Maffezini v. España*. Caso CIADI No. ARB/97/7. Decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000.

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

la extensión de la protección del BIT a las expropiaciones indirectas. El tribunal decide en favor de una interpretación amplia de la cláusula de arbitraje del artículo 8(3) en base a cuatro conjuntos de consideraciones.

En primer lugar, el tribunal analiza el texto del artículo 8(3) del BIT Perú-China y toma nota que la palabra “involucra” es la empleada a fin de definir el ámbito de aplicación de la cláusula de solución de controversias. El tribunal interpreta, correctamente a nuestro parecer, que esta palabra es sinónimo de “incluye” y que, por ende, no es excluyente. El tribunal luego puntualiza que el artículo 4 del BIT Perú-China que lidia con el tema de la expropiación claramente avisora más de un área como fuente potencial de controversia derivada de una expropiación. Por ejemplo, afirma el tribunal, un inversionista que ha sufrido una expropiación podría presentar una demanda que “involucra el monto de compensación por la expropiación” y que, naturalmente, podría incluir aspectos tales como (i) la existencia de una expropiación, nacionalización o medida similar; (ii) si la expropiación cumple con el requisito del interés público; (iii) si la expropiación estuvo sujeta a un procedimiento legal interno apropiado en el estado receptor; (iv) si hubo discriminación; (v) si se debe compensación; o, (vi) si dicha compensación es equivalente al valor de las inversiones expropiadas y fue pagada en moneda convertible y libremente transferible y sin demora injustificada.

El segundo grupo de consideraciones del tribunal en este punto se refiere al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que recoge las reglas consuetudinarias del derecho internacional en materia de interpretación de tratados y dispone que éstos deben interpretarse conforme al sentido corriente de los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. A partir de ello, el tribunal concluye que podría asumirse, conforme al fraseo del Preámbulo del BIT Perú-China, que el propósito de incluir en el BIT el derecho a someter ciertas controversias al arbitraje CIADI es precisamente el de otorgar un beneficio que coadyuve en ese propósito de promover inversiones.

En tercer lugar, el tribunal encuentra que en caso de aceptar la interpretación propuesta por el gobierno del Perú para el

artículo 8 (3), se abriría la posibilidad de negar del todo el acceso al arbitraje del inversionista. Recordemos que la lectura que propone el gobierno del Perú para el artículo 8 (3) del BIT Perú-China es la de una secuencia de etapas procesales de naturaleza obligatoria:

“En apoyo a su posición, la Demandada presenta Declaraciones Testimoniales y documentos de soporte del Profesor An Chen a los efectos de que, tal como en docenas de tratados celebrados por China entre los años 1993 y 1998, el APPRI Perú-China dispone que las controversias que surjan de las inversiones protegidas por el Tratado deben primero ser objeto de negociaciones entre el inversionista y el Estado receptor con el propósito de alcanzar una resolución amigable. En el caso de que, luego de seis meses, las negociaciones directas no fueran exitosas, entonces, cualquiera de ellos podrá someter la controversia ante una corte competente en el Estado que recibe la inversión. Sólo si el inversionista alega que el Estado receptor expropió su inversión y las cortes locales determinan que la inversión fue efectivamente expropiada y si aún persiste la disputa respecto de la compensación, el inversionista puede someter a arbitraje internacional cualquier disputa que involucre el monto de la compensación por expropiación debida al inversionista. La única excepción a este consentimiento específico y limitado al arbitraje se daría en una circunstancia en la que *ambas* partes de la controversia lo acordasen⁽²⁰⁾.”

Esta lectura secuencial sumada a la interpretación restrictiva de la cláusula de arbitraje determina que el tribunal identifique que la lectura propuesta por el Perú conlleva a la posibilidad de cerrar las puertas del arbitraje internacional al inversionista. Ello resultaría

(20) *Tza Yap Shum v. República del Perú*. Caso CIADI ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción y Competencia de 19 de junio de 2009, párrafo 131.



Ricardo de Urioste Samanamud

de la aplicación conjunta de la última oración del artículo 8 (3) y del artículo 8 (2) del BIT. Como ya se ha citado líneas arriba, la última oración del artículo 8 (3) señala que el párrafo 3 del artículo 8 (precisamente la cláusula del consentimiento al arbitraje internacional) no se aplica si el inversionista ha recurrido al procedimiento señalado en el párrafo 2 del mismo artículo 8.

El párrafo 2 del artículo 8 establece:

“Si la controversia no puede resolverse a través de negociaciones dentro de un plazo de seis meses, cualquier parte de (sic) la controversia podrá someter la misma al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.”

El tribunal razona que, si se lee los párrafos 2 y 3 del artículo 8 siguiendo la lectura secuencial que propone el gobierno del Perú, se arribaría al resultado que el inversionista jamás podría recurrir al arbitraje internacional puesto que ya “optó” (lo que en realidad resulta mandatorio conforme esa lectura secuencial) por el procedimiento ante las cortes competentes del estado receptor descrito en el párrafo 2. Esta consecuencia fluye forzosamente del argumento secuencial del gobierno del Perú en el sentido que el procedimiento para recurrir al arbitraje internacional previsto en el BIT requiere pasar por tres etapas obligatorias consecutivas: (1) negociaciones durante seis meses; (2) en caso la controversia no pudiera resolverse a través de esas negociaciones en el plazo de seis meses, opción del inversionista de someter la controversia a los tribunales competentes del estado receptor de la inversión; y, (3) únicamente cuando una corte competente del estado receptor ha decidido el asunto y la controversia continúe subsistiendo en lo que respecta al monto de la compensación debida, puede el inversionista recurrir al arbitraje internacional. Habría entonces en este argumento una contradicción inherente con la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional.

El gobierno del Perú intenta salvar esta contradicción con el argumento que la última oración del artículo 8 (3) estaría circunscrita únicamente a las controversias que discuten el monto de la compensación debida en caso de expropiación. Vale decir, que la contradicción no se presentaría en el caso de controversias relativas al monto de compensación debida porque precisamente el inciso 3 del artículo 8 preve la excepción

de poder recurrir al arbitraje internacional únicamente para estos supuestos.

Sin embargo, el tribunal no acepta esta distinción porque recuerda en su decisión que tal distinción no existe en el texto del artículo 8 (3) del BIT Perú-China. Por ende, el tribunal arbitral entiende que el artículo 8 (3) debe aplicarse a cualquier controversia sometida a “tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión”. De esta manera, el tribunal interpreta que la disposición de la última oración del artículo 8 (3) constituye lo que en doctrina se conoce como cláusula de elección de foro irrevocable, también conocida por la expresión en inglés *fork in the road*, vale decir una encrucijada o alternativas excluyentes, rechazando así la interpretación presentada por el gobierno peruano.

A estas consideraciones el tribunal CIADI añade que tanto las declaraciones efectuadas por testigos ofrecidos durante el proceso respecto a los trabajos preparatorios del BIT Perú-China, como otras decisiones y laudos arbitrales, le permitían concluir que el texto de la cláusula de arbitraje del artículo 8 (3), “controversia que involucra el monto de compensación”, debe ser interpretado en forma amplia y, por ende, que incluye no sólo la determinación del monto compensatorio a ser pagado por el gobierno expropiante, sino toda otra materia normalmente inherente a una expropiación, incluyendo, por ejemplo si la propiedad fue legalmente expropiada de conformidad con las disposiciones y requisitos previstos en el BIT aplicable.

No cabe duda que, por mucho, la protagonista de la decisión sobre jurisdicción y admisibilidad del tribunal Tza Yap Shum es precisamente esta interpretación amplia que hace el tribunal de la cláusula de arbitraje del BIT Perú-China, un BIT que cae dentro de la categoría de BITS chinos de primera generación, también

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

denominados *legacy BITs*⁽²¹⁾, los cuales, se pensaba hasta la decisión *Tza Yap Shum*, otorgaban el recurso al arbitraje internacional en el supuesto restringido de una controversia sobre el monto de la compensación a ser desembolsada. Ya hemos utilizado una buena porción de este trabajo a analizar este tema y no se requiere aquí hacer mayor hincapie sobre este asunto.

Pretendemos, más bien, llamar la atención sobre otro punto muy importante de la decisión de jurisdicción del caso *Tza Yap Shum*, relativo a los poderes regulatorios y de policía de las autoridades tributarias.

No es fácil para un demandante presentar exitosamente un caso de expropiación basado en medidas de orden tributario. La tributación ha sido considerada tradicionalmente como un bastión de la soberanía estatal, en el cual goza de amplios poderes discrecionales. Así, por ejemplo, en 1989 el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso *Too v. Greater Modesto Insurance Associates* sentenció de la siguiente manera:

“Un estado no es responsable por la pérdida de propiedad u otra desventaja económica resultante de una medida tributaria general y de buena fe o de cualquier otra acción comúnmente aceptada dentro del poder de policía de los estados, mientras no sea discriminatoria y no haya sido diseñada con el propósito que el extranjero abandonara la propiedad en manos del estado receptor o que la venda a un precio de urgencia(...)”⁽²²⁾ (traducción del autor).

Más recientemente, el tribunal de *Feldman v. México* (constituido bajo el mecanismo CIADI de Facilidad Ampliada y aplicando las reglas del Capítulo 11 de NAFTA), toda vez que admite la posibilidad de la existencia de imposición confiscatoria, apunta hacia la necesidad de una aproximación equilibrada al tema:

“El Tribunal observa que son muchas las formas en que las autoridades gubernamentales pueden dejar a una empresa fuera del negocio o reducir significativamente los beneficios económicos de su actividad comercial. Antiguamente, los impuestos confiscatorios, la denegación del acceso a la infraestructura o a las materias primas necesarias o la imposición de regímenes regulatorios arbitrarios, entre otros, han sido considerados medidas expropiatorias. Al mismo tiempo, los gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público más amplio de la protección del medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares. Ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización y cabe afirmar con certeza que el derecho internacional consuetudinario reconoce esta circunstancia”⁽²³⁾.

La decisión *Tza Yap Shum* es muy interesante también porque aporta a este debate, al tener que fallar en un caso que no repite los supuestos tradicionalmente previstos por la doctrina. El tribunal *Tza Yap Shum* no se encuentra frente a un caso de imposición repetitiva o excesiva que despliega sus efectos confiscatorios a través de, por ejemplo, un alza indebida de la tasa impositiva. Como

(21) SEQUEIRA, Reuben J. *Tribunal Interprets Legacy Chinese BIT in First Chinese ICSID Claim*. En: White & Case International Disputes Quarterly, Invierno 2010.

(22) *Too v. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America*. Caso No. 880, 23 Iran-US Claims Tribunal Reports 378 (1989): “A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from *bona fide* general taxation or any other action that is commonly accepted as within the police power of States, provided it is not discriminatory and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or to sell it at a distress price (...)”.

(23) *Feldman v. Mexico*. Caso No. ARB (AF)/99/1). Laudo Arbitral, 16 de diciembre de 2002, párrafo 103.



Ricardo de Urioste Samanamud

acertadamente describe el tribunal, en el caso Tza Yap Shum la reclamación del inversionista se deriva de un embargo pretendidamente impuesto de manera arbitraria por la administración tributaria (párrafo 115 de la decisión Tza Yap Shum sobre jurisdicción) y resulta interesante que el mismo tribunal no se inhibe y no rechaza liminarmente su competencia por estar frente a un caso que él mismo define como de naturaleza tributaria. Por el contrario, el tribunal en el caso Tza Yap Shum reconoce la posibilidad de una expropiación indirecta resultante de la conducta de la administración tributaria:

“Aún cuando está claro que las conductas del Estado Peruano a través de la SUNAT no constituyeron una expropiación formal y directa de la inversión del inversionista, no se puede rechazar a primera vista, que en su conjunto las mismas sí constituyan una expropiación indirecta amparada por el Artículo 4 del APPRI (Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones). Precisamente, esta es la forma en que la Parte Demandante ha presentado su reclamo bajo el Artículo 4.

Sin entrar a hacer mención de casos específicos, no sería este el primer caso en el que se discutiría si se ha presentado una expropiación indirecta con ocasión de la conducta de una autoridad en materia de impuestos o por el embargo de cuentas bancarias. Tampoco sería la primera ocasión en que se discute si los efectos de la conducta estatal, tanto en valor económico como en su duración, pueden dar lugar a una expropiación indirecta⁽²⁴⁾.

Este aplomo en la aceptación por parte del tribunal Tza Yap Shum respecto a la posibilidad de examinar la validez de medidas gubernamentales tomadas con la intención de ejecutar normas de carácter tributario seguramente ocupará un lugar prominente en el futuro del debate relativo a la eficacia del argumento de los estados de eximirse del escrutinio privado escudándose en la soberanía nacional en materias fiscales.

5. ¿Cláusula de la Nación Más Favorecida en materia procesal?

La inclusión de una Cláusula de Nación Más Favorecida (CNMF) constituye una característica común, incluso se podría decir *standard*, de los BITs. El BIT Perú-China no es ninguna excepción en este sentido y su artículo 10 estipula lo siguiente:

“Si el tratamiento a ser concedido por una Parte Contratante, de acuerdo con sus leyes y reglamentos, a inversiones o actividades asociadas con tales inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante es más favorable que el trato estipulado en este Convenio, se aplicará el trato más favorable.” En años recientes ha sido materia de controversia, tanto en la literatura especializada como ante los tribunales arbitrales internacionales, si la cláusula de nación más favorecida también es de aplicación a asuntos de índole procesal. Esta misma cuestión se presentó ante el tribunal Tza Yap Shum.

La contención del demandante en Tza Yap Shum sobre este punto era que la pretendida violación del estado peruano de sus obligaciones de trato justo y equitativo y de protección de las inversiones chinas en su territorio le franqueaban el derecho a recurrir directamente a la instancia de arbitraje CIADI, sin tener que pasar por la instancia de los tribunales nacionales del estado receptor, a pesar de la disposición del artículo 8 del BIT Perú-China. Ello era posible, conforme al demandante, en virtud de la cláusula NMF incluida en el artículo 3 del BIT Perú-China.⁽²⁵⁾

(24) *Tza Yap Shum v. República del Perú*. Caso No. ARB/07/6. Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párrafos 123 y 124.

(25) Artículo 3 del BIT Perú-China:

“1. Las inversiones y actividades relacionadas con inversiones de cualquiera de las partes contratantes gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante.

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

Siguiendo el razonamiento del demandante, en virtud del inciso 2 del mencionado artículo 3, el Estado del Perú se había comprometido a otorgar a las inversiones chinas en su territorio, trato y protección no menos favorables que los acordados a inversiones de inversionistas de terceros Estados. De tal suerte, concluía el demandante, que se volvían aplicables a su caso el trato y protección previstos en otros BITs de los que era parte el Perú y que incluían el derecho del inversionista a recurrir directamente al mecanismo CIADI de arbitraje internacional. El demandante expresamente señaló como ejemplo al artículo 12 del BIT Perú-Colombia del 2001, el cual establece, en la parte relevante:

- a) Las controversias de naturaleza jurídica que surjan entre una Parte Contratante y un nacional o empresa de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones de que trata el presente Convenio deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.
- b) Si una controversia no pudiera dirimirse de manera amigable por las partes dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la notificación escrita del reclamo, podrá someterse al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera realizado la inversión, o al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, denominado “el Centro”).
- c) Cada Parte Contratante por este Convenio consiente en someter al Centro cualquier controversia de naturaleza jurídica que surja entre esa Parte Contratante y un nacional o empresa de la otra Parte Contratante relacionada con una inversión de ésta en el territorio de la primera para su arreglo por medio de conciliación o arbitraje, según lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias

relativas a las Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados abierto para firma en Washington el 18 de marzo de 1965. Sobre este punto, el gobierno del Perú respondió que el artículo 8 (3) del BIT Perú-China se encontraba limitado a controversias relativas al monto de la compensación debida en caso de expropiación y, por lo tanto, el consentimiento de los Estados parte del BIT a someterse al arbitraje internacional quedaba circunscrito únicamente a ese supuesto. El tribunal comienza su análisis sobre el particular recordando que el artículo 8 (4) del BIT Perú-China manda que el CIADI resuelva las controversias que le sean sometidas basándose en “la legislación de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión, incluyendo sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones de este Convenio y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes”⁽²⁶⁾.

De manera muy interesante y significativa, el tribunal concluye que no existe una solución única y a priori que resuelva en forma unívoca todos los casos en los que se presenta la cuestión de la aplicabilidad de la cláusula NMF a disposiciones de índole procesal incluidas en los BITs. Concordantemente, el tribunal señala que esta cuestión debe ser materia de un análisis caso por caso a fin de examinar en cada situación concreta dicha aplicabilidad.

2. El tratamiento y protección mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no serán menos favorables que los acordados a inversiones de inversionistas de un tercer Estado y a actividades relacionadas con tales inversiones.

3. El tratamiento y protección, mencionados en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, no incluirán ningún tratamiento preferencial acordado por la otra Parte Contratante a las inversiones de inversionistas de un tercer Estado en base a uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a evitar la doble tributación o para facilitar el comercio fronterizo”.

(26) Artículo 8 (4) del BIT Perú-China:

“El Centro resolverá de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión, incluyendo sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones de este Convenio y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes”.



Ricardo de Urioste Samanamud

El núcleo del razonamiento del tribunal en este punto consiste en que, si bien el artículo 3 del BIT Perú-China (que consagra los principios de trato justo y equitativo y el derecho que tiene el inversionista a protección por parte del estado receptor) se encuentra redactado de forma amplia y en términos generales y a partir de ahí, se podría interpretar, si es que se lee dicho artículo en forma aislada, conforme al sentido que propone el demandante⁽²⁷⁾, dicha interpretación es errónea. Ello, afirma el tribunal, porque el artículo 8 (3) se erige en realidad en un obstáculo irremontable para el argumento del demandante a fin de aplicar la cláusula NMF que le permita acogerse al procedimiento más ventajoso previsto en otros BITs concluidos por el Perú.

Analicemos más detenidamente cómo es que el tribunal Tza Yap Shum arriba a esta conclusión. El tribunal interpreta el artículo 8 (3) como un reflejo del acuerdo de ambas partes en dos puntos esenciales: a) el sometimiento de controversias relativas a expropiaciones al arbitraje internacional CIADI y b) el avisamiento por las partes de la posibilidad de someter otro tipo de controversias al CIADI únicamente "si las partes en la controversia así lo acuerdan." Consiguientemente, concluye el tribunal, en el caso Tza Yap Shum, la disposición específica para los temas relativos a expropiaciones del artículo 8 (3) prima sobre la disposición de índole general de la cláusula NMF del artículo 3.

Como ya se adelantó líneas arriba, el demandante citó el caso *Mafezzini* como apoyo a su argumentación. Sin embargo, el tribunal consideró que el caso Tza Yap Shum guardaba mayor analogía con el caso *Plama Consorcio Limitado v. Bulgaria*⁽²⁸⁾, en el cual el inversionista demandante arguyó que la cláusula NMF del artículo 3 del BIT entre Chipre y Bulgaria de 1987 debía ser interpretada a fin de permitirle el acceso directo al arbitraje internacional que se había incluido en otros BITs suscritos por Bulgaria. En el caso *Plama* el tribunal rehusó aceptar la argumentación del demandante chipriota en el sentido que tenía derecho a reemplazar el procedimiento

arbitral ad-hoc sujeto a reglas UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), previsto en el BIT Chipre-Bulgaria, por el arbitraje CIADI previsto en otros BITs búlgaros. El tribunal Tza Yap Shum consideró, adicionalmente, que el tribunal del caso *Plama* tuvo muy presente el antecedente *Mafezzini* a la hora de decidir en la forma en que lo hizo⁽²⁹⁾.

La cuestión de la aplicabilidad de la cláusula NMF a materias de índole procesal constituye, indudablemente, uno de los temas más controvertidos en la actualidad en el derecho internacional de las inversiones. Aunque creemos que Ko-Yung Tung y Rafael Cox-Alomar⁽³⁰⁾ van demasiado lejos al afirmar que esta cuestión constituye una fuerza motriz detrás de la demanda Tza Yap Shum, ya que en este caso los elementos relativos a la cuestión expropiatoria eran suficientes por sí solos para presentar una demanda, sí coincidimos con ellos en que, a partir de esta decisión, se puede anticipar un aumento en el número de arbitrajes inversionista-estado que involucren tanto a inversionistas de nacionalidad china como al gobierno chino. El argumento que los BITs chinos de primera generación, que se creía proveían un recurso muy limitado al arbitraje internacional, pueden en realidad ser interpretados de manera más amplia otorgando a los inversionistas recurso directo al CIADI a través de la cláusula NMF, bastaría para sustentar la predicción de Tung y Cox-Alomar.

La cuestión doctrinal sobre este punto ha sido acertadamente descrita por los profesores Dolzer y Schreuer:

(27) Argumento que podría contar con el soporte adicional que las excepciones al artículo 3 del BIT se encontrarían ya contempladas en el párrafo 3 del propio artículo 3, dando así la impresión que había sido la intención de las partes incluir todo lo demás dentro del campo de aplicación de la cláusula NMF.

(28) *Plama Consorcio Limitado v. Bulgaria*. Caso CIADI No. ARB/03/24. Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005.

(29) Párrafo 63 de la Decisión sobre jurisdicción en *Mafezzini*.

(30) Ko-Yung Tung y Rafael Cox Alomar, 'The New Generation of China BITs In Light of Tza Yap Shum v. Republic of Peru' En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 17, 2006, No. 3, p. 463.

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

“Algunas de estas cláusulas NMF especifican a qué partes del tratado [de inversiones] se aplican. Por ejemplo, la cláusula NMF puede especificar si se aplica o no al mecanismo de solución de controversias. Pero la mayoría de las cláusulas NMF se encuentran redactadas de manera general y típicamente se refieren únicamente al tratamiento de las inversiones.

Ello ha conducido a la pregunta si las cláusulas NMF se aplican a las disposiciones sobre solución de controversias en estos tratados. Puesto de otra manera, ¿Es posible evitar las condiciones y limitaciones anexas al consentimiento al arbitraje en un tratado determinado a través de la cláusula NMF de ese tratado si el estado demandado ha concluido un tratado con un tercer estado que incluye una cláusula de sometimiento al arbitraje sin las mismas limitaciones y condiciones? O puesto incluso en forma más radical: si el tratado que incluye la cláusula NMF no prevé la posibilidad de arbitraje, ¿Es posible recurrir al consentimiento al arbitraje otorgado por ese mismo estado con un tercero?”⁽³¹⁾ (Traducción del autor). Algunos autores han sostenido, como cuestión de principio, que las cláusulas NMF no son aplicables a cuestiones de índole procesal. En esta trinchera, precisamente en un comentario a propósito de la decisión sobre jurisdicción y competencia en *Tza Yap Shum*, Andrew Newcombe afirma categóricamente:

“El primer error en el razonamiento *Tza Yap Shum* es, desde ya, su consideración de la cláusula NMF. Bajo el artículo 8 (3) del BIT, la jurisdicción del tribunal se encuentra limitada a la expropiación. La jurisdicción sobre todas las demás materias se encuentra sujeta a expreso acuerdo. Esas “otras materias” incluyen la interpretación de la cláusula NMF. En otras palabras, donde el otorgamiento primigenio de jurisdicción material es de naturaleza limitada, el tribunal carece de jurisdicción para siquiera considerar si la cláusula NMF puede ser aplicada para expandir dicha jurisdicción material.

El segundo error, común a muchos tribunales, es la falta de distinción relativa a la aplicabilidad de la cláusula NMF a inversiones y/o a inversionistas. Tal y como he argumentado en un trabajo previo, el arbitraje constituye un derecho procedimental del inversionista, no de la inversión. El derecho a invocar el arbitraje es un derecho personal, un derecho que debe ser detentado por un inversionista y no por una inversión. La cláusula NMF en el art. 3 del BIT se aplica solo a la

(31) DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press. 2008. p.253. “Some of these MFN clauses will specify to which parts of the treaty they apply. For instance, the MFN clause may specify that it includes or that it excludes dispute settlement. But most MFN clauses are worded in a general way and typically just refer to the treatment of investments.

This has led to the question of whether the effect of MFN clauses extends to the provisions on dispute settlement in these treaties. Put differently, is it possible to avoid the conditions and limitations attached to consent to arbitration in a treaty by relying on an MFN clause in the treaty if the respondent state has entered into a treaty with a third state that contains a consent clause without these conditions and limitations? Or even more radically: if the treaty containing the MFN clause does not offer consent to arbitration, is it possible to rely on consent to arbitration in a treaty of the respondent state with a third party?”

(32) NEWCOMBE, Andrew Another misapplication of MFN? *Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*. En: Kluwer Arbitration blog, 21 October 2009. Disponible en web: <http://kluwerarbitra/2009/10/21/another-misapplication-of-mfn-tza-yap-shum-v-the-republic-of-peru>. “The first error in the reasoning in *Tza Yap Shum* is the consideration of the MFN clause in the first place. Under Art. 8 (3) of the BIT, the tribunal’s jurisdiction is limited to expropriation. Jurisdiction over all other matters is subject to express agreement. Those “other matters” include the interpretation of the MFN clause in the first place. In other words, where the initial subject matter grant of jurisdiction is limited, a tribunal lacks the subject matter jurisdiction to even consider whether MFN can be applied to expand subject matter jurisdiction. The second error, common to many tribunals, is the failure to distinguish between whether the MFN clause applies to investments and/or investors. As I have argued in a previous posting, arbitration is a procedural right of an investor, not an investment. A right to invoke arbitration is a personal right, a right that must be held by an investor not an investment. The MFN clause in Art. 3 of the BIT applies only to investment and could not, in any event, apply to dispute settlement rights accruing to investors.”



Ricardo de Urioste Samanamud

inversión y no puede, en ningún caso, aplicarse a los derechos en material de solución de controversias que detentan los inversionistas⁽³²⁾ (Traducción del autor).

No creemos que la aproximación apriorística de Newcombe sea la más conveniente. Preferimos la posición del tribunal Tza Yap Shum en este punto. Los BITs son acuerdos internacionales que recojen y son tributarios, en lo que a solución de controversias se refiere, de los principios informantes del arbitraje en general y es principio del arbitraje que las partes son libres de acordar las reglas procedimentales que serán de aplicación en una controversia entre las mismas. Es cierto que en el caso del arbitraje inversionista-estado es común el acudir a un mecanismo institucional como es el CIADI que ya tiene sus propias reglas de procedimiento, pero esta opción es utilizada precisamente porque las partes⁽³³⁾ consideran útil y conveniente recurrir a una serie de normas procesales no sólo ya establecidas, sino que han probado su valor en la práctica. Nada en este consentimiento justificaría recortar la posibilidad que los estados firmantes de los acuerdos o, incluso una vez cristalizada la controversia inversionista-estado que las partes en esta última controversia acuerden la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones procesales. Incluso si se quiere analizar el tema únicamente desde el punto de vista estatal, una interpretación como la de Newcombe sería una fuente de inflexibilidad que le quitaría toda posibilidad a un estado de incluir la extensión de la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones procesales como una variable más en el diseño de medidas que formen parte de su política de atracción de inversiones.

6. Conclusiones

La decisión sobre jurisdicción en el caso Tza Yap Shum tiene importantes implicancias tanto en lo que se refiere a la interpretación aplicable a futuras controversias de arbitraje internacional en materia de inversiones en las que sea parte la República Popular China e inversionistas (personas naturales o jurídicas), de nacionalidad china, como en lo que se refiere a las consideraciones legales de orden sustantivo incluidas

en la misma decisión, relativas a conceptos tales como nacionalidad, inversión indirecta, expropiación indirecta, entre otros.

La piedra angular del futuro impacto de la decisión Tza Yap Shum es su potencial impacto en la interpretación de las cláusulas arbitrales en los BITs chinos de primera generación de tal forma que no queden circunscritas a la solución de controversias relativas al monto de la compensación a ser pagada por el estado expropiante. La decisión Tza Yap Shum podría, de esta manera, romper la inercia entre los inversionistas extranjeros en China quienes hasta ahora habrían interpretado restrictivamente las cláusulas de arbitraje en el sentido de ver muy reducidas sus posibilidades de recurrir directamente al arbitraje internacional. Por otro lado, la decisión podría también romper la inercia entre los inversionistas de nacionalidad china quienes habrían interpretado de manera similar la cláusula de arbitraje con respecto a los estados receptores de su inversión. Este artículo ha analizado cuatro puntos específicos adicionales de la decisión Tza Yap Shum que podrían empujar en el mismo sentido de romper la inercia de los inversionistas involucrados: una persona jurídica incorporada en Hong Kong podría acogerse a la protección de un BIT concluido por la República Popular China, las inversiones indirectas se encontrarían protegidas por BITs concluidos por China, se podría alegar expropiación indirecta derivada de medidas por parte de la administración tributaria y la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones de índole procesal no podría descartarse de manera *a priori*, sino que requeriría de un análisis razonado caso por caso frente a cada cláusula arbitral específica que se requiera examinar.

(33) Los estados signatarios del Convenio CIADI y de los BITs sin duda interpretan el interés y utilidad para los inversionistas privados de tener acceso al arbitraje internacional para sus controversias.

Tza Yap Shum v. Perú: Comentarios sobre un caso CIADI pendiente

Por supuesto, y esto es característico de la jurisprudencia arbitral, que un tribunal distinto al de Tza Yap Shum que se enfrente a las mismas preguntas en casos similares podría arribar a respuestas distintas, pero ello no invalida las conclusiones del tribunal Tza Yap Shum que ya forman parte del acervo internacional de decisiones arbitrales en materia de inversiones.

No existe precedente obligatorio en el arbitraje internacional de inversiones y, sin embargo, es un hecho que los tribunales

arbitrales en esta materia prestan especial atención a decisiones y laudos anteriores. Incluso cuando no sigan la misma línea de razonamiento utilizada por decisiones precedentes, se sienten comprometidos a brindar una explicación del por qué asumen un criterio distinto y brindan una solución diferente. En este sentido, la decisión Tza Yap Shum es importante como contribución a la jurisprudencia internacional del arbitraje de inversiones y aumenta la expectativa de la comunidad especializada en lo que se refiere a la aún pendiente decisión sobre el fondo que tendrá que decidir el complejo asunto de si el embargo de cuentas bancaria por parte de la administración tributaria constituyó una expropiación indirecta en ese caso.