

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, U.S.A.

Teléfono: (202) 458-1534 Facsímiles: (202) 522-2615/2027

Sitio Internet: www.worldbank.org/icsid

CERTIFICADO

Sr. Tza Yap Shum

C.

República del Perú

(Caso CIADI No. ARB/07/6)

Por la presente certifico que lo adjunto es copia fiel de la Decisión Sobre Jurisdicción y Competencia del Tribunal de Arbitraje de fecha 19 de junio de 2009.


Tomás Solís
Secretario del Tribunal

Washington, D.C., 19 de junio de 2009

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES**

CIUDAD DE WASHINGTON D.C.

Procedimiento de arbitraje entre

SEÑOR TZA YAP SHUM
(DEMANDANTE)

y

LA REPÚBLICA DEL PERÚ
(DEMANDADA)

Caso n.º ARB/07/6

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Miembros del Tribunal

Sr. Judd Kessler, Presidente
Sr. Hernando Otero, Árbitro
Profesor Juan Fernández-Armesto, Árbitro

Secretario del Tribunal

Sr. Tomás Solís

En representación del Demandante

Sres. Orlando Siu;
Carlos Paitán y
Christian Carbajal
Estudio Paitán y Abogados
Calle Martir Olaya No. 129,
oficina 1604 Torre "A"
Centro Empresarial José Pardo
Lima 18, Perú

En representación de la Demandada

Sr. Louis B. Kimmelman, Sr. Stephen
Jagusch, Sra. Nicole R. Duclos y Sr. Anthony
Sinclair
Allen & Overy LLP
1221 Avenue of the Americas
New York, NY 10020
Estados Unidos de América

Fecha de envío: 19 de junio de 2009

INDICE

I.	HISTORIA PROCESAL	1
II.	RESUMEN DE LOS HECHOS Y LAS ALEGACIONES	6
III.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	7
	A. DERECHO APLICABLE	7
	B. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL A LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE SU PROPIA JURISDICCIÓN	8
	C. CARGA DE LA PRUEBA.....	8
	D. REGLAS GENERALES RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS	9
IV.	OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN	10
	A. EL DEMANDANTE NO ES UN INVERSIONISTA BAJO EL APPRI	11
	(1) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA	11
	(2) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE	13
	(3) ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	14
	(a) El Demandante ha demostrado gozar de la nacionalidad china.....	14
	(b) El Demandante está amparado por el APPRI.....	19
	B. EL DEMANDANTE NO LLEVÓ A CABO UNA INVERSIÓN CON ANTERIORIDAD AL SURGIMIENTO DE LA DISPUTA	22
	(1) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA	22
	(2) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE.....	24
	(3) ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	24
	(a) El Demandante sí tenía una inversión en Perú al surgir la disputa	25
	(b) El APPRI sí ampara las inversiones indirectas de inversionistas chinos en Perú	27
	(c) Antecedentes relevantes	28
	(d) Interpretación del APPRI en cuestión.....	31
	C. EL DEMANDANTE NO HA PRESENTADO UN RECLAMO <i>PRIMA FACIE</i> DE EXPROPIACIÓN	34
	(1) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA	34
	(2) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE.....	35
	(3) CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	35
	D. LOS RECLAMOS DEL DEMANDANTE RESPECTO DE LA EXPROPIACIÓN NO SE ENCUENTRAN COMPRENDIDOS DENTRO DE LA DISPOSICIÓN SOBRE RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DEL APPRI – ARTÍCULO 8	38
	(1) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA	38

(2) ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE.....	42
(3) ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.....	43
(a) Consideraciones Preliminares	43
(b) Interpretación del Artículo 8 de conformidad con el Artículo 31 de la convención de viena.....	45
(c) Interpretación del Artículo 32 de conformidad con el Artículo 31 de la convención de viena.....	50
(d) Interpretación del Artículo 8 en base a otras decisiones y laudos arbitrales	55
(4) DECISIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 8.....	61
E. LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA DEL APPRI NO PUEDE UTILIZARSE PARA AMPLIAR EL ALCANCE DEL ARBITRAJE ANTE EL CIADI ACORDADO EN VIRTUD DEL TRATADO.....	63
(1) LA POSICIÓN DE LAS PARTES	63
(2) CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	64
(a) Comentarios Preliminares	64
(b) Análisis del Tribunal.....	68
(c) Análisis de las decisiones adoptadas en otros arbitrajes	75
V. DECISIÓN.....	77

I. HISTORIA PROCESAL

1. El día 29 de septiembre de 2006, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) recibió del señor Tza Yap Shum, un nacional de la República Popular China (el Demandante), y de TSG Perú S.A.C., una compañía constituida bajo las leyes de Perú, una Solicitud de Arbitraje de fecha 14 de septiembre de 2006 (la Solicitud), en contra de la República del Perú (la Demandada).

2. El día 5 de octubre de 2006, el Centro acusó recibo de la Solicitud y envió copias de la misma a la República del Perú, a nombre de S.E. Presidente Dr. Alan García Pérez, y a la Embajada de la República del Perú en Washington D.C.

3. Por medio de cartas de fecha 20 de octubre de 2006, 21 de noviembre de 2006 y 11 de enero de 2007, el Centro solicitó a los representantes del señor Tza Yap Shum y TSG Perú S.A.C. aclaraciones sobre el contenido de la Solicitud de Arbitraje a la luz del Artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Convenio CIADI) y la Regla 6 (1)(b) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación).

4. Por medio de cartas de fecha 8 de noviembre de 2006, 30 de noviembre de 2006 y 26 de enero de 2007, los representantes del señor Tza Yap Shum y TSG Perú S.A.C. respondieron a las solicitudes de aclaración del Centro. En su carta de 26 de enero de 2007, los representantes de los solicitantes decidieron “retirar de la petición de registro a la empresa TSG Perú S.A.C [...]”.

5. El 12 de febrero de 2007, la Secretaría General del Centro, registró la Solicitud de Arbitraje del señor Tza Yap Shum en contra de la República del Perú.

6. Por medio de carta de fecha 22 de febrero de 2007, el Demandante envió una propuesta sobre el método para la constitución del Tribunal de Arbitraje de conformidad con la Regla 2 del Reglamento de Arbitraje del Centro (Reglas de Arbitraje). De conformidad con la

propuesta del Demandante, el Tribunal de Arbitraje estaría constituido por tres árbitros de nacionalidades distintas a las de las Partes, cada Parte nombrando un árbitro dentro de un plazo de 15 días de aceptada dicha propuesta. Una vez los Árbitros nombrados hubiesen aceptado sus nombramientos, estos procederían a nombrar, en un plazo de 15 días, al presidente del Tribunal de Arbitraje. En caso de incumplimiento, cualquier Parte podría recurrir al Centro para que éste realizase los nombramientos que no se hubiesen efectuado de conformidad con el método propuesto.

7. Por medio de carta de fecha 22 de septiembre de 2007, el Centro acusó recibo de la propuesta del Demandante e invitó a la Demandada a formular cualquier observación que tuviera al respecto.

8. Por medio de cartas de fecha 27 de febrero y 9 de marzo de 2007, la Demandada solicitó dejar sin efecto la notificación del acto de registro de la Solicitud. En sus cartas, la Demandada argumentó que el registro de la Solicitud, al haberse hecho solamente con respecto al señor Tza Yap Shum como resultado del retiro de TSG Perú S.A.C. como demandante, vulneraba la Regla 2 de las Reglas de Iniciación.

9. Por medio de carta de fecha 6 de marzo de 2007, el Demandante expresó su desacuerdo con lo expuesto por la Demandada con respecto al registro de la Solicitud.

10. Por medio de carta de fecha 9 de marzo de 2007, la Demandada realizó, a su vez, comentarios a lo expuesto por el Demandante en su carta de 6 de marzo de 2007.

11. Por medio de carta de fecha 13 de marzo de 2007, el Centro, por medio de la Secretario General, comunicó a las Partes que de conformidad con el Artículo 36 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Convenio CIADI), el Secretario General debe proceder al registro de la Solicitud “salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.” La

Secretaría General explicó a las Partes que sobre esa base había registrado la Solicitud sin perjuicio de los poderes y funciones del Tribunal de Arbitraje para determinar a la jurisdicción del Centro, su propia competencia y para resolver el fondo de la materia.

12. Por medio de carta de fecha 14 de marzo de 2007, la Demandada aceptó, parcialmente, la propuesta del Demandante sobre la constitución del Tribunal. La Demandada manifestó estar de acuerdo en cuanto al número de Árbitros y su nacionalidad, mas no así en el método para nombrar al Presidente del Tribunal. Según la Demandada, el Presidente debía de ser nombrado por acuerdo entre las Partes.

13. Por medio de carta de fecha 20 de marzo de 2007, el Demandante expresó, entre otras cosas, su desacuerdo a que fueran las Partes las que nombraran de común acuerdo al Presidente del Tribunal.

14. Por medio de carta de fecha 18 de abril de 2007, el Demandante invocó la formula contenida en el Artículo 37(2)(b) del Convenio para la constitución del Tribunal. De acuerdo con la formula ahí contenida, el Tribunal se constituiría con tres Árbitros designados, uno por cada parte, y el tercero, que presidiría al Tribunal, de común acuerdo de las Partes. En Esta misma carta el Demandante nombró, al señor Hernando Otero, nacional de Colombia, como Árbitro.

15. Por medio de carta de fecha 11 de mayo de 2007, la Demandada nombró al Profesor Juan Fernández-Armesto, nacional de España, como Árbitro.

16. Por medio de carta de 9 de julio de 2007, habiendo transcurrido el plazo de 90 días contenido en el Artículo 38 del Convenio sin haberse constituido el Tribunal de Arbitraje, el Demandante solicitó que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombrase al Presidente del Tribunal de conformidad con la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje.

17. El 28 de septiembre de 2007, el Presidente del Consejo Administrativo designó, con la anuencia de las partes, al señor Judd Kessler, nacional de los Estados Unidos de América, como Presidente del Tribunal de Arbitraje.

18. El 1 de octubre de 2007, una vez recibidas las aceptaciones y Declaraciones de los Árbitros nombrados por las Partes así como del Árbitro designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI como Presidente del Tribunal, de conformidad con la Regla de Arbitraje 6(2), se constituyó el Tribunal de Arbitraje de la siguiente manera: señor Judd Kessler, Presidente; señor Hernando Otero, Árbitro; Profesor Juan Fernández-Armesto, Árbitro.

19. El día 26 de noviembre de 2007 el Tribunal de Arbitraje, junto con las Partes, celebró su primera sesión en la sede del Centro en Washington D.C. Durante la primera sesión, se discutieron y decidieron cuestiones de procedimiento, incluido el calendario para la presentación de escritos. El Secretario del Tribunal preparó un Acta Resumida conteniendo los acuerdos alcanzados por las Partes durante la primera sesión. En la primera sesión estuvieron presentes, por el Tribunal: el señor Judd Kessler, Presidente, el señor Hernando Otero, Árbitro; el Profesor Juan Fernández-Armesto, Árbitro; el señor Tomás Solís, Secretario del Tribunal. En representación del Demandante comparecieron los señores Orlando Siu; Carlos Paitán y Christian Carbajal, Estudio Paitán y Abogados. En representación de la Demandada comparecieron los señores Carlos Ramírez, Presidente de la Comisión Especial Caso CIADI No. ARB/07/6, Manuel Talavera, Jefe de Misión adjunto Embajada de Perú en Washington D.C., señorita Yesenia Cabezas, Primera Secretaria, Departamento Económico de la Embajada de Perú en Washington D.C., señor Louis Kimmelman, Allen & Overy LLP y la señora Nicole Duclos, Allen & Overy LLP.

20. Durante la primera sesión, el Tribunal tomó nota de que por medio de carta de fecha 19 de noviembre de 2007, la Demandada solicitó la bifurcación del procedimiento, y que el Demandante, por medio de carta de fecha 22 de noviembre de 2007, había dado su consentimiento a la bifurcación.

21. En vista de lo anterior, las Partes acordaron un calendario incluyendo un solo intercambio de escritos en materia de jurisdicción y competencia, seguido de una audiencia del Tribunal con las Partes sobre dichas materias.

22. El calendario quedo así acordado de la siguiente manera: la Demandada presentaría su Memorial sobre Jurisdicción a más tardar el día 28 de marzo de 2008, y el Demandante presentaría su Memorial de Contestación a más tardar el día 25 de julio de 2008. Asimismo, las Partes acordaron que la audiencia sobre jurisdicción y admisibilidad se celebraría los días 15, 16 y 17 de octubre en la sede del Centro en Washington D.C.

23. El día 17 de diciembre de 2007, el Tribunal emitió su Resolución Procesal No.1. En su Resolución, el Tribunal resolvió desacuerdos menores entre las Partes en lo concerniente a la presentación de testigos durante la audiencia sobre jurisdicción, y a las limitaciones y/o protecciones aplicables a solicitudes de documentos.

24. El 25 de febrero de 2008, el Tribunal emitió su Resolución Procesal No. 2., concerniente a la producción de documentos, invitando a las partes a alcanzar acuerdo sobre sus diferencias al respecto.

25. El día 28 de marzo de 2008, la Demandada presentó su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción y Admisibilidad. Un desacuerdo menor surgió entre las Partes en cuanto a la hora en la que el Centro recibió de la Demandada su Memorial. Dicho desacuerdo fue resuelto por el Tribunal por medio de carta de fecha 10 de abril de 2008.

26. El 12 de mayo de 2008, el Tribunal emitió su Resolución Procesal No.3., resolviendo las diferencias de las Partes en lo concerniente a la producción de documentos.

27. El 24 de julio de 2008, el Demandante presentó su Memorial de Contestación al Memorial de las Objeciones Presentadas por la Demandada Contra la Jurisdicción del Centro, la Competencia del Tribunal y la Admisibilidad de la Demanda.

28. La audiencia sobre jurisdicción se celebró los días 15 y 16 de octubre de 2008 en la sede del Centro en Washington D.C. Presentes en la audiencia estuvieron el Tribunal: señor Judd Kessler, Presidente del Tribunal de Arbitraje; señor Hernando Otero, Árbitro; Profesor Juan Fernández-Armesto, Árbitro y el, señor Tomás Solís, Secretario del Tribunal. En representación del Demandante el señor Orlando Siu y los señores; Carlos Paitán Contreras y Christian Carbajal del Estudio Paitán & Asociados. En Representación de la Demandada asistieron S.E. Embajador Don Felipe Ortiz de Zevallos, Embajador de la República del Perú en Washington D.C.; señor Manuel Talavera, Jefe de Misión adjunto Embajada de Perú en Washington D.C.; señorita Yesenia Cabezas, Primera Secretaria, Departamento Económico de la Embajada de Perú en Washington D.C.; señor Louis Kimmelman, Allen & Overy LLP; señora Nicole Duclos, Allen & Overy LLP y señores Owen Alterman and Brandon O’Neil, Allen & Overy LLP.

29. El 18 de noviembre de 2008 las partes presentaron sus Escritos Post-Audiencia.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS Y LAS ALEGACIONES

30. La presente disputa surge de supuestas violaciones al Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (“APPRI” o el “Tratado”) que afectaron la inversión del Sr. Tza Yap Shum (o Demandante), en una empresa peruana denominada TSG Perú SAC (o “TSG”), dedicada a la fabricación de productos alimenticios derivados del pescado y su exportación a mercados asiáticos. La Parte Demandante manifiesta que TSG era una empresa exitosa y en expansión.

31. En el año 2004, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de Perú (SUNAT) comenzó a llevar a cabo una serie de acciones que, según el Demandante, destruyeron las operaciones comerciales y la viabilidad económica de TSG. Según se alegó, la causa inmediata de este impacto en la empresa habría sido el embargo ilegal y arbitrario de las cuentas de la empresa que le impidió operar sin interrupciones. En virtud de las circunstancias descritas, el Demandante

manifestó que sus derechos, según se han vulnerados los siguientes artículos del APPRI Perú-China:

- “Obligación de tratar de manera justa y equitativa a las inversiones;;
- “Obligación de protección con relación a las inversiones”;
- “Obligación de compensar en caso de adoptar medidas expropiatorias, o medidas similares”;
- “Obligación de permitir la transferencia de capital y utilidades.”

32. La República del Perú negó los hechos alegados por el Demandante y presentó objeciones a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. La Demandada presentó las siguientes objeciones:

- a. La Parte Demandante no está protegida bajo el APPRI;
- b. La controversia no surge de una inversión que califique como tal;
- c. El Gobierno de Perú no ha otorgado su consentimiento para someter la cuestión a arbitraje; y
- d. El Demandante no ha hecho valer una demanda de expropiación.

33. El Tribunal procederá a examinar cada una de estas objeciones.

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A. Derecho Aplicable

34. El derecho aplicable a la presente disputa no ha sido objeto de controversia entre las Partes. El presente arbitraje se ha presentado ante este Tribunal de conformidad con una solicitud de arbitraje amparada en el APPRI. Dicho Tratado dispone, en las partes pertinentes, el arbitraje ante el Centro (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI), establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), el cual entró en vigor el 14 de octubre de 1966. Asimismo, el APPRI establece que el derecho aplicable abarcará la legislación vigente de la Parte

Contratante en la controversia que acepta la inversión incluyendo las reglas sobre conflicto de leyes, las disposiciones del APPRI, así como también los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes.¹

35. Finalmente, se reconoce que la jurisdicción del Centro se rige por el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, que establece lo siguiente:

(1) 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. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

B. Competencia del Tribunal a los efectos de la determinación de su propia competencia

36. Según lo establece el punto 17 de la Resolución Procesal No.1, las Partes y el Tribunal acordaron que primero existiría una etapa de Jurisdicción al final de la cual, el Tribunal debía pronunciarse respecto de su Jurisdicción, de conformidad con el artículo 41 del Convenio y la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, así como también con los principios generalmente aceptados en el arbitraje internacional.

C. Carga de la prueba

37. La amplia aceptación del arbitraje como un medio de resolución de diferencias entre inversionistas estados no elimina el requisito básico previo del arbitraje: un acuerdo de las partes de arbitrar.² Según lo estableció la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Fábrica Chorzow*, se debe probar el consentimiento mediante la preponderancia de la prueba.³ Mientras que

¹ APPRI, Artículo 8(4)

² *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párrafo 198.

³ Ver *Chorzów Factory Case (Germany. v. Poland)*, C.P.J.I, Series A, No. 9, 1927, Claim for Indemnity (Jurisdicción), página 32. También ver, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Objeciones Preliminares. Fallo del 12 de diciembre de 1996, Opinión Separada de la Juez Higgins, C.I.J. Informes 1996, página 857, párrafo 35.

la Demandada y cierta jurisprudencia calificada en la materia han sugerido que la carga de la prueba respecto de la existencia de un acuerdo sobre temas de jurisdicción particular debería ser “clara y no ambigua,”⁴ el Tribunal considera que la mejor opción consiste en considerar que las disposiciones de los tratados que versen sobre cuestiones jurisdiccionales, constituyen elementos del acuerdo total entre las partes. Toda disposición de un tratado y específicamente del APPRI en cuestión en la presente causa, representa el compromiso legal y solemne de un gobierno soberano. El Tribunal considera que el único modo apropiado de respetar adecuadamente dichas expresiones consiste en analizar la formulación de las palabras acordadas objetivamente y en su totalidad.⁵ En este proceso, la postura adoptada por la jurisprudencia nos lleva a concluir que el estándar apropiado para interpretar las normas sobre resolución de diferencias y demás disposiciones de un tratado sobre temas jurisdiccionales es idéntico al que se aplica a otras disposiciones del APPRI, ni más restrictivo ni más liberal.⁶

D. Reglas generales respecto de la interpretación de los tratados

38. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, la “Convención de Viena”) constituye la principal guía para la interpretación de tratados en virtud del derecho internacional, en particular, en sus Artículos 31 y 32, que rezan de la siguiente manera:

⁴ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de Febrero de 2005, párrafo 198, c.f.; *Wintershall v. Argentine Republic*, (Caso CIADI No. ARB/04/14), Laudo Arbitral, 8 de Diciembre de 2008, párrafos 105 y 167.

⁵ Ver *Amco Asia Corporation and Others v. The Republic of Indonesia*, (Caso CIADI No. ARB/81/1), Laudo Arbitral sobre Jurisdicción del 25 de septiembre de 1983, párrafo 14(i), 23 I.L.M. 351, 359 (1984).

⁶ *Siemens A.G. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*, Caso (CIADI No. ARB/03/17), Decisión sobre Jurisdicción, 6 de mayo de 2006; y, *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, Caso UNCITRAL No. 1:09-cv-00248-RBW, Laudo Arbitral del 3 de noviembre de 2008.

Artículo 31 Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - (a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - (b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - (a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - (b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - (c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32 Medios de Interpretación Complementarios

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

39. Todas las objeciones a la jurisdicción y asuntos relacionados, ya sean explícitos o implícitos, han sido decididos por el Tribunal como sigue a continuación:

IV. OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN

40. En su Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad del 28 de marzo de 2008, la Parte Demandada presentó las siguientes objeciones a la jurisdicción del CIADI y competencia del Tribunal:

- a. El Demandante no es un inversionista bajo el APPRI.
- b. El Demandante no llevó a cabo una inversión con anterioridad al surgimiento de la disputa.

- c. El Demandante no ha presentado un reclamo *prima facie* de expropiación.
- d. El Perú no prestó su consentimiento para arbitrar esta disputa.

41. A continuación se resumen los principales argumentos de las Partes respecto de las mismas, seguidos por el análisis respectivo del Tribunal.

a. El Demandante no es un inversionista bajo el APPRI

42. El Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad presentado por la Parte Demandada contiene los siguientes argumentos:

- El Demandante no ha demostrado tener nacionalidad china de acuerdo con las leyes de la República Popular China.
- Aún cuando el Demandante fuere de nacionalidad china, como residente de la Región Administrativa Especial de Hong Kong no está en capacidad de ampararse bajo el APPRI.

(1) Argumentos de la Parte Demandada

43. La Parte Demandada argumentó que el Demandante no ha probado que ostenta la nacionalidad china de acuerdo con las leyes de dicha nación. De acuerdo con la Demandada, el Demandante tiene la carga de la prueba respecto a este requisito esencial para la jurisdicción bajo el Convenio CIADI y la Competencia del Tribunal.⁷

44. A su parecer, el Demandante no ha presentado la prueba necesaria para establecer definitivamente su nacionalidad de acuerdo a la Ley de Nacionalidad de la República Popular China. Argumenta que el Demandante no ha proporcionado una copia certificada de su certificado de nacimiento no obstante habersele solicitado durante la etapa de producción de documentos. Considera además que la copia del pasaporte emitido por la Región Administrativa Especial de

⁷ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 32-45, citando en otras fuentes los laudos en *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania* (Caso CIAD No. ARB/94/2) laudo de 29 abril, 1999, párrafo 74, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka* Caso CIAD No. ARB/87/3) laudo de 27 junio, 1990, párrafo 56, *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (Caso CAID No. ARB/02/7) laudo de julio 7, 2004, párrafo 58 y la decisión del Comité de Anulación en *Industria Nacional de Alimentos S.A. and Indalsa Perú S.A. v. Republic of Perú* (Caso CIAD No. ARB/03/4) de 5 septiembre, 2007, párrafos 60 y 119 de la Decisión y párrafo 17 de la Opinión Disidente.

Hong Kong y las declaraciones del Demandante sobre su nacionalidad china no son pruebas suficientes de su nacionalidad.⁸

45. Adicionalmente, la Parte Demandada argumenta que aun cuando el Demandante goce de la nacionalidad China, bajo la leyes de esa nación, los residentes de Hong Kong no pueden valerse del APPRI. A su parecer, el aparte del Artículo 1(2)(a) que establece que se entenderán como inversionistas de la República Popular China a las personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China *de conformidad con sus leyes*, no hace referencia únicamente a la leyes de nacionalidad sino que incluye todo el ordenamiento jurídico chino.

46. En su Memorial de Objeciones, le Demandada relata como en el año de 1984 el Reino Unido y la República Popular China suscribieron una Declaración Conjunta en la que acordaron que cuando ésta última recuperara la soberanía sobre Hong Kong, se respetaría la autonomía de la misma incluyendo su capacidad de suscribir sus propios tratados internacionales en materia de promoción y protección de las inversiones.

47. La Parte Demandada explica que de acuerdo con la Ley Básica de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de 1990, a Hong Kong sólo le son aplicables aquellas leyes y tratados internacionales suscritos por la República Popular China incluidos bajo el Anexo III de la misma. Según lo informan los expertos de la Parte Demandada, a la fecha de sus declaraciones el APPRI no está relacionado en dicho Anexo.

48. Las Declaraciones de los expertos presentados por la Parte Demandada afirman entonces que, en virtud de lo anterior, existiría una categoría especial de nacionales chinos: aquéllos que no obstante gozar de la nacionalidad china, no tendrían la capacidad de valerse de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíprocos de Inversión (AAPPRI) suscritos por la China en virtud de

⁸ Memorial de Objeciones de Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 46-63, citando los laudos en *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (Caso CAID No. ARB/02/7) laudo de 7 julio, 2004, párrafo 55) y *In the Matter of the Contested Property in Portugal* (Laudo de 2 septiembre, 1990, párrafos 118-119. Ver también Escrito Post-Audiencia de la Parte Demandada, párrafos 14-19. En apoyo a sus argumentos a este respecto, la Parte Demandante presentó la Declaración escrita del experto Prof. An Chen.

su residencia en Hong Kong. A su parecer, los numerosos AAPPRI suscritos por Hong Kong con terceros países con sus propias definiciones de lo que constituye un “inversionista” así lo confirmarían. Agrega además que esta situación habría sido evidente en la fecha en que Perú y China suscribieron su APPRI (1994) y por lo tanto no habría requerido hacerse explícita en el texto del mismo..⁹

(2) Argumentos de la Parte Demandante

49. En respuesta a los argumentos de la Parte Demandada, el Demandante afirma haber acreditado su nacionalidad china. Explica que el pasaporte expedido por la Región Administrativa Especial de Hong Kong junto con la copia de su documento de identidad indicando como lugar de nacimiento la provincia de Fujian y las declaraciones sobre su nacionalidad china y que afirman que no ostenta otra nacionalidad son pruebas suficientes de su nacionalidad.¹⁰ Explica además que, ha sido imposible obtener copia de su certificado de nacimiento pues copia del mismo fue destruido junto con las dependencias gubernamentales chinas que lo albergaban durante el año de 1948.¹¹

50. Respecto al argumento de la aplicabilidad del APPRI a los residentes de Hong Kong, argumenta que la controversia en cuestión no concierne una inversión en Hong Kong sino la inversión de un nacional chino en el Perú. Explica además que los tratados de protección y promoción de las inversiones que ha ratificado Hong Kong pueden válidamente coexistir con aquellos que ha firmado la China y que en este caso particular, el Demandante puede ampararse bajo el APPRI pues al hacerlo no vulneraría la diversidad de nacionalidad que subyace al derecho

⁹ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada, párrafos 64-92. Para estos efectos, el Prof. Chen obtuvo confirmación escrita del Departamento de Justicia de Hong Kong que el APPRI entre la República Popular China y la República del Perú no es aplicable en esa jurisdicción. En apoyo a sus argumentos a este respecto, la Parte Demandada también presentó la Declaración escrita del testigo Jianghong Fan, negociador del APPRI por parte la República Popular China.

¹⁰ Memorial de Contestación de la Demandante (en adelante Memorial de Contestación), párrafos 38-46. En apoyo a sus argumentos, la Parte Demandante presento las Declaraciones de los expertos Prof. Dayuan Han y Prof. Jiao Hongchang.

¹¹ Memorial de Contestación, párrafo 41, pie de página 4. Ver también las Declaraciones de los expertos Hongchang Jiao, página 6 y Prof. Dayuan Han, párrafo 31.

internacional en materia de protección de las inversiones.¹² Finalmente, el Demandante indica también que el APPRI no contiene limitaciones en materia territorial y que la República Popular China no ha presentado la notificación escrita que exigiría el Artículo 70 del Convenio CIADI para limitar la aplicación territorial del mismo en la China.¹³

51. Por último, el Demandante argumenta que la definición de inversionista en el APPRI con respecto a la República Popular China se limita a exigir nacionalidad china sin entrar a hacer distinciones con base en su domicilio o residencia. Señala adicionalmente que no existen indicios que indiquen que en este caso el inversionista ostente una nacionalidad dominante o efectiva distinta a la china.¹⁴

(3) Análisis del Tribunal

(a) El Demandante ha demostrado gozar de la nacionalidad china

52. El Tribunal debe en primer lugar verificar que se cumplen los presupuestos de nacionalidad exigidos por el Artículo 25 del Convenio CIADI. Dicho Artículo requiere que el Demandante como persona natural tenga, en la fecha en que las Partes consintieron someter su diferencia a arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud de arbitraje respectiva, la nacionalidad de un Estado Contratante distinta a la del Estado parte en la diferencia.

53. Para ello es necesario que el Tribunal recurra al texto del Tratado bajo el cual el Demandante ha presentado su solicitud de arbitraje. La disposición 1(2) del APPRI establece que “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...”

¹² Memorial de Contestación, párrafos 51-68.

¹³ Memorial de Contestación, párrafos 69-86.

¹⁴ Memorial de Contestación, párrafos 89-109.

54. No está en disputa que bajo el derecho internacional, le corresponde a cada Estado determinar de acuerdo con sus leyes las personas que son sus nacionales. Las Partes y sus respectivos expertos a este respecto están de acuerdo que la Ley de Nacionalidad de la República Popular China es la ley que gobierna la adquisición y pérdida de la nacionalidad china y que la misma tiene vigencia en la Región Administrativa Especial de Hong Kong (Hong Kong).¹⁵

55. Como prueba de su nacionalidad de acuerdo con lo anterior, el Demandante presentó la siguiente prueba:

- Copia de su pasaporte emitido por la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China en el cual se afirma en dos apartes diferentes que ostenta la nacionalidad china y en el cual se indica que su lugar de nacimiento es la provincia de Fujian;¹⁶
- Copia de su documento de identidad nacional expedido por la Región Administrativa Especial de Hong Kong en el que se indica que su lugar de nacimiento es la China continental y el cual fue originalmente expedido en el año de 1972;¹⁷
- Declaración jurada ante un notario público de la provincia de Fujian afirmando haber nacido en esa provincia de padres chinos y no gozar de nacionalidad distinta a la China;¹⁸
- Certificado expedido por un notario público de la provincia de Fujian afirmando que el Demandante nació en la Provincia.¹⁹

¹⁵ Declaración del Prof. An Chen, párrafo 26, Declaración del Prof. Han, párrafos 14-15 y Declaración del Prof. Jiao página 1.

¹⁶ Anexo II-2 al Memorial de Contestación.

¹⁷ Anexo II-3 al Memorial de Contestación.

¹⁸ Anexo II-4 al Memorial de Contestación.

¹⁹ Anexo II-5 al Memorial de Contestación.

56. La Parte Demandada argumenta que estos documentos meramente constituyen prueba *prima facie* de la nacionalidad del Demandante.²⁰ Según explicó su experto en esta materia, sólo el certificado de nacimiento del Demandante puede probar en forma definitiva la nacionalidad china del Demandante.²¹ La naturaleza de los argumentos de la Parte Demandada parecen entonces girar en torno a si el Demandante ha demostrado con absoluta certeza que goza de la nacionalidad china.

57. El Tribunal observa que de los argumentos de las Partes se advierte lo siguiente:

- No se cuestiona la veracidad de los documentos aportados por el Demandante;
- No se afirma ni se adjunta prueba que el Demandante haya adquirido nacionalidad china de forma fraudulenta o por error;
- No se afirma ni se adjunta prueba que el Demandante goce de una segunda nacionalidad o de nacionalidad diferente a la china;
- No se afirma ni se adjunta prueba que el Demandante gozando de la nacionalidad china haya incurrido en causales que den lugar a su pérdida.

58. En opinión del Tribunal, la prueba presentada por el Demandante en su conjunto es suficiente para demostrar que el Demandante goza de la nacionalidad china. Al Tribunal le corresponde considerar y analizar la prueba presentada y determinar si el Demandante ha demostrado que goza de la nacionalidad china. El Tribunal llega a su conclusión en ejercicio de las facultades que le asisten bajo la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje que determinan que el mismo decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.

²⁰ Es su Escrito Post-Audiencia sobre Objeciones a la Jurisdicción la Parte Demandada afirma: “Claimant produced a copy of his HKSAR passport, which states that he has Chinese nationality. [...] The experts on Chinese law agree that Claimant’s HKSAR passport constitutes *prima facie* evidence of his Chinese nationality [...] Although Claimant has offered *prima facie* evidence of his Chinese nationality, that is not sufficient to qualify for protection under the treaty.” Párrafos 14-19.

²¹ Memorial de Objeciones de Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 55, 60, 63 y Declaración del Prof. An Chen, párrafo 38.

59. Tal como lo explican los expertos en la materia presentados por las Partes, la Ley de Nacionalidad le confiere nacionalidad china a las personas naturales de descendencia china nacidas en territorio chino y prohíbe a su vez, que los nacionales chinos gocen de una nacionalidad distinta a la china.²²

60. Los expertos también explican que la Ley de Nacionalidad tiene vigencia en la Región Administrativa Especial de Hong Kong (Hong Kong) y que para su implementación en la misma fue objeto de interpretación por parte del Comité Permanente de la Asamblea Nacional Popular. En sus explicaciones a algunas preguntas sobre la implementación de la Ley de Nacionalidad en Hong Kong, el Comité dispuso que los residentes de Hong Kong de descendencia china y nacidos en territorios chinos (incluyendo Hong Kong) son nacionales de China.²³

61. En los documentos aportados por la Parte Demandante se indica que el Demandante nació en la Provincia China de Fujian de padres chinos y que es residente de Hong Kong desde el año de 1972. Estos hechos no han sido cuestionados por la Parte Demandada. Entonces, de acuerdo con la Ley de Nacionalidad y la interpretación que de la misma hizo el Comité Permanente de la Asamblea Nacional Popular para su aplicación en Hong Kong, parecería quedar claro en primera instancia que el Demandante goza válidamente de la nacionalidad china.

62. Estos factores serían los que presumiblemente habrían llevado al Departamento de Inmigración de Hong Kong a expedirle al Demandante un pasaporte en cuya copia se indica que su nacionalidad es china y en el que adicionalmente se advierte en dos apartes que su portador es un ciudadano chino.²⁴ Según lo explicó la Parte Demandada, el Departamento de Inmigración de Hong Kong expide pasaportes a los nacionales chinos residentes en Hong Kong. Para ello, el Demandante

²² Ver por ejemplo la Declaración del Prof. An Chen, párrafos 27 y 28, sobre los Artículos 3 y 4 de la Ley de Nacionalidad.

²³ Declaración del Prof. An Chen, párrafos 35 y 36. Ver también la Declaración del Prof. Jiao Hongchang, página 4 y la Declaración del Prof. Dayuan Han, párrafo 29.

²⁴ Copia del pasaporte del Demandante, Anexo II-2 del Memorial de Contestación.

habría tenido que indicar en su aplicación su lugar de nacimiento y declarar que era ciudadano chino.²⁵

63. En opinión del Tribunal, la nacionalidad que le confiere un Estado a una persona en aplicación de sus leyes goza de una fuerte presunción de validez.²⁶ El Tribunal arbitral puede atender razones que desvirtúen esta presunción.²⁷ Sin embargo, es la Parte Demandada la que tiene una onerosa carga de la prueba para desvirtuar dicha presunción. Así lo ha confirmado recientemente la decisión en *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20 al afirmar lo siguiente:

[L]a carga de probar que la nacionalidad fue adquirida de un modo inconsistente con el derecho internacional recae sobre la parte que objeta la nacionalidad. En tal respecto, existe una presunción en favor de la validez del otorgamiento de la nacionalidad por parte del Estado. ***Desvirtuar dicha presunción constituye una ardua tarea.***²⁸
(Traducción del Tribunal)

64. El Tribunal no pretende desatender el argumento central de la Parte Demandada al explicar que sólo el certificado de nacimiento del Demandante es prueba suficiente de su nacionalidad china. El Tribunal sin embargo, no ha encontrado que dicha exigencia esté

²⁵ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafo 59.

²⁶ El Tribunal está de acuerdo con la posición de la Parte Demandada a este respecto cuando afirma, “In deciding the issue of nationality, Tribunals must accord great weight to the nationality law of the State in question and to ***the interpretation and application of that law by its authorities.***” Escrito Post-Audiencia, párrafo 14. El énfasis sobre el anterior aparte es obra del Tribunal

²⁷ Comentarios al texto del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática (2006) página 34. Adicionalmente, el tribunal de arbitraje en *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (Caso CIADI No. ARB/02/7), expresó: “It is accepted in international law that nationality is within the domestic jurisdiction of the State, which settles, by its own legislation, the rules relating to the acquisition (and loss) of its nationality [...] But it is no less accepted that when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. It will accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it, the person whose nationality is at issue was or was not a national of the State in question and when, and what follows from that finding. Where, as in the instant case, the jurisdiction of an international tribunal turns on an issue of nationality, the international tribunal is empowered, indeed bound, to decide that issue,” Laudo de julio 7, 2004, párrafo 55; citado por la Parte Demandada en su Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafo 46.

²⁸ Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad en *Ioan Micula et. al. v. Rumania*, (Caso CIADI ARB/05/20), de 24 de septiembre de 2008, párrafo 87, citando los comentarios al texto del artículo 4 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática (2006), página 34. El énfasis sobre el aparte citado es obra del tribunal.

expresamente prescrita ni en la Ley de Nacionalidad, ni en la Ordenanza de Pasaportes de Hong Kong, ni en ninguna otra disposición legal que haya sido puesta a su consideración por la Parte Demandada y su experto en esta materia.

65. La intención del Tribunal entonces no es la de imprimirle su propia interpretación a los medios probatorios que bajo derecho chino serían suficientes para demostrar con certeza la nacionalidad china de la Parte Demandante. Simplemente, pretende resaltar que para efectos de su análisis, la ausencia de prueba fehaciente al respecto, no le permite relevar a la Parte Demandada de la onerosa carga de la prueba que pesa sobre ella.

66. En este orden de ideas, el Tribunal encuentra que el Demandante ha demostrado que gozaba de la nacionalidad china en la fecha en que las Partes consintieron someter su diferencia a arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud de arbitraje respectiva. Con ello, el Demandante satisface para efectos de este proceso arbitral las exigencias en materia de nacionalidad del Convenio CIADI y del APPRI.

(b) El Demandante está amparado por el APPRI

67. En segunda instancia, la Parte Demandada ha argumentado que aún cuando el Demandante hubiese probado gozar de la nacionalidad china, su condición de residente en la Región Administrativa Especial de Hong Kong no le permitiría ampararse bajo el APPRI. Para ello hace énfasis en que la definición de inversionistas con respecto a la República Popular China cobija sólo a aquellas “personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China de conformidad con sus leyes...” En su opinión, el conjunto de leyes que gobiernan la relación de la República Popular China con Hong Kong, le conceden a la región un alto grado de autonomía que excluiría a sus residentes del ámbito de aplicación del APPRI.

68. Antes que todo, no sobra reiterar que lo que el Tribunal debe determinar a estas alturas del procedimiento es si el Demandante en este caso tiene la capacidad requerida para someter su disputa con respecto a su inversión en la República del Perú a arbitraje internacional

bajo el Convenio CIADI y el APPRI. A estos efectos la determinación de la aplicabilidad del APPRI en la región de Hong Kong es innecesaria y no es objeto del análisis del Tribunal.²⁹

69. En este entendido, el Tribunal está llamado a verificar que se cumplan los requisitos de jurisdicción bajo el Convenio CIADI y el APPRI. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal es de la opinión que ni en el Convenio CIADI ni en el APPRI se advierte que los nacionales de China con residencia en Hong Kong no estén amparados por los mismos.

70. En primer lugar, el Tribunal toma nota que el Artículo 25 del Convenio CIADI solamente establece que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. La labor del Tribunal entonces bajo el Convenio CIADI se circunscribe a verificar que el Demandante tenga la nacionalidad de un Estado Contratante.³⁰ Tal como ha quedado establecido por el Tribunal con anterioridad, el Demandante ha demostrado gozar de la nacionalidad de la República Popular China. Por lo tanto, todos los nacionales chinos, incluyendo aquellos con residencia en Hong Kong, están comprendidos dentro del ámbito del Artículo 25 del Convenio CIADI.

71. De forma similar, el Tribunal no observa que del texto del APPRI se advierta que de su ámbito de aplicabilidad estén excluidos aquellos nacionales chinos con residencia en Hong Kong. De acuerdo con lo prescrito por el Artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal debe interpretar los apartes relevantes del APPRI de buena fe y de acuerdo al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de este y teniendo en cuenta su objeto y fin.

²⁹ En todo caso, el Tribunal toma nota que de acuerdo con el artículo 70 del Convenio CIADI, la República Popular China no ha notificado su deseo de excluir a Hong Kong de la aplicación del Convenio, no obstante ser responsable de sus relaciones exteriores de acuerdo con la Declaración Conjunta de los Gobiernos del Reino Unido de la Gran Bretaña y de Irlanda del Norte y de la República Popular China sobre Hong Kong de diciembre de 1984.

³⁰ La Parte Demandada declaró estar de acuerdo a este respecto en su escrito Post-Audiencia, párrafo 40, afirmando: “If this Tribunal finds that Claimant’s *prima facie* showing of Chinese nationality is sufficient to prove that he is a national of China under Article 25(2)(a) of the ICSID Convention, then this particular requirement of Article 25(1) would be met (a dispute between Peru, a Contracting State, and a national of China, another Contracting State).”

72. Así, el Tribunal observa que el aparte 1(2) del APPRI meramente establece que “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...” El Tribunal es de la opinión que debe dársele efecto a la intención de las partes al APPRI tal como quedó expresado en los términos del tratado.³¹

73. Para el Tribunal queda claro entonces que el acápite anterior circunscribe las mencionadas leyes a aquellas que gobiernan la adquisición y pérdida de la nacionalidad china. Por lo tanto y en aras de discusión, aun cuando el APPRI pudiese no ser aplicable a las inversiones de nacionales peruanos en Hong Kong, no existiría correlación necesaria que impidiese que las inversiones de nacionales chinos con residencia en Hong Kong o en una tercera jurisdicción estuviesen amparados por el APPRI.

74. Adicionalmente, en opinión del Tribunal, la Parte Demandada no ha demostrado convincentemente que la intención de las Partes al APPRI era la de excluir de su aplicación a los residentes de Hong Kong. Aun si se hubiese demostrado que esa era la intención de las Partes al APPRI, era necesario que dicha excepción a la regla (i.e. nacionales chinos) constara explícitamente en el Tratado. Contrario a lo que se ha sugerido, la suscripción del APPRI en fecha tan cercana a la del traspaso de soberanía sobre Hong Kong, lo hubiese ameritado.

75. Establecido lo anterior, el análisis de las disposiciones legales que regulan otras particularidades en la región administrativa especial de Hong Kong, fuera de aquellas que estrictamente determinen la nacionalidad de sus residentes, no son relevantes para establecer si los nacionales chinos con residencia en esa región están amparados bajo el APPRI.

³¹ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Artículo 31. Ver a este respecto la decisiones en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, (Caso CIADI No. ARB/03/17).

Decisión de Jurisdicción de 16 de mayo de 2006, párrafo 54; *Nacional Grid PLC v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decisión de Jurisdicción de 20 de junio de 2006, párrafo 80.

76. Aun así, la capacidad de Hong Kong de celebrar sus propios tratados de promoción y protección de inversiones con países con los cuales la China también tiene un APPRI no es necesariamente redundante.³² Hong Kong históricamente ha albergado a personas de múltiples nacionalidades. Por ello, es posible que el gobierno regional haya desarrollado una política que buscara promover y proteger las inversiones en terceros países en beneficio de todos sus residentes, cualquiera que fuera su nacionalidad. En conclusión, tal como ha sido explicado anteriormente, el Tribunal ha determinado que el Demandante ha demostrado gozar de la nacionalidad china bajo las disposiciones legales relevantes en el tema de nacionalidad y que gobiernan la adquisición y pérdida de la misma incluso para las personas residentes en Hong Kong.

77. Así, al no existir limitación expresa a la capacidad de los nacionales chinos con residencia en Hong Kong ni en el Convenio CIADI ni en el APPRI, el Tribunal no puede desconocer la legitimación en la causa del Demandante para someter su disputa con la República del Perú a arbitraje internacional del CIADI.

b. El Demandante no llevó a cabo una inversión con anterioridad al surgimiento de la disputa

(1) Argumentos de la Parte Demandada

78. La Parte Demandada argumenta que el Demandante no tenía una inversión en el Perú al momento de surgir la disputa de TSG con el Estado peruano. Afirma que el APPRI protege únicamente a los inversionistas que ostenten dicha calidad al momento de presentarse la controversia con el Estado receptor.³³

79. En su Memorial de Objeciones la parte Demandada explica que una disputa se presenta cuando las partes están en desacuerdo sobre los hechos o derechos o de la existencia o

³² A este respecto, el Tribunal advierte por si acaso que entiende que la República del Perú y Hong Kong no han suscrito un APPRI.

³³ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 209-214, citando entre otras fuentes el Laudo en *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* UNCITRAL, Laudo Parcial de 17 de marzo de 2006, párrafos 196 y 244; y la Decisión del Comité de Anulación en *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/97/3) de 3 julio de, 2002, párrafo 50.

ámbito de un derecho o una obligación. A su parecer, la disputa se presentó a más tardar en septiembre de 2004 cuando la SUNAT emitió el informe de auditoría fiscal de TSG en el cual además resolvió las quejas que había presentado TSG en el curso de la misma. Agrega que en todo caso el Demandante reconoce que la disputa surgió en diciembre de 2004 cuando la SUNAT notificó a TSG de su deuda tributaria y TSG a su vez, presentó un “Recurso de Reclamación” contra la misma. Señala entonces que el Demandante solo adquirió las acciones de la empresa intermediaria y matriz de TSG (Linkvest) hasta el 3 de enero de 2005 y directamente las acciones de TSG el 27 de febrero de 2005.³⁴

80. La Parte Demandada también argumenta que la compra de Linkvest, empresa intermediaria y matriz de TSG, tampoco constituyó una inversión del Demandante en el territorio del Perú. Explica que el APPRI no ampara las inversiones indirectas de nacionales chinos en el Perú y que el país ha suscrito otros tratados en los que expresamente protege las inversiones indirectas. Agrega además que el Demandante no ha demostrado su adquisición de las acciones de la empresa o que ejerce control sobre la misma.³⁵

81. Por último, indica que el Demandante no ha proporcionado los documentos que evidencien su compra directa del 90% de las acciones de TSG en febrero 27 de 2005.³⁶ Agrega que en todo caso esta adquisición, si hubiese ocurrido, no puede permitirle al Demandante valerse del APPRI por razones de conveniencia y equivaldría además a darle un mejor derecho del que le asistía a Linkvest, una compañía de las Islas Vírgenes Británicas.³⁷

³⁴ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 215-221, citando entre otras fuentes el Laudo en *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru* (Caso CIADI No. ARB/03/4) de 7 de febrero de 2005, párrafo 48) y la Decisión en *El Paso Energy Internacional Company v. The Argentine Republic* Caso CIADI No. ARB/03/15) de 27 de abril de 2006, párrafos 61-62. Ver también escrito Post-Audiencia de la Parte Demandada, párrafos 64-71.

³⁵ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 93-98. Ver también escrito Post-Audiencia de la Parte Demandada, párrafos 56-60.

³⁶ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 93-98.

³⁷ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 222-234, citando entre otras fuentes, el laudo en *Mihaly Internacional Corp. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Caso CIADI No. ARB/00/2) Laudo de 15 de marzo de 2002, párrafo 24; y *Banro American Resources Inc. and Société Aurifère du Kivi et*

(2) Argumentos de la Parte Demandante

82. En su Memorial de Contestación, el Demandante explica que sus reclamos versan sobre la imposición de “Medidas Preventivas de Embargo” por la SUNAT el 28 de enero de 2005 y su negativa a levantarlas el 2 de marzo de 2005. Alega el Demandante que los hechos acaecidos con anterioridad a esa fecha meramente ilustran el contexto en el cual la SUNAT adoptó las medidas en cuestión pero no se encuentran en disputa.³⁸

83. La Parte Demandante indica además que en todo caso ha proporcionado los documentos que demuestran su control de la empresa intermediaria Linkvest y su inversión indirecta en el Perú a través de la misma a partir del mes de febrero de 2002. Argumenta que el APPRI ampara las inversiones indirectas en el Perú a través del Protocolo del mismo en el cual se le conceden a inversionistas y sus inversiones en el territorio del Perú trato no menos favorable que aquel otorgado a inversionistas de la República del Perú. Agrega por último, que en todo caso, otros laudos confirman un mismo resultado bajo el derecho internacional de las inversiones.³⁹

(3) Análisis del Tribunal

84. El Memorial de objeciones de jurisdicción y admisibilidad presentado por la Parte Demandada contiene los siguientes argumentos:

- El Demandante no ha demostrado que llevó a cabo una inversión en el Perú al momento de surgir la disputa.

du Maniema SARL v. Democratic Republic of the Congo (Caso CIADI No. ARB/98/7) Laudo (extractos) de 1 de octubre de 2000, párrafos 5 y 6. Ver también escrito Post-Audiencia de la Parte Demandada, párrafos 72-74.

³⁸ Memorial de Contestación, párrafos 261-266. Ver también escrito Post-Audiencia de la Parte Demandante, párrafos 25-34.

³⁹ Memorial de Contestación, párrafos 110-112 y 267-285, citando entre otras fuentes: el Laudo en *Mr. Franz Sedelmayer vs. The Russian Federation* de 7 de julio de 1998 y la Decisión en *Siemens A.G. y República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8) de 3 de agosto de 2004, párrafo 137. Ver también escrito Post-Audiencia de la Parte Demandante, párrafos 17-24.

- El APPRI no protege las inversiones indirectas de inversionistas chinos en el Perú.

(a) El Demandante sí tenía una inversión en Perú al surgir la disputa

85. La Parte Demandada argumenta que el Demandante no ha demostrado que llevó a cabo inversiones en territorio peruano con anterioridad al surgimiento de la disputa. En primer lugar explica que la constitución de Linkvest en enero del 2002, a su vez, no constituyó una inversión en territorio peruano y que la adquisición de TSG por Linkvest en mayo de 2002 no fue la inversión directa de un nacional chino. En segundo lugar, agrega, que la adquisición directa de acciones de TSG en el Perú por parte del Demandante en febrero de 2005, habría ocurrido con posterioridad al surgimiento de la disputa.

86. A estos efectos, al Tribunal le corresponde confirmar bajo el Convenio CIADI y el APPRI lo siguiente:

- Que la controversia se presenta entre un inversionista de un Estado o Parte Contratante y otro Estado o Parte Contratante.
- Que la controversia surge directamente de, y es relativa a, una inversión del inversionista en el territorio del otro Estado o Parte Contratante.

87. La labor del Tribunal en este caso entonces es la de verificar que el Demandante haya llevado a cabo una inversión en territorio peruano con anterioridad al surgimiento de la disputa. La disputa entre las Partes surge de una auditoría de la SUNAT a la compañía TSG que comenzó en mayo de 2004 y que dio lugar al embargo de las cuentas bancarias del Demandante el 28 de enero de 2005.

88. Para el Tribunal, es evidente que el Demandante llevó a cabo una inversión en el Perú mucho antes que siquiera se iniciara la auditoría de la SUNAT. Así lo demuestran en su conjunto los documentos presentados por el Demandante y cuya veracidad no ha sido cuestionada por la Parte Demandada:

- 20 Noviembre, 2001: El Demandante, Sr. Tza Yap Shum, le solicita al Sr. Orlando Siu incorporar una compañía en el Perú como parte de un proyecto pesquero y sugiere entre otros que lleve el nombre de TGS Perú.⁴⁰
- 7 Diciembre, 2001: El Sr. Siu constituye la empresa TSG Perú S.A.C. (TSG) en el Perú declarando como objeto social entre otros la elaboración y fabricación de harina de pescado.⁴¹
- Diciembre 2002: El Sr. Shum suscribe tres acuerdos con terceras personas en lo que se declara que es dueño de un proyecto de inversión en la industria de harina de pescado en el Perú y que controla el mismo a través de TSG y de una segunda compañía que incorporará *offshore*.⁴²
- 31 Enero, 2002: Se constituye la empresa Linkvest Internacional Ltd. en las Islas Vírgenes Británicas cuyo accionista y beneficiario único es el Sr. Tza Yap Shum.⁴³
- 7 Febrero, 2002: Se enmiendan los acuerdos del mes de diciembre de 2002 para indicar que el nombre de la compañía *offshore* a través de la cual el Sr. Shum canalizará su inversión en el Perú es Linkvest.⁴⁴
- 6 Mayo, 2002: Linkvest adquiere el 90% de las acciones de la compañía TSG.⁴⁵
- 27 Febrero, 2005: El Sr. Shum adquiere directamente el 90% de las acciones de TSG de parte de Linkvest.⁴⁶

⁴⁰ Carta del Demandante a la Secretaría del 30 de mayo de 2008 anexando su producción documental (última página de la misma) y Anexo II-10 del Memorial de Contestación.

⁴¹ Anexo D a la solicitud de arbitraje.

⁴² Carta del Demandante a la Secretaría del 30 de mayo de 2008 anexando su producción documental.

⁴³ Anexo M a la solicitud de arbitraje y Anexo II-10 del Memorial de Contestación.

⁴⁴ Carta del Demandante a la Secretaría del 30 de mayo de 2008 anexando su producción documental y Anexo II-10 del Memorial de Contestación.

⁴⁵ Anexo L a la solicitud de arbitraje y Anexo II-10 del Memorial de Contestación.

⁴⁶ Anexo L a la solicitud de arbitraje y Anexo II-10 del Memorial de Contestación.

89. De los documentos aportados por el Demandante se advierte que el Sr. Shum actuó desde un principio como gestor de un proyecto de inversión en la industria de harina de pescado en el Perú. Para ello primero gestionó la constitución de TSG en el Perú para ejercer la actividad productiva y posteriormente la de Linkvest en las Islas Vírgenes como medio a través del cual canalizar su control y su flujos financieros hacia TSG. Adicionalmente a lo anterior también es evidente que el Demandante ejerció derechos de propiedad y el control sobre TSG en su calidad de promotor de TSG y accionista mayoritario de Linkvest.

90. Por esta razón, no es necesario entrar a determinar el impacto de la adquisición directa de TSG por parte del Demandante en 27 febrero de 2005. Si bien es cierto que dicha adquisición ocurrió con posterioridad a los hechos que dieron origen a la disputa y a las medidas cautelares sobre las cuales reclama el Demandante, en virtud de lo anterior la misma no afecta la capacidad del Demandante de reclamar bajo el APPRI.

(b) El APPRI sí ampara las inversiones indirectas de inversionistas chinos en Perú

91. De acuerdo con sus presentaciones escritas y orales, la Parte Demandada también argumenta que el APPRI no ampara las inversiones indirectas de nacionales chinos en el Perú. A este respecto es importante hacer unas aclaraciones preliminares.

92. En primer lugar no sobra aclarar que la objeción de la Parte Demandada a este respecto no gira en torno a la capacidad del inversionista de reclamar en su calidad de accionista indirecto de TSG.⁴⁷ Más bien, su objeción está enfocada a cuestionar si la decisión del inversionista de canalizar su inversión a través de Linkvest, una compañía de las Islas Vírgenes Británicas, lo excluye del ámbito de aplicación del Convenio CIADI y el APPRI.

⁴⁷ Objeción que por cierto ha sido objeto de varios laudos recientes sobre reclamos presentados en contra de la República Argentina y en los cuales se ha reconocido la capacidad de accionistas indirectos y minoritarios de presentar reclamos bajo el Convenio CIADI y los APPRI respectivos.

93. En segundo lugar, se observa que habiéndose establecido que el Demandante goza de la nacionalidad china y que ejerce la propiedad y el control último sobre la inversión (TSG), no estamos frente a una situación en la que el Demandante esté asumiendo una nacionalidad de conveniencia para valerse de las protecciones que le asisten a los ciudadanos chinos bajo el Convenio CIADI y el APPRI.⁴⁸

94. Por último, en las presentaciones escritas y orales de la Parte Demandada, no se ha demostrado que bajo el derecho internacional de las inversiones existe por principio una prohibición o exclusión a las inversiones indirectas. Al contrario, existen fuentes que indican lo contrario tanto respecto del Convenio CIADI como del derecho internacional de las inversiones.

(c) Antecedentes relevantes

95. El párrafo primero del Artículo 25 del Convenio CIADI simplemente establece que: “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....”

96. De lo anterior no se advierte que el Convenio establezca diferencia alguna entre las inversiones directas e indirectas. Por lo tanto, verificado el requisito de que existe una inversión, al Tribunal no le corresponde entrar a hacerla y menos atribuirle efectos jurídicos a la misma. La conclusión del Tribunal a este respecto se ve apoyada por el caso *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal* en el cual el Tribunal arbitral no vio obstáculo alguno para afirmar su

⁴⁸ Por lo tanto, no es una situación afín a la que han tratado otros tribunales arbitrales y en los que se ha discutido las condiciones bajo las cuales procedería levantar el velo corporativo de una persona jurídica demandante para dilucidar las personas que en última instancia controlan y se benefician de la inversión.

jurisdicción no obstante los inversionistas Belgas habían canalizado su inversión en Senegal a través de una sociedad de un tercer país no contratante del Convenio CIADI.⁴⁹

97. Por parte del derecho internacional en materia de arbitraje internacional de inversiones, existen también precedentes en los que no se han identificado obstáculos a la jurisdicción de los tribunales ya sea bajo el Convenio CIADI o los AAPPRI respectivos al amparo de los cuales se presentaron los reclamos.⁵⁰

98. Por ejemplo, el Tribunal en *Waste Management Inc. v. Estados Unidos Mexicanos* apoyándose en una definición amplia del término “inversión” en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte concluyó que “cuando un tratado consigna en detalle y con precisión los requisitos necesarios para hacer una reclamación, no cabe la implicación de que el tratado incorpora otros requisitos, ya sea con base en supuestos requisitos de derecho internacional general en el campo de la protección diplomática o de otro tipo. *Si las Partes del TLCAN hubiesen deseado restringir sus obligaciones en materia de conducta a empresas o inversiones que tuviesen la nacionalidad de una de las otras Partes, habrían podido hacerlo...La nacionalidad de una compañía controladora intermediaria no es pertinente a esta reclamación*” (énfasis es obra del Tribunal).⁵¹

99. Más recientemente otro tribunal, en el caso *Société Générale v. The Dominican Republic* llegó a una conclusión similar. Valiéndose de una definición amplia del término “inversión” en el APPRI subyacente entre Francia y la República Dominicana afirmó lo siguiente: “*El Tribunal también constató que el Tratado, al definir inversión de la manera amplia explicada, incluyendo las formas minoritarias o indirectas de participaciones accionarias, necesariamente*

⁴⁹ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, (Caso CIADI No. ARB/82/1), Laudo del 25 de febrero de 1988, párrafos 35-38. Ver también la nota introductoria de la Secretaría del CIADI al Laudo, disponible en la página de Internet de la misma.

⁵⁰ Adicionalmente, a los casos que se anotan a continuación, un ejemplo de ello es el caso en *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Republic of Kazakhstan*, (Caso CIADI No. ARB/01/6) Laudo del 7 de Octubre del 2007, sección 9.4.8.

⁵¹ *Waste Management Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2), Laudo de 30 de abril 30 de 2004, párrafo 85.

*implica que pueden existir una o más capas de empresas intermedias con interés que intervengan entre el demandante y la inversión.*⁵² (Traducción del Tribunal)

100. Los ejemplos anteriores bien pueden diferenciarse del caso que nos ocupa partiendo del lenguaje particular empleado en cada uno de los AAPPRI que ampararon esas controversias y que sí hicieron distinción entre inversiones directas e indirectas. Sin embargo, una lectura pausada de estos casos, permite advertir que la preocupación principal de los tribunales era la de dilucidar la nacionalidad de los inversionistas y no la de vehículos societarios a través de los cuales se había canalizado la inversión. En otras palabras, para efectos de afirmar su jurisdicción en razón a su materia, esos tribunales han entendido como su labor primaria la de identificar la inversión, no en cuanto a la forma en que fue canalizada, sino a su vínculo efectivo con inversionistas que cumplen con los requisitos de nacionalidad bajo el Convenio CIADI y los AAPPRI respectivos.⁵³

101. Esto lo ha explicado de forma muy clara el Tribunal en el caso de *Siemens A.G. c. República Argentina* al afirmar lo siguiente:

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,

⁵² *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic*, Laudo de Objeciones Preliminares a la Jurisdicción, de 19 de septiembre de 2008, párrafo 52 y Anexo 1. Es importante que tal como lo ilustra el Anexo, varias de las compañías intermedias entre el inversionista y su inversión estaban incorporadas en terceros países.

⁵³ Ver en términos generales es escrito de Cristoph Schreuer, “Shareholder Protection in international investment Law.”

una lectura literal del Tratado no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas (el subrayado es del Tribunal).⁵⁴

(d) Interpretación del APPRI en cuestión

102. Con las anotaciones anteriores en mente, al Tribunal procede a interpretar el APPRI de acuerdo con las reglas que al respecto 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 términos 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 la intención común de las Partes Contratantes.⁵⁵

103. 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.

104. Tal como ha sido descrito anteriormente, el aparte 1(2) del APPRI simplemente establece que “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...” Por lo tanto, el Tribunal no puede imponerle al Demandante más requisitos que los que expresamente establece el APPRI.

⁵⁴ *Siemens A.G. v. República Argentina*, Decisión sobre jurisdicción, de 3 agosto de 2004, párrafo 137. El Tribunal es conciente que existe la preocupación en casos como *Enron Corporation et. al. v. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3) sobre el impacto que un número plural de sociedades interpuestas puedan tener sobre el vínculo efectivo entre la inversión con los inversionistas. No sobra recordar que en el caso que nos ocupa, el inversionista es de lejos el accionista mayoritario en la única sociedad interpuesta que lo separa de la inversión.

⁵⁵ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Artículo 31. Ver a este respecto las Decisiones en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, (Caso CIADI No. ARB/03/17) Decisión de Jurisdicción de 16 de mayo de 2006, párrafo 54; *Nacional Grid PLC v. The Argentina Republic*, UNCITRAL, Decisión de Jurisdicción de 20 de junio de 2006), párrafo 80. El Tribunal toma nota de la Declaración de la Dra. María del Carmen Vega, negociadora del APPRI, sobre las diferencias en las definiciones de personas jurídicas o entidades económicas respecto de la República del Perú y de la República Popular China. En este caso, el Demandante es una persona natural y el Tribunal se ajusta a las definiciones que respecto de esta categoría establece el APPRI. El Tribunal advierte, sin embargo, que las definiciones de personas jurídicas en el APPRI tampoco limitan la capacidad de las mismas de canalizar sus inversiones a través de terceros países y en todo caso limitan la capacidad de personas jurídicas del Perú que invierten en China (y no la de personas jurídicas Chinas invirtiendo en el Perú) a aquellas controladas directa o indirectamente por nacionales del Perú.

105. Por su parte, el aparte 1(1) del APPRI establece que “[E]l 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 clase de participación en compañías;*
- c. *Derechos sobre dinero o cualquier otra obligación que tenga valor económico;*
- d. *Concesiones conferidas mediante ley o bajo contrato, incluyendo concesiones para la prospección o explotación de recursos naturales.*⁵⁶

106. De lo anterior, el Tribunal interpreta, que las Partes Contratantes en su intención de promover y proteger las inversiones, optaron por definirlas a través de una formulación amplia que por regla general amparara todo tipo de inversiones. Adicionalmente, a consideración del Tribunal no se ha presentado prueba que las inversiones indirectas no estén “*de conformidad con las leyes y reglamentos*” de la República del Perú.⁵⁷ Por lo tanto, el Tribunal no encuentra indicaciones en el APPRI que lo lleven por principio a excluir del ámbito de aplicación del Tratado las inversiones indirectas de nacionales chinos en territorio Peruano particularmente cuando se prueba que ejercen la propiedad y en control sobre las mismas.

107. El Tribunal esperaría que una limitación en este sentido hubiese sido plasmada de forma expresa en el APPRI. Por ejemplo, las Partes Contratantes al APPRI bien pudieron acordar un artículo por medio del cual le denegarían los beneficios del Tratado a aquellos inversionistas calificados bajo el mismo pero con inversiones canalizadas a través de terceros países.

⁵⁶ El énfasis en ciertos apartes del texto de Artículo 1 del APPRI son obra del Tribunal.

⁵⁷ Al contrario, ambas Partes han explicado que la Constitución de la República del Perú consagra la igualdad de condiciones para inversionistas nacionales y extranjeros. Ver Memorial de Contestación, párrafos 268-269, y Declaración de María del Carmen Vega, párrafos 40-42 y Anexos 8 y 10.

108. De lo contrario, el Tribunal estaría arbitrariamente en este caso excluyendo de antemano una categoría de personas naturales del ámbito de aplicación del APPRI y para efectos prácticos estaría enmendando la definición de “inversionistas” con la que el Tratado cubre a todas las personas naturales que tengan nacionalidad de la República Popular China de acuerdo con sus leyes. Esto a su vez resultaría en un ejercicio hermenéutico inusual, en la medida en que el Tribunal estaría infiriendo conclusiones no de los objetivos expresos del APPRI de promover y proteger las inversiones, sino de excepciones implícitas a los mismos.

109. El análisis del Tribunal no se ve alterado por las advertencias sobre otros tratados de inversiones suscritos por las partes al APPRI con terceros países en los que aparentemente y a diferencia del APPRI sí protegerían de forma expresa las inversiones indirectas. El Tribunal no advierte en ellos razones determinantes sobre el tema en consideración. Por esta razón, el Tribunal no ve mayor utilidad en valerse de otros tratados, particularmente cuando a su consideración no ha sido sometido el universo de tratados de inversión suscritos por las partes al APPRI.

110. El Tribunal sin embargo toma nota que el lenguaje utilizado en los tratados mencionados para referirse a las inversiones indirectas parecería en algunos casos tener propósitos meramente aclarativos o ilustrativos. Incluso en otros casos, el propósito principal del lenguaje utilizado estaría más enfocado a extender la protección de los tratados respectivos a los accionistas indirectos de una compañía que constituye en sí la inversión, y no a diferenciar si la inversión fue canalizada a través de un tercer país.⁵⁸

111. De acuerdo con lo expuesto con anterioridad, el Tribunal considera que el APPRI protege las inversiones indirectas de las personas naturales de nacionalidad china en el territorio del

⁵⁸ Específicamente, se hizo referencia a los siguientes apartes de tratados suscritos por la República del Perú: el Artículo 1(1)b del Tratado entre la República del Perú y el gobierno de la República en el que se establece: “[E]l término “inversión designa todos los activos tales como bienes, derechos e intereses de toda naturaleza y, en particular, aunque no exclusivamente: [...] (b) Las acciones, primas en emisión y otras formas de participación, sean minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes; y el Artículo 1(2) del Tratado entre la República del Perú y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa “[T]he term “investment” shall mean every kind of asset and any direct or indirect contribution in cash, in kind or in services, invested or reinvested in any sector of economic activity.”

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 en control de las mismas.

c. El Demandante no ha presentado un reclamo *prima facie* de expropiación

(1) Argumentos de la Parte Demandada

112. La Parte Demandada argumenta en su Memorial de Objeciones que el Demandante no presentó un reclamo que *prima facie* califique como una expropiación bajo el Artículo 4 del APPRI. Argumentó que este es un requisito de carácter objetivo y su evaluación puede requerir una interpretación definitiva de la cláusula respectiva del APPRI. De acuerdo con la Parte Demandada, el Tribunal debe determinar si las violaciones alegadas por el Demandante encajan dentro de las cláusulas del Tratado y le permiten por lo tanto ejercer jurisdicción *rationae materiae*.⁵⁹

113. La Parte Demandada también argumenta que el Demandante debe probar que el Perú interfirió con su inversión de manera que haya privado sustancialmente a la misma de su valor económico, uso o goce. Agregó que dicha interferencia debe ser de una magnitud tal que sea equivalente a una toma efectiva de la propiedad. De acuerdo a su parecer, la inversión no fue llevada a la bancarrota como resultado de las medidas de la SUNAT, ni la viabilidad económica y las actividades de la compañía resultaron destruidas o paralizadas. Al contrario, afirma que TSG llevó a cabo exportaciones tras las medidas de la SUNAT y en su solicitud ante la INDECOPI acogiendo a un “*Procedimiento Concursal Preventivo*” claramente afirmó conservar su viabilidad económica.⁶⁰

⁵⁹ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 183-194, citando entre otras fuentes *SGS Société Générale de Surveillance v. Republic of the Philippines* (Case CIADI ARB/02/6) Decision de Jurisdicción de 29 de enero de 2004, párrafos 26 y 157; *Methanex Corp. v. United States of America* UNCITRAL Laudo Parcial de 7 de agosto de 2002, párrafos 117-118; *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (Caso CIADI No. ARB/02/13) Decisión de Jurisdicción de 9 de noviembre de 2004, párrafo 151.

⁶⁰ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafos 195-207, citando entre otras las siguientes fuentes: *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary* (Caso CIADI ARB/04/15) Laudo de 13 de septiembre de 2006, párrafo 65; *Sempra Energy Internacional v. The Argentine Republic* (Caso

(2) Argumentos de la Parte Demandante

114. La Parte Demandante explica en su escrito que a su parecer el Tribunal debe pronunciarse sobre este tema en una etapa de fondo. Sin embargo, procedió a presentar argumentos que explican en su opinión el impacto expropiatorio de las medidas de la SUNAT. En primer lugar, afirma que las operaciones de producción de TSG sí resultaron paralizadas como resultado de las medidas de la SUNAT. El Demandante explica que las exportaciones realizadas con posterioridad fueron de inventarios existentes y para el cumplimiento de compromisos contractuales. En segundo lugar explica que las manifestaciones de TSG respecto de la viabilidad económica de su negocio eran requisitos de ley en la presentación de su solicitud de *Procedimiento Concursal Preventivo* y que en todo caso giraron en torno a la habilidad de la empresa de cumplir sus obligaciones existentes a esa fecha.⁶¹

115. La Parte Demandante explica que las medidas de embargo por la SUNAT fueron tomadas arbitrariamente con base en una deuda tributaria presunta cuya exigibilidad se ha impugnado. El Demandante explica que el impacto de las medidas de la SUNAT consistió en impedir que TSG prosiguiera con su actividad productiva incluyendo su habilidad de utilizar normalmente el sistema financiero.⁶²

(3) Consideraciones del Tribunal

116. El Tribunal toma nota inicialmente de la posición de la parte Demandada. A su parecer, para que el Tribunal pueda asumir jurisdicción, el reclamo de expropiación debe – por lo menos a prima vista (i.e. *prima facie*) – encajar dentro de la tipología que a estos efectos establece el Artículo 4 del APPRI.

117. El Artículo 4 del APPRI en su numeral primero establece lo siguiente:

CIADI No. ARB/02/16), Laudo de 28 de septiembre de 2007, párrafo 285) y *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/01/8) Laudo de 12 de mayo de 2005, párrafos 262 y 468-69.

⁶¹ Memorial de Contestación, párrafos 225-239.

⁶² Memorial de Contestación, párrafos 239-257.

- a. Ninguna de las Partes Contratantes expropiara, nacionalizará o tomará medidas similares (en adelante denominadas "expropiación") en contra de inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio, a menos que se reúnan las siguientes condiciones:
 - (1) Por el interés público;
 - (2) En virtud de un procedimiento legal interno;
 - (3) Sin discriminación;
 - (4) A cambio de compensación.

118. La Parte Demandada enfatiza que el Artículo es una norma de carácter objetivo y su evaluación puede requerir una interpretación definitiva de la misma. El Tribunal observa que ni el APPRI, ni el Convenio CIADI junto con sus Reglas de Arbitraje requieren en esta etapa preliminar que el Tribunal entre a interpretar de forma definitiva los alcances del Artículo 4. Al contrario, el Artículo 41 del Convenio establece lo siguiente:

- a. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.
- b. Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

119. De forma similar, el numeral 4 de la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje también dispone que el Tribunal “podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia.”

120. Establecido esto y para efectos de la objeción de la Parte Demandada con respecto al Artículo 4, el Tribunal entiende que su labor se limita a cumplir lo exigido por el Artículo 25 del Convenio CIADI, al verificar en cuanto a la materia del reclamo que se trata de una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión.

121. Para ello, de acuerdo con el Artículo 44 del Convenio CIADI, el Tribunal tiene la facultad de resolver cualquier cuestión de procedimiento no prevista. El Tribunal no es ajeno a la aproximación que han adoptado numerosos tribunales siguiendo la opinión sentada por la Juez

Rosalyn Higgins en su voto particular a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Relativo a las Plataformas Petrolíferas* del 12 de diciembre de 1996.

122. De acuerdo con dicha opinión, el Tribunal puede provisionalmente aceptar como verdaderos los hechos tal como los ha descrito la Parte Demandante y evaluar si los mismos razonablemente vulnerarían el Artículo 4 del APPRI. Con esto en mente y para efectos de esta etapa preliminar, el Tribunal opina que a primera impresión los hechos tal como han sido descritos por la Parte Demandante podrían en razón a su materia vulnerar el Artículo 4 del APPRI. Restará ver si en la etapa de fondo, la Parte Demandante presenta prueba suficiente de los mismos y demuestra como efectivamente vulneran la anotada disposición.⁶³

123. Aun 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. Precisamente esta es la forma en que la Parte Demandante ha presentado su reclamo bajo el Artículo 4.

124. 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.

125. Con esto el Tribunal no quiere sugerir que existan o no antecedentes afines los cuales ameriten voluminosas disquisiciones sobre sus similitudes o diferencias con el caso que nos ocupa. La intención del Tribunal simplemente es la de explicar por que, a primera impresión y para efectos de esta etapa procedimental, el reclamo de la Parte Demandante no puede ser descartado *a priori*.

⁶³ El Tribunal es consciente de precedentes en los que se ha considerado necesario constatar objetivamente la conducta objeto del reclamo. En este caso, sin embargo, la Parte Demandada, de buena fe por cierto, no controvertió la existencia objetiva de los hechos sino su caracterización legal.

Más allá de esto, el Tribunal no quiere entrar a caracterizar los hechos que subyacen al reclamo de la Parte Demandante. Varias razones le asisten al Tribunal en esta intención.

126. En primer lugar, independientemente de haber recibido detalladas las presentaciones escritas y orales de las Partes, el Tribunal no ha tenido oportunidad de estudiar la prueba allegada al expediente en todos sus efectos. Como se explicó anteriormente, en esta etapa procesal, el Tribunal ha estudiado la prueba únicamente en la medida que le permite satisfacer los requisitos mínimos de jurisdicción exigidos por el Convenio CIADI y el APPRI.

127. En segundo lugar, las Partes no han tenido la oportunidad de presentar todos los medios probatorios que les asistirían en sus argumentos. De acuerdo con la Resolución Procesal No. 3 del Tribunal, la etapa inicial de producción de documentos quedo restringida exclusivamente al tema de jurisdicción. En una segunda etapa entonces, las Partes podrán ampliar sus solicitudes de producción de documentos a temas de fondo. Razón por la cual, el Tribunal no considera apropiado a estas alturas, entrar a tomar posiciones definitivas sobre los hechos alegados frente al Artículo 4 del APPRI.

128. En virtud de lo anterior, y bajo los derechos que le asisten bajo los Artículos 41 y 44 del Convenio CIADI, el Tribunal concluye que la Parte Demandante sí ha presentado un reclamo *prima facie* de expropiación.

d. Los reclamos del Demandante respecto de la expropiación no se encuentran comprendidos dentro de la disposición sobre resolución de diferencias del APPRI – Artículo 8

(1) Argumentos de la Parte Demandada

129. La Demandada manifiesta que la oferta de arbitraje de Perú está prevista en una cláusula de resolución de diferencias específica, el Artículo 8(3) del APPRI. Dicha disposición tiene un alcance limitado – haciendo referencia solamente a controversias “que involucren el monto de la compensación por la expropiación.” La Demandada sostiene que la controversia planteada por el Demandante no se encuentra comprendida dentro del alcance del ofrecimiento de Perú de someterse

a arbitraje, de conformidad con el Artículo 8(3).⁶⁴ Por ende, la supuesta aceptación del Demandante de la oferta de arbitraje de Perú es nula y no puede constituir la base del ejercicio de la jurisdicción. La carga de la prueba de tal consentimiento, según la Demandada, claramente recae sobre el Demandante.

130. En su interpretación general del APPRI, y del Artículo 8(3) en particular, la Demandada señala que la guía del Tribunal debe ser la Convención de Viena y, en particular, los Artículos 31 y 32. La Demandada sostiene que la letra del Artículo 8(3) del APPRI es clara y no adolece de ambigüedad, y que dicho artículo debería ser interpretado y aplicado como tal. Asimismo, la Demandada indica que el trabajo preparatorio del APPRI confirma el significado simple y claro de sus disposiciones.

131. En apoyo a su posición, la Demandada presentó 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 aun 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

⁶⁴

Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, páginas 105-145.

inversionista.⁶⁵ 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.⁶⁶

132. La Demandada hace referencia de manera específica a los términos de la solicitud de arbitraje del Demandante, que incluye las siguientes violaciones del Tratado alegadas por Perú:

133. En su solicitud, el Demandante alega que el Perú violó las siguientes obligaciones bajo el TBI Perú-China:

- (i) Obligación de tratar de manera justa y equitativa a las inversiones bajo el Artículo 3(1);
- (ii) Obligación de otorgar protección con relación a las inversiones bajo el Artículo 3(1);
- (iii) Obligación de compensar en el evento de expropiación o medidas similares bajo el Artículo 4; y
- (iv) Obligación de permitir la transferencia de capital y utilidades bajo el Artículo 6 (Solicitud sección 6.19).⁶⁷

134. Según la Demandada, ninguna de dichas violaciones alegadas involucran el “monto de compensación por expropiación.” Por ello afirma que el Perú no ha prestado su consentimiento para arbitrar dichas controversias y el Tribunal no es competente para resolverlas.⁶⁸ De acuerdo con el argumento de la Demandada, la única clase de controversia que puede ser decidida de

⁶⁵ Opinión Legal de, Prof. An Chen, 26 de marzo de 2008, página 137.

⁶⁶ La Opinión del Prof. Chen, página 138; APPRI, Artículo 8(3).

⁶⁷ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada,; solicitud de arbitraje , sección 6.19.

⁶⁸ Ver , Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada párrafo 122.

conformidad con el arbitraje del CIADI es aquella que involucre el monto de la compensación debida al inversionista habiéndose confirmado con anterioridad una expropiación indebida.⁶⁹

135. Para fundamentar aún más su postura, la Demandada presentó el testimonio de María del Carmen Vega, una negociadora principal del APPRI en nombre y representación del Gobierno de Perú, junto con la Declaración Testimonial del Sr. Jianghong Fan, quien había estado involucrado en la negociación del Tratado por ser funcionario del Ministerio de Comercio chino entre los años 1992 y 1994. Estos testigos coincidieron en que las negociaciones entre Perú y China se encontraban esencialmente basadas en el borrador chino del APPRI.⁷⁰ Asimismo coincidieron en que en las primeras negociaciones, el borrador estipulaba que, en caso de que una controversia no pudiera resolverse a través de negociaciones directas, el inversionista o el Estado Contratante podían recurrir a la corte competente del Estado receptor.

136. La Demandada señala que en 1993, con posterioridad a que el Convenio CIADI entrara en vigencia para Perú, el país modificó su propuesta y sugirió que se permitiera a las partes elegir entre una corte local del Estado receptor y el arbitraje del CIADI. Nuevamente, sin embargo, estos testigos declararon que, a pesar de que el Convenio CIADI también hubiera entrado en vigencia para China en 1993, China insistía en mantener su postura inicial. La Demandada también enfatiza la notificación de China al CIADI luego de acceder al Convenio en la que estableció que:

[D]e conformidad con el artículo 25, inciso 4 del Convenio, el Gobierno chino considera someter las controversias respecto de la compensación que resulte de la expropiación y la nacionalización a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.⁷¹

⁶⁹ Ver Escrito Post-Audiencia de la Demandada párrafo 85.

⁷⁰ Ver Escrito Post-Audiencia de la Demandada , párrafo 87.

⁷¹ El Sr. Fan estuvo involucrado en el borrador de la notificación de China y confirmó su significado (Fan página 23): “En la notificación, China claramente estableció que solamente sometería a la jurisdicción del CIADI controversias sobre la compensación que resulte de la expropiación y de la nacionalización. Esto era consistente con el enfoque de China de la negociación de sus BIT.” Declaración Testimonial del Sr. Jianghong Fan del 10 de septiembre de 2009, página 24.

137. Finalmente, la Demandada ha presentado el testimonio y documentos en apoyo a su posición de que las cortes peruanas tienen plena capacidad para expedirse respecto de la legalidad de toda expropiación de la inversión del Demandante en Perú, así como también respecto de todo otro derecho del inversionista que supuestamente se hubiere violado en la presente controversia.

(2) Argumentos de la Parte Demandante

138. La apreciación del Demandante respecto de la situación jurídica y letra del APPRI es muy diferente. El Demandante sostiene que el lenguaje utilizado en el Artículo 8 incluye tanto la expropiación directa como la indirecta. El Demandante toma las palabras “nacionalizar” y “o tomar medidas similares” en el Artículo 4(1) del APPRI en apoyo a su postura de que el APPRI incluye protecciones contra la expropiación indirecta o progresiva.⁷² Las acciones tomadas por el Gobierno peruano en esta causa, según el Demandante, resultan en una expropiación indirecta, *de facto*, o progresiva. De acuerdo con el Demandante, el APPRI dispone la resolución de controversias que surjan de las alegadas acciones y el Gobierno de Perú, por ende, se encuentra obligado en virtud de su consentimiento por escrito al arbitraje del CIADI por las consecuencias legales de dichas acciones.

139. La Demandada sostiene que la interpretación restrictiva que Perú realiza del lenguaje del APPRI esencialmente deja a los inversionistas en una posición de total vulnerabilidad legal que resultaría perjudicial para sus intereses.⁷³

140. El Demandante hace énfasis sobre el contexto y el propósito del APPRI. Sostiene que los argumentos de la Demandada representan una interpretación literal y formalista. El enfoque apropiado, de acuerdo con el Demandante, enfatizaría aún más el contexto global del sistema de protecciones establecido para fomentar la inversión extranjera y la necesidad de proteger los

⁷² Memorial de Contestación párrafos 125-140. Mientras que el Demandante emplea un esfuerzo considerable para argumentar que el lenguaje del APPRI involucra la expropiación “indirecta” (Memorial de Contestación, párrafos 125-140), parece no existir disputa real respecto de este punto entre las Partes. Ver Transcripción de la Audiencia de Jurisdicción celebrada el 16 de octubre de 2008, página 31, volumen 2. La Demandada en su Escrito Post-Audiencia acepta este punto.

⁷³ Ver Memorial de Contestación párrafo 116.

derechos de dichos inversionistas en el Estado receptor.⁷⁴ El Demandante llama la atención al Preámbulo del APPRI que indica la intención de las Partes Contratantes de crear condiciones favorables para la inversión de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte y a que se reconozca el deseo del fomento, de la promoción y de la protección recíproca de tales inversiones como un medio conducente a estimular los negocios e incrementar la prosperidad en ambos Estados.⁷⁵ Asimismo, el Demandante sostiene que el acceso al arbitraje internacional es reconocido por la doctrina y ciertos laudos arbitrales importantes del CIADI, como una parte integral del principio de protección reconocido por el derecho internacional.⁷⁶

141. El Demandante objeta enfáticamente también el argumento presentado por el Gobierno de Perú respecto de la notificación de China al CIADI en virtud del Artículo 25(4) del Convenio. El Demandante sostiene que dicha notificación tiene únicamente fines informativos y carece de consecuencias legales directas.⁷⁷

142. Finalmente, el Demandante manifiesta que resultaría inapropiado interpretar el APPRI a los efectos de requerir una determinación preliminar de las cortes peruanas respecto de la legalidad de una alegada expropiación, especialmente ya que, de acuerdo con el análisis de la Demandante, la legislación peruana no reconoce ni dispone acciones legales en casos de expropiación indirecta.⁷⁸

(3) Análisis del Tribunal

(a) Consideraciones Preliminares

143. En todo sistema legal, árbitros y jueces generalmente confrontan el desafío de interpretar documentos negociados para crear obligaciones legales en un determinado lugar y

⁷⁴ Ver Memorial de Contestación párrafo 152.

⁷⁵ Ver Memorial de Contestación párrafo 154. Ver asimismo Preámbulo del APPRI.

⁷⁶ Ver Memorial de Contestación párrafo, cita *Emilio Agustín Maffezini v. Spain*, (Caso CIADI No. ARB/97/7), Decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000.

⁷⁷ Ver Escrito Post-Audiencia del Demandante párrafo II.6.

⁷⁸ Ver Memorial de Contestación párrafos 167-186.

momento, pero a las que se les debe otorgar un sentido en un momento posterior y, quizás, en un contexto significativamente diferente. En particular, la doctrina ha mostrado un interés considerable en las disposiciones de ciertos tratados de inversión bilateral celebrados en las décadas de los años '80 y '90, como lo es el caso del APPRI en la presente causa, en los cuales uno de los signatarios era un gobierno comunista. Desde entonces, muchas de estas naciones se han vuelto importantes destinos de inversiones directas y, en algunos casos, han llevado a cabo inversiones considerables en otros países. China, por ejemplo, ha incrementado ampliamente su participación en la economía mundial, en primer lugar, como un imán de volúmenes impresionantes de inversiones extranjeras directas y más recientemente como una fuente de financiamiento e inversión extranjera directa en muchos otros países.⁷⁹

144. La cláusula del APPRI que se dirige específicamente a la resolución de controversias es el Artículo 8 y reza de la siguiente manera:

1. Cualquier controversia entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativa a una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, resuelta amigablemente a través de negociaciones entre las partes de la controversia.
2. Si la controversia no puede resolverse a través de negociaciones dentro de un plazo de seis meses, cualquier parte de la controversia podrá someter la misma al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.
3. 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, ésta 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.

⁷⁹ Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International 2009, página 56.

4. 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.

145. Las diferentes posturas de las Partes respecto del alcance del Artículo 8 se han focalizado principalmente en la frase “que involucra el monto de la compensación por la expropiación” en el inciso tercero del Artículo 8. Variaciones de esta frase aparecen en las disposiciones sobre resolución de controversias de una gran cantidad de tratados a partir de los años '80. En general, la doctrina ha entendido que dicha frase refleja cierto grado de desconfianza o disconformidad ideológica de parte de los regímenes comunistas respecto de la inversión de capital privado, así como también, tal vez, cierta preocupación entendible, también normal en muchos otros gobiernos, respecto de la exposición a las decisiones de tribunales internacionales respecto de cuestiones sobre las que no tenían mucha experiencia y sobre las que no tenían control. Dicho lenguaje buscaba, aparentemente, crear ciertas limitaciones. Sin embargo, el alcance preciso de dichas limitaciones constituye una cuestión central que debe determinarse.

(b) Interpretación del Artículo 8 de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena

146. El Artículo 31 de la Convención de Viena establece que un tratado debe interpretarse de buena fe “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” El inciso primero del Artículo 8 del APPRI establece el primer paso en la resolución de una controversia entre un inversionista y una de las Partes Contratantes. Dicho artículo establece lo siguiente:

Cualquier controversia entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativa a una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, resuelta amigablemente a través de negociaciones entre las partes de la controversia.

147. De conformidad con el inciso 2 del Artículo 8, en caso de que las partes no pudieran resolver su controversia dentro de un período de 6 meses:

[...] cualquier parte de la controversia podrá someter la misma al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.

148. El inciso tercero del Artículo 8 estipula que si una controversia no puede ser resuelta, una parte puede solicitar que se someta al arbitraje del CIADI en circunstancias particulares:

Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta [...] ésta 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...) [...] 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 (énfasis agregado).

149. El alcance de las frases subrayadas y en particular de la frase “controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación” presenta el problema central de interpretación para el Tribunal. A simple vista, el Artículo 8(3) parece presentar una excepción al procedimiento establecido en el Artículo 8(2) – a saber, la determinación de una controversia de expropiación por las cortes del Estado receptor. El Tribunal debe determinar cuándo y para qué fines las Partes Contratantes tuvieron la intención de que este procedimiento estuviera disponible.

150. El Tribunal considera que la frase “involucra el monto de compensación por la expropiación” es susceptible de una gran variedad de significados posibles. En caso de que, según lo solicita la Demandada, se diera énfasis a las palabras “monto de la compensación.” Esto sugeriría una interpretación restrictiva, una en la que se incluyen solamente las disputas relativas a la determinación del valor de la inversión. Presumiblemente, en caso de que ésta fuese la interpretación correcta, cuestiones referentes a si la expropiación ha ocurrido o si se debe pagar compensación alguna, entre otros asuntos potencialmente importantes, se decidirán entonces de otra manera. Al otro lado del espectro interpretativo, la frase podría incluir, además del monto de la compensación, una determinación de otras cuestiones importantes relativas a la alegada expropiación. Ésta es la interpretación solicitada por el Demandante. Por diversas razones, el Tribunal decide que la última interpretación, la más amplia, resulta ser la más apropiada.

151. El Tribunal hace referencia, primero, a las palabras específicas utilizadas por el inciso tercero del Artículo 8. El APPRI utiliza la palabra “involucra” que, de acuerdo con la definición que da el Diccionario de la Real Academia Española, significa “abarcara, incluir, comprender.”⁸⁰ Una interpretación de buena fe de estas palabras indica que el único requisito establecido en el APPRI reside en que la controversia debe “incluir” la determinación de un monto de la compensación y no en que la controversia deba estar restringida a este elemento. Obviamente se encontraban otras formulaciones disponibles tales como: “limitado a” o “exclusivamente”, pero el lenguaje utilizado de esta disposición dice “involucra.”

152. El Tribunal constata que la disposición sustantiva clave del APPRI que trata la expropiación, claramente visualiza más de un área potencial de controversia a raíz de una expropiación. De acuerdo con los sub-elementos enumerados del Artículo 4 del APPRI, un inversionista que hubiese sido expropiado podría presentar una demanda “que involucra el monto de compensación por la expropiación” que podría también, naturalmente, implicar aspectos tales como (i) si realmente ha ocurrido una expropiación, nacionalización, o medida similar, (ii) si la misma se ha cumplido el requisito de haberse llevado a cabo en el interés público, (iii) si la misma se ha llevado a cabo bajo un procedimiento legal interno apropiado, (iv) si ha habido discriminación, (v) si se pagará compensación (vi) si dicha compensación ha sido equivalente al valor de las inversiones expropiadas, pagadas en moneda convertible y libremente transferible y efectuada sin demora injustificada.

153. Asimismo, el contexto del Artículo 8(3) apoya esta interpretación. De conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal debe interpretar los términos del APPRI de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto del mismo y teniendo en cuenta su objeto y fin.⁸¹ Presumiblemente, de conformidad con

⁸⁰ De igual manera, el Diccionario Oxford *Online* (disponible en <http://dictionary.oed.com>) define la palabra “involve” como “to enfold, envelope, entangle, include.”

⁸¹ Convención de Viena, Artículo 31.

el lenguaje del preámbulo del APPRI, el objetivo buscado al incluir el derecho a someter ciertas controversias al arbitraje del CIADI es el de conferir ciertos beneficios para promover las inversiones. En caso que las Partes Contratantes hubieran realmente tenido la intención de excluir las cuestiones importantes enumeradas en el Artículo 4 del proceso arbitral, el Tribunal por supuesto así lo determinaría, aunque con un cierto nivel de escepticismo respecto de si dicho mecanismo podría posiblemente ayudar a atraer inversionistas extranjeros.

154. Sin embargo, fuera de los posibles efectos de dicha disposición, el Tribunal considera que si aceptara la interpretación que la Demandada realiza del Artículo 8(3), una interpretación contextual del APPRI lo llevaría a una conclusión incoherente – a saber, que el inversionista nunca podría de hecho tener acceso al arbitraje.

155. Esta situación ocurre en virtud de que la oración final del Artículo 8(3) reza de la siguiente manera:

Las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán si el inversionista implicado ha recurrido al procedimiento especificado en el párrafo 2 de este artículo.

156. El Artículo 8(2) del Tratado, tal como se hizo notar anteriormente, dispone lo siguiente:

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

157. Estas disposiciones, leídas conjuntamente, parecen indicar que si un inversionista somete una controversia ante un tribunal competente de la Parte Contratante, se encuentra totalmente impedido de tener acceso al arbitraje del CIADI.

158. Al examinar estas disposiciones, el Tribunal ha prestado especial atención a los argumentos y a los testimonios presentados por la Demandada en el sentido de que el APPRI

establece un proceso que consiste de tres pasos⁸² y mencionado anteriormente, a saber: (1) la negociación durante un período de seis meses; (2) en caso de que la controversia no se resolviese, la opción del inversionista de dirigirse a las cortes del Estado receptor; y luego (3) solamente con posterioridad a que dicha corte hubiere decidido, en caso de que continuara una controversia respecto del monto de la compensación otorgada, la posibilidad del inversionista de tener acceso al arbitraje internacional.⁸³ Del mismo modo, la Demandada ha planteado que “la única clase de controversia que puede ser sometida a arbitraje es aquella que involucre el monto de compensación debida a un inversionista, con posterioridad a que se establezca que ha ocurrido una expropiación indebida.”⁸⁴

159. El Tribunal encuentra que dicha interpretación es directamente contraria a la última oración del Artículo 8(3). De hecho, la última oración despeja toda duda de que un inversionista (de cualquier Parte Contratante), al intentar elegir una línea de acción para resolver una controversia de conformidad con el Artículo 8, se encuentra con una cláusula de elección de foro irrevocable, conocido también por la frase en inglés “*fork in the road*.” El inversionista “tendrá derecho someter la controversia a una corte competente de la Parte Contratante” (énfasis agregado) de conformidad con el párrafo 8(2), pero si el inversionista lo hace, en virtud del párrafo 8(3), no podrá por ningún motivo aprovechar el arbitraje del CIADI para resolver una “controversia que involucre el monto de compensación por la expropiación.” Así de acuerdo con la interpretación planteada por la Demandada, en caso de que una parte solicitase someterse al arbitraje del CIADI a los efectos de la resolución de controversias que “involucren el monto de la compensación por la expropiación”, se le informaría que las partes no han prestado su consentimiento para someterse a dicho arbitraje dado

⁸² Ver, por ejemplo, párrafo 117 del Memorial de la Demandada.

⁸³ Escrito Post-Audiencia de la Demandada, párrafo 82.

⁸⁴ Escrito Post-Audiencia de la Demandada, párrafo 85.

que se le ha solicitado al inversionista que primero someta la controversia a las cortes de la respectiva Parte Contratante.⁸⁵

160. El Tribunal reconoce que la Opinión del Prof. Chen discute e intenta tratar el problema presentado en la oración final del Artículo 8(3). El Prof. Chen dice lo siguiente:

Si una controversia no pudiera dirimirse amigablemente, tanto el inversionista como el Estado receptor podrán someterla a una corte competente en el Estado receptor de la inversión. Si, luego de que dicha corte concluyera que la inversión ha sido expropiada, surgiera una controversia entre el inversionista y el Estado respecto del *monto de la compensación* debido al inversionista por el valor de la inversión expropiada, ambas partes podrán someter dicha controversia al arbitraje del CIADI. Sin embargo, el Tratado advierte que las partes no podrán recurrir al arbitraje internacional si, con anterioridad, sometieron la controversia que involucra el monto de la compensación por la expropiación a las cortes locales. (Énfasis agregado).⁸⁶

161. El Tribunal desafortunadamente no considera que el lenguaje utilizado en la oración final del Artículo 8(3) del APPRI justifique diferenciar las demandas “que involucren el monto de compensación por la expropiación” de otras demandas. La oración es categórica. Hace referencia a toda demanda sometida a “un tribunal competente de la Parte Contratante”. Así entonces, este argumento no persuade al Tribunal.

(c) Interpretación del Artículo 8 de conformidad con el Artículo 32 de la Convención de Viena

162. Para evitar dudas, el Tribunal también ha buscado guía en los medios de interpretación complementarios autorizados por el Artículo 32, incluidos los trabajos preparatorios del APPRI y las circunstancias de su conclusión. El Tribunal ha encontrado pruebas suficientes en el expediente que consisten principalmente en declaraciones de negociadores de ambas Partes Contratantes del APPRI.

⁸⁵ El Tribunal toma nota que el lenguaje “podrá someter” encontrado en el Artículo 8(2) parece ser permisivo en lugar de obligatorio. La lógica del proceso obligatorio de tres pasos sugerido parecería más débil.

⁸⁶ Opinión del Prof. Chen, párrafo 137.

163. Como una cuestión preliminar, el Tribunal también reconoce las pruebas presentadas por la Demandada en la Opinión del Profesor Chen⁸⁷ y el testimonio de la Sra. Vega⁸⁸ en las que se señaló que la China al depositar los instrumentos de ratificación del Convenio CIADI en enero 7 de 1993, notificó al Centro la clase o clases de diferencias que aceptaría someter a su jurisdicción. Dicha notificación reza de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 25(4) del Convenio, el Gobierno chino solamente consideraría someterse a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones respecto de controversias surgidas en relación con la compensación que resulta de la expropiación y la nacionalización.⁸⁹

164. El Artículo 25(4) del Convenio CIADI dispone lo siguiente:

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

165. El Tribunal constata que el mismo inciso cuarto del Artículo 25 del Convenio CIADI aclara que las notificaciones a estos efectos no condicionan el consentimiento de las partes al Convenio CIADI. El Tribunal también ha considerado debidamente si esta notificación ayuda a dilucidar la intención de las partes Contratantes al firmar posteriormente en junio de 1994 el APPRI Perú-China. A este respecto el Tribunal considera que sería cuestionable interpretar el consentimiento de las partes al APPRI en el artículo 8 del mismo, a partir de notificación que versa sobre un tratado completamente distinto como lo es el Convenio CIADI y cuyo tenor no condiciona siquiera el consentimiento de la República Popular China en el Convenio.⁹⁰ Por estas razones, el Tribunal no considera que la notificación de la República China bajo el inciso cuarto del artículo 25

⁸⁷ Párrafos 110-112, 131 de la Opinión.

⁸⁸ Declaración de la Señora Vega páginas 114-4, 8.

⁸⁹ Opinión del Prof. Chen, Ex. 30.

⁹⁰ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge Univ. Press, 2001, páginas 340-343.

del Convenio, desvirtúe el alcance del artículo 8 del APPRI cuando es interpretado de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena.

166. Respecto de los trabajos preparatorios del APPRI, el Tribunal ha resumido anteriormente el testimonio presentado por la Demandada en la Declaración Testimonial del Sr. Fan.⁹¹ El Sr. Fan estuvo involucrado en la negociación del APPRI con el Perú, así como también en la preparación de un borrador de la notificación de China al CIADI de acuerdo con Artículo 25(4) del Convenio.⁹²

167. En su Declaración Testimonial, el Sr. Fan, quien fue uno de los negociadores chinos, proporciona un ejemplo específico de la negociación. El Sr. Fan afirmó lo siguiente: “Asimismo, explicamos a nuestras contrapartes que la disposición de arreglo de diferencias en el tratado debía tener una interpretación restringida”.⁹³ El Sr. Fan luego continuó:

Recuerdo que les dimos un ejemplo claro y simple, que utilizamos para varias negociaciones: ‘ustedes pueden someter una controversia a arbitraje sin nuestro consentimiento en el caso de que nuestros tribunales decidan que ha habido una expropiación de su inversión y que se le adeudan \$6 pero ustedes creen que la deuda es de \$10’. Este ejemplo refleja el límite externo del consentimiento de la República de China respecto del arbitraje internacional.⁹⁴

168. Del lado peruano, la Demandada presentó el testimonio de María Del Carmen Vega, una negociadora principal del APPRI, quien actuó en nombre y representación del Gobierno de Perú, y a quien los abogados del Demandante dirigieron preguntas durante la audiencia. La Sra. Vega declaró que las negociaciones básicamente comenzaban y finalizaban sobre la base del

⁹¹ Párrafo 137, *supra*.

⁹² El Profesor Chen, en su Opinión Legal también proporcionó un informe sobre la participación China en tratados relacionados con el comercio internacional y le dio un énfasis especial al alcance de la disposición de arbitraje en el APPRI Perú-China. Distinguido profesor de derecho, quien ha sido consejero del Gobierno de China respecto de ciertos asuntos del CIADI. Sin embargo, según lo reflejaron los antecedentes y las credenciales (Opinión del Prof. Chen, páginas 3-5), no estuvo involucrado en la negociación del APPRI Perú-China.

⁹³ Declaración del señor Fan, párrafo. 28.

⁹⁴ *Ibid.*

lenguaje utilizado en la propuesta china.⁹⁵ La Demandada indica que las negociaciones se llevaron a cabo en inglés con la ayuda de intérpretes. El APPRI se formalizó en inglés y luego se tradujo al español, e incluyó una cláusula en la que se establecía que el texto en inglés prevalecería en el caso de divergencias de interpretación.⁹⁶

169. Según el testimonio de la Sra. Vega, Perú consideraba que los tribunales del Estado receptor eran los más adecuados para la resolución de controversias con relación a la legalidad de una expropiación. Por este motivo, el modelo de APPRI peruano inicialmente establecía que “la legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equivalente; el monto de la compensación, así como otras medidas relacionadas, deben poder someterse a un proceso judicial normal con arreglo a las leyes y los reglamentos de la Parte Contratante del lugar en el que se adoptó la medida.”⁹⁷

170. Sin embargo, luego de ratificar el Convenio CIADI, Perú presentó una nueva propuesta con dos características importantes: (1) el alcance de la cláusula de resolución de controversias en virtud del Tratado incluiría “cualquier controversia” entre un inversor y la otra Parte Contratante; y (2) luego del período inicial de negociaciones bajo términos amistosos, se debía dar a las partes la libertad de escoger ventilar la controversia no resuelta ante los tribunales competentes de la Parte Contratante o de someterla a arbitraje ante el CIADI.⁹⁸ El texto de la propuesta peruana también dejaba en claro que tanto la elección del tribunal competente de la Parte Contratante como la del arbitraje ante el CIADI serían de carácter irrevocable. El subpárrafo 3 del Artículo 9 propuesto por Perú establecía lo siguiente:

⁹⁵ El Tribunal destaca, sin embargo, que China aparentemente no contaba con un modelo de APPRI consistente, ni siquiera en 1988. Ver Anexo 29 de la Declaración del Prof. An Chen, páginas 2-3.

⁹⁶ Escrito Post-Audiencia de la Demandada, párrafo 87.

⁹⁷ Declaración de Maria Del Carmen Vega del 25 de marzo de 2008, Anexo 2, Artículo 5; ver también el Testimonio de la señora Vega durante la audiencia: Transcripción 135:22-136:5, 121:15-19; Declaración de la señora Vega, párrafo 24.

⁹⁸ Anexos 8-9 a la Declaración de la señora Vega.

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante involucrada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.⁹⁹

La respuesta de los funcionarios chinos a cargo de la negociación fue:

Lamentamos informarle que no pudimos aceptar su propuesta. Honestamente, aunque China es signataria de Convenio CIADI, la realidad es que en este momento no está en condiciones de acordar someter todas las controversias entre un inversor extranjero y el gobierno chino de conformidad con sus leyes y consideramos que ustedes pueden comprender nuestra postura.¹⁰⁰

171. Aunque este intercambio demuestra que China no estaba dispuesta a aceptar la propuesta de Perú sobre el arbitraje ante el CIADI respecto de la totalidad de los asuntos que podrían haber surgido entre un inversor extranjero y el gobierno de China (y claramente, la posición de China era, en este sentido, era más restrictiva que la de Perú), no es tampoco prueba concluyente del alcance del párrafo tercero del Artículo 8 de APPRI. En particular, no establece con claridad si el consentimiento de China se limitaba únicamente a controversias sobre el monto de compensación por expropiación o si de acuerdo al lenguaje que terminó plasmado en el APPRI comprendería controversias que involucraran además otros temas objeto del artículo 4 del APPRI..

172. Finalmente, el Tribunal también se ha comprometido a revisar cuidadosamente los AAPPRI celebrados por China antes del APPRI Perú-China¹⁰¹ y ha analizado minuciosamente la Declaración del Prof. Chen con relación a estos tratados.¹⁰² Como se indica en el párrafo 115 de la Declaración del Prof. Chen, algunos de los primeros AAPPRI chinos no contenían disposición alguna sobre la resolución de controversias, mientras que en otros la resolución de controversias se limitaba solamente a aquellas que surgían entre los Estados Contratantes. Los Tratados que sí contenían cláusulas relativas a controversias con inversores generalmente parecen contener un

⁹⁹ *Ibid.* Si bien no se aceptó la propuesta peruana en su totalidad, este sentido de la propuesta fue incluido en el APPRI final.

¹⁰⁰ Declaración de la señora Vega Anexo 10, página 3.

¹⁰¹ Los abogados de Perú han basado gran parte de sus argumentos en las intenciones y las políticas de China. Esto resulta apropiado para intentar explicar cualquier acuerdo al que finalmente se haya llegado.

¹⁰² Declaración del Prof. Chen, párrafos 114-143.

lenguaje similar al del APPRI. El Tribunal no considera, sin embargo, que la Declaración del Prof. Chen (o las citas que hace de otros doctrinarios chinos) contenga lineamientos determinantes o convincentes sobre el significado de las palabras “relativas al monto de la compensación por expropiación” o de la frase “otros asuntos” con respecto a otras controversias que podrían someterse a arbitraje sólo en caso de que ambas partes estén de acuerdo.

(d) Interpretación del Artículo 8 en base a otras decisiones y laudos arbitrales

173. Si bien el Tribunal no está formalmente obligado a tener en cuenta fallos de otros tribunales, considera que debe tomar en cuenta las decisiones de tribunales anteriores y explicar en qué medida nuestro análisis sigue su razonamiento o los encuentra distinguibles o donde estamos, respetuosamente, en desacuerdo. Cabe destacar que a pesar de la existencia de cientos de tratados que contienen cláusulas similares de resolución de controversias, el número de decisiones arbitrales que intenta interpretarlos ha sido escasa. Asimismo, los tribunales que han examinado dichas disposiciones similares han llegado a resultados disímiles. Por ejemplo, en *Saipem S.p.A v. Bangladesh* (Caso CIADI No. ARB/05/07), Decisión sobre Jurisdicción, de 21 de marzo de 2007, y *Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary* (Caso CIADI No. ARB/04/15), Decisión sobre Jurisdicción, de 13 de septiembre de 2006, los tribunales decidieron que tenían jurisdicción para conocer de controversias respecto a la existencia y/o la legalidad de una expropiación, así como de los asuntos relativos al monto apropiado de compensación.¹⁰³ Se llegó a una conclusión similar en el caso *Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, Laudo *Ad Hoc*, de 7 de julio de 1998 (Estocolmo, Suecia). Pero los tribunales de *Berschader v. The Russian Federation*, Caso SCC No. 080/2004, Laudo, de 21 de abril de 2006 (*Berschader v. Russia*), así como el tribunal en *RosInvest UK Ltd. v. The Russian Federation*, Caso SCC No. V079/2005, Laudo, octubre de 2007 (“*RosInvest*”), arribaron a la conclusión contraria y, aparentemente, no tuvieron grandes dificultades para concluir que una disposición similar restringía su jurisdicción y únicamente le

¹⁰³ El Tribunal en *Telenor*, no obstante, declaró la falta de jurisdicción por otros motivos que el Demandante no demostró tener *prima facie* un caso de expropiación suficiente dentro del significado del APPRI en cuestión.

permitía determinar el monto de la compensación adeudada. Finalmente, en el caso *Czech Republic v. European Media Ventures S.A.*, [2007] APP.L.R. 12/05 (Tribunal Comercial), el Tribunal Civil Superior inglés, *Queen's Bench Division* (en una decisión respecto de la ejecución de un laudo arbitral), llevó a cabo una nueva revisión del laudo emitido por un tribunal que operaba bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El tribunal concluyó, luego de un meticuloso análisis, que la cláusula de resolución de controversias “relativa a la compensación por expropiación” del tratado entre la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y la República Socialista de Checoslovaquia apropiadamente confería jurisdicción en razón de la materia al tribunal arbitral para que éste determinara no sólo el monto de la compensación, sino también otras cuestiones preliminares varias relacionadas con la expropiación en cuestión.¹⁰⁴

174. Este Tribunal se apresta a admitir que su entendimiento de los casos mencionados anteriormente se encuentra limitado al lenguaje respectivo de los laudos y decisiones. El Tribunal también reconoce que si bien las cláusulas de resolución de controversias y los tratados involucrados son similares, pueden variar en alguna medida desde la perspectiva de la situación operativa en el caso que nos ocupa. Aun así, el Tribunal considera que las decisiones de estos distinguidos tribunales comparten dos elementos importantes que merecen comentarios aparte. En primer lugar, como se indica anteriormente (párrafo 146), se dice comúnmente que las cláusulas de resolución de controversias que incluyen expresiones tales como “relativa a la compensación por expropiación” o “relativa al monto de la compensación por expropiación” reflejan una “política nacional” claramente establecida, en especial por los gobiernos comunistas de la década de los años '80 y '90. No obstante, este Tribunal no ha encontrado, en laudos anteriores, nada que respalde sólidamente esta postura. Por ejemplo, el tribunal del caso *Berschader* sostuvo que “el lenguaje restrictivo (del Artículo 10) emerge de la intención deliberada de las Partes Contratantes de limitar

¹⁰⁴ *Czech Republic v. European Media Ventures S.A.* Ver también, Martina Polasek, *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh* (Caso CIADI No. ARB/O5/07) - Introductory Note, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, Vol. 22, No. 1 (Spring 2007), página 95.

el alcance del arbitraje con arreglo al Tratado” (el subrayado es nuestro).¹⁰⁵ El tribunal parece llegar a esta conclusión mediante la comparación del lenguaje del APPRI en cuestión con el de tratados posteriores y, de esa manera, deduce el objetivo del lenguaje en el APPRI Bélgica/Luxemburgo-U.R.S.S. No encontramos en el laudo ningún otro indicio de que las partes tuvieran tal intención, o ninguna declaración clara de política de ninguna de las partes que demuestre la misma.¹⁰⁶

175. De manera similar, en el caso *RosInvest*,¹⁰⁷ la Demandada había argumentado aparentemente que ciertos aspectos de la política nacional de la antigua Unión Soviética debían considerarse como factores determinantes de lo que ésta podría acordar o no en tratados bilaterales particulares. El Laudo, sin embargo, no demuestra que la Demandada haya proporcionado prueba tangible de estas políticas nacionales. De cualquier manera, el tribunal parece haberle dado poca importancia a estos argumentos:

El Tribunal no considera, sin embargo, que este sea más que un interés descriptivo incidental teniendo en cuenta que el enfoque principal de su atención no deben ser las políticas que tanto una Parte Contratante como la otra presentaron en la mesa de negociaciones (y que por supuesto podrían haber sido muy diferentes una de otras) sino lo que han acordado, como se ha consagrado en los términos de su tratado.¹⁰⁸ (Traducción es del tribunal)

176. El Tribunal encuentra más relevantes los laudos de los casos *Saipem v. Bangladesh* (Caso CIADI No. ARB/05/07), *Telenor Mobile Communications v. Republic of Hungary* (Caso CIADI No. ARB/04/15) y *Sedelmayer v. The Russian Federation* en los que los tribunales interpretaron variaciones del mismo tipo de cláusula “restrictiva” de resolución de controversias. En todos estos casos, no fue difícil para los tribunales resolver que la Parte Contratante había acordado someterse a procesos de arbitraje internacional, no sólo a fin de determinar la

¹⁰⁵ *Berschader v. Russia*, párrafo 155.

¹⁰⁶ El Tribunal también cuestiona si corresponde comparar el lenguaje de los AAPPRI más recientes para determinar la intención de las Partes Contratantes con respecto al significado del lenguaje particular en cuestión. Ver párrafo 208, *infra*.

¹⁰⁷ *RosInvest v. Russia*, párrafo 42.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

“compensación”, sino también para todas las cuestiones relacionadas, entre otras, la existencia y legalidad de la expropiación. Sorprendentemente, ninguno de estos laudos analiza estos supuestos argumentos de política nacional. Por el contrario, como en el famoso relato de misterio que se resolvía con la pista de “el perro que no ladraba,”¹⁰⁹ pareciera que ninguno de los gobiernos demandados (dos de los cuales, Hungría y Rusia, eran estados comunistas) han siquiera intentado argumentar que las expresiones “relativa a la compensación” o “relativa al monto de la compensación” establecían políticas públicas y la intención de las partes de excluir el consentimiento al arbitraje internacional sobre la totalidad de los asuntos legales relacionados con la expropiación. Si tal interpretación restrictiva hubiera sido de hecho el resultado de una política profundamente arraigada (y presumiblemente de difíciles negociaciones), habría sido poco probable que los gobiernos involucrados hubiesen optado no discutirlo. Pero hasta el momento, como se puede apreciar del análisis de los tres Laudos (que incluyen los tradicionales resúmenes de las posturas de las partes) eso es precisamente lo que sucedió.

177. Si nos alejamos de los argumentos centrados en políticas públicas y nos concentramos en la interpretación de cláusulas similares de resolución de controversias por otros tribunales, este Tribunal no está convencido de que la lectura más restringida del lenguaje del tratado por parte de los distinguidos tribunales de *Berschader* o *RosInvest* esté justificada por el material disponible en esos Laudos. En el caso *Berschader*, por ejemplo, el tribunal sostuvo que tenía la obligación de considerar las palabras del tratado “dentro de su contexto y a la luz del objetivo y el propósito del Tratado,” y concluye que “la redacción expresamente restringe el tipo de controversia, que puede someterse a arbitraje en virtud del Tratado, a una controversia relativa al monto o modo de compensación pagadera en el caso de una expropiación que se produzca en los términos del artículo 5. Para el tribunal basta con que el significado corriente de la disposición

¹⁰⁹ Arthur Conan Doyle, “*Silver Blaze*” en *1 Sherlock Holmes: The Complete Novels and Stories*, 455, 475 (1986).

excluya del alcance de la cláusula de arbitraje [. . .] a las controversias respecto de si un acto de expropiación ocurrió realmente o no en virtud del artículo 5.”¹¹⁰ (Traducción del Tribunal)

178. El laudo no analiza cómo, en el mundo real, una controversia sobre expropiación puede llegar a la instancia en que el arbitraje entre las Partes “relativo al monto o modo de compensación” pueda efectivamente ocurrir. El tribunal indica que “sólo puede concluirse que las Partes Contratantes tenían la intención de que las controversias respecto de si realmente se produjo o no un acto de expropiación se sometan a procedimientos de resolución de controversias estipulados en el contrato en cuestión o, en su defecto, se ventilen ante los tribunales nacionales de la Parte Contratante en donde se realiza la inversión.”¹¹¹ (Traducción del Tribunal)

179. El tribunal, entonces, apunta a AAPPRI negociados posteriormente por la Federación Rusa y que contienen cláusulas de arbitraje mucho más amplias. Por ejemplo, uno de los AAPPRI citados por el tribunal es el APPRI firmado con Egipto en septiembre de 1997,¹¹² cuyo Artículo 10 establece:

En caso de cualquier controversia entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante que surja con relación a una inversión de capital, incluyendo controversias en cuanto al monto, las condiciones o el procedimiento para el pago de la compensación de conformidad con el artículo 6 del presente contrato [. . .]

180. Si bien el lenguaje de este tratado posterior claramente comprende “cualquier controversia” (lo que presumiblemente incluye una variedad de asuntos que no se limita a cuestiones de expropiación), este Tribunal no estima que dicha referencia (y su comparación retroactiva) sean prueba legítima de la intención de las Partes respecto del significado de las

¹¹⁰ *Berschader v. Russia*, párrafos 152-153.

¹¹¹ *Berschader v. Russia*, párrafo 153.

¹¹² *Berschader v. Russia*, párrafo 155, nota al pie 40.

palabras “relativa al monto o modo de compensación” en el tratado que se analiza en el caso *Berschader*.¹¹³

181. Este Tribunal considera que, a este respecto, son más persuasivas las observaciones del árbitro Weiler en su opinión adjunta en la que indicó lo siguiente:

Si bien mis colegas enfocan gran parte de sus análisis en identificar la intención de las partes que redactaron el Tratado a la fecha de su celebración, yo prefiero concentrarme en los términos del Tratado en sí mismos como los mejores indicios para determinar tal intención.¹¹⁴
(traducción del Tribunal)

182. En la nota al pie 3, respecto de los argumentos sobre la intención, sostiene:

Soy reacio a adoptar este enfoque porque considero que cuando un abogado basa sus argumentos ante un Tribunal como éste en ‘la intención de quienes redactaron [el Tratado]’ normalmente se trata del uso diestro de un eufemismo para justificar los argumentos del abogado de cómo deberían interpretarse los términos del Tratado cuando se carecen de pruebas reales al respecto. (traducción del Tribunal)

183. En su siguiente nota al pie (4), el árbitro Weiler confirma que no existían pruebas en el caso *Berschader* con relación a la negociación y ratificación del Tratado.

184. De forma similar, el distinguido Tribunal de *RosInvest* confirma que no se han presentado documentos sobre la negociación del TBI. El tribunal relata:

Aunque no se han presentado documentos sobre la negociación del TBI, el artículo 8, con una redacción un tanto complicada, establece un término medio entre la intención del Reino Unido de contar con una cláusula de arbitraje amplia y la intención de la Unión Soviética de tener una limitada. Si ese es el caso, de todas formas es difícil llegar a una interpretación que indique que la cláusula es tan amplia como para incluir todos los aspectos de una expropiación.¹¹⁵
(traducción del Tribunal).

¹¹³ *Berschader v. Russia*, párrafo 155.

¹¹⁴ *Berschader v. Russia*, Opinión Separada del Árbitro Weiler, párrafo 4.

¹¹⁵ *RosInvest v. Russia*, párrafo 110.

185. Como en el caso *Berschader*, el tribunal hizo referencia a otros AAPRI rusos y, en particular, al lenguaje del APPRI Dinamarca-Rusia. Este APPRI nuevamente contiene una cláusula de resolución de controversias que está completamente abierta a “cualquier controversia”. Según el tribunal, estos ejemplos demuestran “cómo es posible indicar fácilmente, utilizando términos claros y precisos, que todos los aspectos de una expropiación están comprendidos dentro de la jurisdicción de un tribunal arbitral”¹¹⁶ (traducción y subrayado del tribunal). Nuevamente, sin embargo, el lenguaje de estos tratados posteriores hace referencia a posibles controversias que no sólo incluyen “expropiaciones” sino también todos los otros tipos de posibles controversias en virtud de un APPRI.¹¹⁷

186. De las decisiones previas sobre este tema en general, el Tribunal considera que la más cuidadosa y detallada fue la del Tribunal Civil Superior inglés, *Queen’s Bench Division* (Simon J.) en el caso *Czech Republic v. European Media Ventures S.A.*¹¹⁸ En opinión del Tribunal esta decisión, entre otras cosas, correctamente cuestiona si es apropiado utilizar tratados posteriores (o de suposiciones de cómo se podría haber sido más preciso) como técnica para determinar el significado del lenguaje del texto de un tratado anterior.

(4) Decisión del Tribunal sobre la interpretación del Artículo 8

187. En resumen, luego de haber examinado los argumentos y las pruebas, se requiere que la decisión de este Tribunal establezca el significado objetivo del Artículo 8 dentro del contexto del APPRI en forma global. Como se indica en el Preámbulo, y como lo destacó el Demandante, el objetivo del APPRI consiste en incrementar el flujo de inversión privada entre las dos Partes Contratantes. En este contexto, el lenguaje del Artículo 8(2), que indica que cualquier parte tendrá derecho a someter [cualquier] controversia “al tribunal competente de la Parte Contratante” puede considerarse innecesario debido a que el derecho de un inversor de cualquiera de los dos países de

¹¹⁶ *RosInvest v. Russia*, párrafo 113.

¹¹⁷ La expresión corresponde a *RosInvest v. Russia*, párrafo 24.

¹¹⁸ *Czech Republic v. European Media Ventures S.A.*, párrafo. 175 *supra*.

acudir a los tribunales del Estado receptor aparentemente ya existía tanto en China como en Perú. Si la parte agraviada sólo estuviera interesada en establecer sus derechos en virtud de las leyes del Estado receptor, parecería que el lenguaje del tratado no habría sido necesario. No obstante, se ha extendido el uso de los tratados bilaterales de inversión dado que, en mayor o menor medida, éstos amplían los derechos y las protecciones de los inversores, tanto de fondo como de forma, mediante la incorporación de protecciones de derecho internacional.

188. El Tribunal concluye que para dar significado a todos los elementos del artículo, se debe interpretar que las palabras “que involucra el monto de la compensación por la expropiación” incluye no sólo la mera determinación del monto sino también las demás cuestiones normalmente inherentes a una expropiación, entre otras, si la propiedad fue realmente expropiada con arreglo a las normas y los requisitos del APPRI, así como la determinación del monto de compensación adeudada, si correspondiere.¹¹⁹ En opinión del Tribunal, una conclusión contraria desvirtuaría la disposición relativa al arbitraje ante el CIADI puesto que de acuerdo con la oración final del Artículo 8(3), recurrir a los tribunales del Estado receptor de la inversión precluiría definitivamente la posibilidad de acceder al arbitraje bajo el Convenio CIADI. Por lo tanto, dado que el Demandante ha presentado un reclamo *prima facie* de expropiación, el Tribunal, de conformidad con los Artículos 25 y 41 del Convenio CIADI y la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje, considera que tiene la competencia para conocer sobre el fondo del reclamo de expropiación presentado por el Demandante.

¹¹⁹ El Tribunal destaca que debido a que el Artículo 8(3) hace referencia a controversias “que introducía al monto de la compensación,” nuestra decisión no otorgaría al Tribunal jurisdicción para atender asuntos tales como la restitución, o la declaración judicial sobre quién debería tener el derecho de propiedad. Cf. *Czech Republic v. European Media Ventures*, párrafos 50-51.

e. La cláusula de nación más favorecida del APPRI no puede utilizarse para ampliar el alcance del arbitraje ante el CIADI acordado en virtud del Tratado

(1) La posición de las Partes

189. El Demandante ha argumentado que la jurisdicción del Tribunal Arbitral proviene de dos fuentes:¹²⁰

- por un lado el Artículo 8 del APPRI Perú-China, que permite que el Tribunal decida controversias relacionadas con la expropiación de inversiones; y
- por otro lado, el Artículo 3.1 del APPRI, que enuncia el principio que los inversores de las Partes Contratantes deben ser objeto de un trato justo y equitativo, en conjunción con la cláusula de nación más favorecida (“NMF”) contenida en su Artículo 3.2.

190. En relación a esta segunda fuente jurisdiccional, lo que el Demandante en resumidas cuentas alega, es que Perú ha firmado otros AAPPRI permitiendo que todas las controversias entre el inversor y el Estado receptor se sometan a arbitraje CIADI ¹²¹. En opinión del Demandante, ese mismo tratamiento debe también ser extendido a controversias que versen sobre violaciones del estándar de trato justo y equitativo, así como de protección en el territorio en favor de un inversor chino, por así exigirlo la cláusula de NMF en el APPRI entre China y Perú.

191. El Demandante para ello invoca concretamente el Artículo 12 del APPRI Perú-Colombia.¹²² En su opinión, esta norma brinda un tratamiento más favorable a los inversores colombianos, ya que en controversias sobre trato justo y equitativo, protección y otros estándares de responsabilidad internacional les permite demandar directamente al Estado peruano interponiendo un arbitraje de inversión ante el CIADI¹²³. Prosigue el Demandante alegando que, por aplicación del Artículo 3.2 del APPRI, la norma del APPRI Perú-Colombia debe ser extendida a un inversor chino que reclame en base al APPRI China-Perú, con la consecuencia de que está facultado para

¹²⁰ Memorial de Contestación párrafo 187.

¹²¹ Memorial de Contestación párrafo 213.

¹²² APPRI Perú-Colombia, 7 Mayo 2001.

¹²³ Escrito Post-Audiencia del Demandante, párrafo 40.

someter al Tribunal Arbitral no solo controversias relacionadas con expropiación, sino también controversias sobre trato justo y equitativo y protección.

192. La Demandada se ha opuesto a la pretensión del Demandante¹²⁴. En esencia, la Demandada argumenta que el APPRI continúa plenamente en vigor, sin modificación alguna, y que el compromiso alcanzado entre China y Perú para someter controversias a arbitraje está limitado a los temas relacionados a expropiación mencionados en el Artículo 8(3) de APPRI.¹²⁵ En la medida en que la disputa planteada por el Demandante caiga fuera del ámbito definido por esta norma, no existe acuerdo entre las Partes Contratantes para que la disputa se resuelva por vía arbitral, y en consecuencia, el CIADI carece de jurisdicción y el Tribunal de competencia¹²⁶.

(2) Consideraciones del Tribunal

(a) Comentarios Preliminares

193. El efecto y alcance de las cláusulas de NMF en los AAPPRI se ha convertido en una de las *quaestiones vexatae* (o quizá *la quaestio vexata*) del arbitraje de inversión. El tema ha sido objeto de numerosos laudos arbitrales, que han alcanzado soluciones disímiles, que han sido a su vez objeto de intenso análisis por la doctrina. El Tribunal agradece a las Partes el importante esfuerzo que han realizado en sus alegaciones para sintetizar el *status quaestionis*, y las extensas citas de decisiones y autores con las que han cimentado sus conclusiones. Dada la intensidad de los debates sobre la interpretación adecuada de las cláusulas de la NMF en los AAPPRI es útil realizar algunas observaciones preliminares.

194. En primer lugar, como bien se sabe, las disposiciones en tratados conocidas como cláusulas de la NMF tienen una larga historia en el ámbito del derecho internacional, la cual se

¹²⁴ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafo 147.

¹²⁵ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad Sección B (2).

¹²⁶ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad, párrafo 182 y Escrito Post-Audiencia de la Demandada, párrafo 136.

remonta al siglo XI o XII.¹²⁷ En un primer momento, las ciudades comerciales medievales intentaron, infructuosamente, monopolizar el acceso a ciertos mercados extranjeros. Luego, comenzaron a celebrar acuerdos para asegurar a los mercaderes de las ciudades comerciales italianas, francesas y españolas que tendrían “oportunidades al menos iguales a aquéllas otorgadas a sus rivales.”¹²⁸ Con la expansión del comercio internacional en los siglos XV y XVI, estas cláusulas comenzaron a utilizarse con frecuencia. La frase “nación más favorecida” aparentemente se utilizó por primera vez a fines del siglo XVII.¹²⁹ Más tarde, se incluyeron las cláusulas de la NMF como elementos estándar de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, los precursores de los AAPPRI modernos.¹³⁰ De esta manera, aunque es correcto decir que la evolución del derecho sobre la interpretación de las disposiciones sobre NMF en el contexto de inversiones internacionales data de mediados del siglo XX,¹³¹ las cláusulas de la NMF han sido elementos característicos de tratados y otros acuerdos internacionales, bien conocidos y ampliamente aceptados desde hace tiempo.

195. El objeto y la mecánica de una cláusula de la NMF, al menos desde un enfoque conceptual, son simples y claros. Como fuera descrito por la Corte Internacional de Justicia, el objeto de una cláusula de la NMF consiste en “establecer y mantener en todo momento la ecuanimidad fundamental sin discriminación de los países involucrados.”¹³² En el contexto del derecho internacional de inversión, también se ha definido al objeto como el “dar a los inversores una garantía respecto de ciertas formas de discriminación por Parte de estados receptores y

¹²⁷ Endre Ustor, *First Report on the Most-Favoured Nation Clause*, [1969] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 157, 159, U.N. Doc A/CN. 4/213; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. [OCDE], *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law* 3 (Directorado de Asuntos Financieros y Empresariales, *Working Paper on International Investment* No. 2004/2, 2004) (preparado por Marie-France Houde), <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf> (última visita, 25 de enero de 2008).

¹²⁸ Scott Vesel, *Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favoured Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 32 Yale J. Int'l L. 125, 129.

¹²⁹ *Ibid.*, cita de Stanley K. Hornbeck, *The Most-Favoured Nation Clause* (pt. 1), 3 Am. J. Int'l L. 395, 400 (1909).

¹³⁰ Jarrod Wong, *The Application of Most-Favoured-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 3 Asian J. WTO & Int. Health L. & Pol'y 171, 174.

¹³¹ Ver, por ejemplo, *Wintershall v. Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/04/14), Laudo de 8 de diciembre de 2008, párrafos 92, 96.

¹³² *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. U.S.)*, 1952 I.C.J. 176, 192 (27 de agosto). (Traducción del Tribunal)

[establecer] un estándar de calidad de oportunidades competitivas entre inversores de diferentes países.”¹³³ El tribunal del caso *Siemens* sostuvo: “el propósito de la CNMF es eliminar el efecto de disposiciones específicamente acordadas a menos que hayan sido exceptuadas. Complementa el compromiso de cada Estado Parte del tratado de no implementar medidas discriminatorias a las inversiones en virtud del Artículo 2.”¹³⁴

196. Por naturaleza, el mecanismo de una cláusula de la NMF siempre implica incrementar más la protección y otorgar un *status* más favorable; a menos, por supuesto, que una nación desee renegociar tratados existentes o establecer excepciones específicas a los beneficios otorgados por un nuevo tratado. Debido a su larga historia y amplio uso, no pueden existir dudas en cuanto a la legitimidad del mecanismo de la NMF. Se presume que cuando una nación incluye una o más disposiciones sobre la NMF en un tratado, lo hace intencionalmente y a fin de reconocer que está ofreciendo a los inversores del otro país signatario del tratado en cuestión (así como a otras naciones cuyos tratados contienen cláusulas de la NMF) tratamiento y protección más favorables acordados en virtud de tratados futuros. En consecuencia, como con cualquier otra disposición importante, las naciones que negocian cláusulas de la NMF deben hacerlo consciente y diligentemente, y expresar de la manera más clara posible el alcance y las limitaciones que se pretenden del compromiso sobre NMF. Cuando surge una controversia, es responsabilidad de los tribunales como éste analizar el lenguaje específico de cada disposición de un tratado con arreglo a las normas de derecho internacional establecidas, para lo que deben procurar interpretar lo mejor posible la intención expresada por las partes.

197. En segundo lugar, ningún tribunal arbitral que deba resolver una controversia sobre inversiones internacionales puede hacerlo adecuadamente sin tener en cuenta, ya sea en forma implícita o explícita, la historia y el objeto de los tratados bilaterales de inversión que se han convertido en moneda corriente en el ámbito del derecho internacional de inversión. Los AAPRI

¹³³ *Supra*, Nota 127, *OECD, Most Favoured Nation Treatment*, en 1. (Traducción del Tribunal)

¹³⁴ *Siemens A.G. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8) párrafo 106.

surgieron a fines de la década de 1950, y Alemania fue aparentemente el primer Estado en desarrollar un programa de APPRI. Alemania celebró el primer APPRI con Pakistán en 1959.¹³⁵ En 1961, Suiza siguió rápidamente los pasos de Alemania y, posteriormente, lo hicieron los Países Bajos en 1963, Italia y Bélgica/Luxemburgo en 1964, y muchas otras naciones. El ritmo de los AAPPRI, que comenzó modestamente con esfuerzos para proporcionar ciertas protecciones esenciales contra expropiaciones, discriminación y derechos de transferencia de capital y utilidades, creció rápidamente luego de que el Convenio CIADI entró en vigencia en 1966. La negociación de nuevos tratados ha continuado a pasos agigantados. Actualmente, el número total de AAPPRI vigentes se acerca a 3.000. En sus comienzos, los AAPPRI eran instrumentos diseñados principalmente para fomentar el flujo de capitales desde países tradicionalmente exportadores de capital a países importadores de capital. Pero esto ha cambiado ya que desde hace más de un año, se han celebrado aproximadamente 650 AAPPRI entre países en vías de desarrollo, algunos de los cuales se han convertido ahora en importantes exportadores de capital.¹³⁶ El APPRI Perú-China que nos ocupa es un tratado de esas características.¹³⁷

198. Aunque los antecedentes arriba mencionados son obviamente de importancia, los laudos, como las sentencias judiciales, deben decidir el caso concreto, aplicando al supuesto de hecho la norma jurídica aplicable. En nuestro caso, esta norma viene impuesta por el Artículo 8.4 del APPRI, que ordena que la decisión se fundamente en¹³⁸ “las disposiciones de este Convenio y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes.” En consecuencia, la labor encomendada al Tribunal exige en primer lugar interpretar el APPRI, tomando en consideración los principios generalmente reconocidos del derecho internacional y una vez depurado el significado de la norma, decidir cuál es el ámbito de su

¹³⁵ Newcombe y Paradell, op. cit., página 42.

¹³⁶ *UNCTAD Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (introducción).

¹³⁷ China, por ejemplo, cuenta con vasta experiencia en negociaciones sobre AAPPRI. Aunque China no celebró su primer APPRI hasta el año 1982, ha formalizado más de 120 AAPPRI durante los últimos 25 años, lo que la convierte en el segundo país después de Alemania en cuanto al número de AAPPRI celebrados. Muchos de estos tratados incluyen cláusulas de NMF. Newcombe y Paradell, op. cit., página 43.

¹³⁸ En ausencia de norma nacional aplicable – como es nuestro caso.

competencia (al amparo del Artículo 41.1 del Convenio CIADI). El Tribunal considera que no cabe una solución apriorística, es decir, no es posible decidir en general que las cláusulas de NMF son eficaces en una clase de situaciones, mientras que no lo son en otro caso. Cada cláusula de la NMF es un mundo, que exige una interpretación individualizada, para determinar cuál es su ámbito de aplicación¹³⁹. A esta tarea, está dedicada la sección siguiente. Mas adelante, procederemos al análisis de los laudos de más relevancia sobre el tema y su “jurisprudencia arbitral.”

(b) Análisis del Tribunal

199. En este caso, Perú y China acordaron en el Artículo 8 del APPRI Perú-China, resolver ciertas controversias mediante procesos de arbitraje ante el CIADI. Ya hemos determinado que el alcance del acuerdo de las Partes Contratantes establecido en el Artículo 8 resulta suficiente para respaldar la jurisdicción del Centro y competencia del Tribunal para conocer de un reclamo de expropiación. Por este motivo, podemos considerar innecesario un pronunciamiento sobre el alcance de la cláusula de la NMF a este respecto. Sin embargo, puesto que es el Demandante quien trae el asunto a colación y dado que los asuntos en cuestión son importantes, procederemos a analizar también el alcance del Artículo 3 del Tratado entre Perú y China.¹⁴⁰

200. El Artículo 3 del APPRI, dispone lo siguiente:

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.
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

¹³⁹ M. Valenti: “*The Most Favoured Nation Clause in BIT’s as a Basis for Jurisdiction in Foreign Investor – Host state Arbitration*” en *Arbitration International*, 24, (2008), página 448.

¹⁴⁰ El Tribunal reconoce que el APPRI contiene una cláusula de la NMF separada en el Artículo 5, aunque esta disposición no está relacionada con la controversia que nos ocupa.

de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a evitar la doble tributación o para facilitar el comercio fronterizo.¹⁴¹

El Adendo al artículo 3 del APPRI contenido en su protocolo establece que:

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 la República del Perú.

201. Con base de los términos de Artículo 3 del APPRI, el Demandante pretende invocar el APPRI entre Perú y Colombia que contiene una cláusula de resolución de controversias que cobija “cualquier controversia de naturaleza jurídica” para superar las limitaciones al consentimiento en el Artículo 8 del APPRI PERU-China.. El Artículo 12 del APPRI Perú-Colombia¹⁴² establece lo siguiente:

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.

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”).

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.

Una empresa que esté incorporada o constituida bajo la ley vigente en el territorio de una Parte Contratante y en la cual antes de que surja la controversia, la mayoría de las acciones eran de propiedad de los nacionales o empresas de la otra Parte Contratante se tratará, de

¹⁴¹ Debe destacarse que el Artículo 3 no es la única cláusula de nación más favorecida del APPRI Perú-China. Ver, por ejemplo, una disposición similar en el Artículo 5 sobre las pérdidas sufridas por causa de guerra, estado de emergencia nacional, insurrección, revueltas u eventos similares.

¹⁴² Doc. J adjunto a la solicitud de arbitraje

acuerdo con el artículo 25 (2) (b) del Convenio, como una empresa de la otra Parte Contratante para efectos de los dispuesto en el mencionado Convenio.

Si el nacional o empresa afectado también consiente por escrito en someter la controversia al Centro para la resolución de ésta mediante conciliación o arbitraje de acuerdo con el Convenio, cualquiera de las partes puede iniciar el procedimiento dirigiendo una solicitud a tal efecto al Secretario General del Centro conforme a lo previsto en los artículos 28 y 36 del Convenio. En caso de desacuerdo respecto de si la conciliación o el arbitraje es el procedimiento más apropiado, el nacional o empresa que es parte en la diferencia tendrá el derecho a elegir. La Parte Contratante que es parte en la controversia no presentará como objeción en cualquier etapa del proceso o del cumplimiento del laudo, el hecho de que el nacional o empresa, que es la otra parte en la controversia, haya recibido una indemnización total o parcial de sus pérdidas, en cumplimiento de un contrato de seguro.

No obstante las disposiciones anteriores, el Centro no tendrá jurisdicción si la parte que inicia el procedimiento ha acordado, acuerda someter o somete la controversia a los Tribunales Administrativos o Judiciales de la parte Contratante que es parte en la controversia.

202. Perú y China también han celebrado y ratificado muchos otros AAPPRI que incluyen el compromiso de dispensar un trato justo y equitativo y el proteger la inversión, que contienen también disposiciones sobre resolución de controversias que comprenden “cualquier controversia” que se pueda suscitar bajo los mismos.¹⁴³

203. El inciso primero del Artículo 3 del Tratado China-Perú específicamente confiere a los inversores de ambas Partes Contratantes los beneficios del “tratamiento justo y equitativo” y “protección” dentro del territorio de la otra Parte Contratante. El inciso segundo del Artículo 3, a su vez establece que “el tratamiento y la 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 actividades relacionadas con tales inversiones.”

¹⁴³ Con respecto a China, ver, por ejemplo, el APPRI China-Países Bajos (2001) y el APPRI China-Alemania (2003) en los que China acuerda someterse a arbitraje ante el CIADI respecto de todas las controversias relativas al APPRI.

204. Estas circunstancias y las posturas de la Demandada y el Demandante dan lugar a las siguientes cuestiones: las reglas de interpretación de las cláusulas de la NMF, la interpretación de la cláusula para determinar la intención de las Partes Contratantes según lo que refleja el texto de la cláusula y, en particular, si se puede interpretar que el “tratamiento” de inversores extranjeros mencionado en el Artículo 3 de este APPRI respecto de la supuesta violación del estándar de tratamiento justo y equitativo, incluye las disposiciones más amplias sobre arbitrajes ante el CIADI que se establecieron en AAPPRI posteriores. Seguidamente, el Tribunal analizará cada una de estas cuestiones.

205. Como primer paso, el Tribunal nuevamente recurre al Artículo 31 de la Convención de Viena, que establece que un tratado internacional deberá:

interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

206. Como se indicó anteriormente, tanto la Convención de Viena como los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia hacen hincapié en que “lo que importa es la intención de las partes expresada en el texto, que es el mejor indicador de la intención común más reciente de las partes,”¹⁴⁴ Asimismo, como ya se mencionó, el Tribunal entiende que la Convención de Viena no establece una regla de interpretación distinta para las diferentes cláusulas de los tratados.¹⁴⁵

207. El Artículo 3 del APPRI no incluye ni excluye expresamente la resolución de controversias. El Artículo 3(3), sin embargo, enumera varias excepciones específicas del tratamiento estipulado en los Artículos 3(1) y (3)(2), es decir, cualquier tratamiento preferencial acordado en base a “uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, [o] acuerdos

¹⁴⁴ I. Brownlie, “*Principles of Public International Law*” (6^{ta} edición. 2003), página 602. (Traducción del Tribunal)

¹⁴⁵ Párrafo 36, *supra*.

relativos a evitar la doble tributación o para facilitar el comercio fronterizo.” Un aspecto general de interpretación es que la enumeración específica de excepciones particulares, por implicación sugiere que hay otros asuntos que no se han excluido específicamente “*expressio unius est exclusio alterius*.”¹⁴⁶ Esta regla brinda alguna claridad al Tribunal, aunque es apenas el comienzo de la historia.

208. Al examinar los términos de este APPRI “en el contexto [de éste]” y “teniendo en cuenta su objeto y fin”, el Tribunal ha hecho referencia al Preámbulo del mismo, el cual deja en claro los objetivos acordados de estímulo de inversión e incremento de prosperidad buscados por ambas Partes Contratantes. El término “contexto”, de conformidad con la Convención de Viena, incluye, además del preámbulo y los anexos:

- (a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- (b) todo instrumento formulado por una o más Partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado¹⁴⁷

209. El Tribunal no ha encontrado en el expediente ninguno de los instrumentos mencionados en el Artículo 31(3).

210. En busca de una mejor orientación con respecto a la adecuada interpretación del Artículo 3 y el significado de “tratamiento”, el Tribunal, de acuerdo con las instrucciones del Artículo 32 de la Convención de Viena, ha examinado pruebas presentadas por la Demandada mediante las cuales ésta intenta demostrar que los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración del APPRI Perú-China confirman que en la intención de las Partes Contratantes consistía en que el alcance de la cláusula de la NMF debía restringirse a protecciones no estaba la de extender el alcance de la cláusula de resolución de controversias. Por ejemplo, el Sr. Fan, que

¹⁴⁶ Ver *National Grid v. Argentina*, UNCITRAL Decisión de Competencia de 20 de junio de 2006, párrafo 82 (referencia a la Enciclopedia de Derecho Internacional Público).

¹⁴⁷ Convención de Viena, Artículo 31.

como se apuntó anteriormente fue uno de los representantes chinos a cargo de la negociación, declaró:

Como persona a cargo de la negociación del TBI, entendí que el alcance de la cláusula de la NMF se limitaba a los derechos de fondo que se enumeran en la cláusula: tratamiento justo y equitativo y protección de la inversión en el territorio del otro estado contratante.¹⁴⁸

211. De forma similar, la Sra. Vega, una de las personas más importantes a cargo de la negociación por parte de Perú, declaró que: “[. . .] las partes no analizaron la posible aplicación de la cláusula de la NMF a fin de invocar disposiciones de resolución de controversias incluidas en tratados con terceros [. . .]”¹⁴⁹

212. La Sra. Vega además declaró que consideraba que sería ilógico tener un debate en este sentido con los representantes de China debido a: (1) los esfuerzos realizados por Perú y China en las negociaciones sobre la cláusula de resolución de controversias; y (2) la postura categórica del Gobierno Chino con relación a los tipos de controversias que podrían someterse a arbitraje internacional.¹⁵⁰ Si bien el Tribunal comprende la lógica de la opinión de la Sra. Vega sobre el asunto, el Tribunal no considera que este testimonio sea una manifestación convincente de un acuerdo común sobre el tema, o de la intención de las Partes Contratantes con respecto al alcance de esta cláusula de la NMF.

213. El análisis del Tribunal indica, preliminarmente, que el lenguaje de los Artículos 3(1) y 3(2), dado su significado corriente y habiéndolos considerado “en el contexto” y a la luz del objeto y el fin del APPRI, no parecen restringir el alcance de la palabra “tratamiento” a asuntos comerciales sustantivos tales como la explotación y la gestión de la inversión. Además, el Tribunal no ha encontrado en el expediente prueba alguna de que las Partes Contratantes hayan tenido la

¹⁴⁸ Declaración del señor Fan, párrafo 31.

¹⁴⁹ Declaración de la señora Vega, párrafo 49

¹⁵⁰ Declaración de la señora Vega, párrafo 49.

intención de que el término “tratamiento” tuviera un “significado especial.”¹⁵¹ Las palabras de la cláusula de la NMF en sí misma parecen estar abiertas a una interpretación más amplia, lo que puede incluir el dar acceso a protecciones procesales más favorables (que potencialmente incluirían al arbitraje ante el CIADI) para supuestas violaciones del estándar de tratamiento justo y equitativo.

214. Sin embargo, en este punto, el Tribunal se enfrenta al problema de interpretar el lenguaje general del Artículo 3 con relación al lenguaje del Artículo 8(3), que directamente trata sobre el alcance de las controversias que un inversor chino o peruano puede someter a arbitraje ante el CIADI. Aquí, el Tribunal se pone cara a cara con una dificultad importante. Como se indicó anteriormente, el Artículo 8(3) establece lo siguiente:

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 ... , ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes al arbitraje internacional del ... CIADI, establecido por la Convención ... de Washington. Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometido al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan.¹⁵²
(El énfasis es obra del Tribunal)

215. Como se aprecia de su simple lectura, el Artículo 8.3 del APPRI es una norma más bien restrictiva, que solo permite el acceso al arbitraje internacional para controversias que, por simplicidad, nos referiremos como “controversias de expropiación”¹⁵³ o, en otro caso, que sean expresamente aceptadas por las partes (“[...] si las partes en la controversia así lo acuerdan”), por ejemplo como elemento de un nuevo acuerdo entre el Estado receptor y el inversor.

216. El Tribunal considera que el tenor literal del Artículo 8 refleja que las Partes Contratantes alcanzaron un acuerdo sobre dos puntos fundamentales. En primer lugar, como se indicó anteriormente, acordaron someter las controversias sobre expropiación a procesos de

¹⁵¹ Convención de Viena, Artículo 31(4).

¹⁵² El subrayado es nuestro.

¹⁵³ Qué se ha de entender por controversias que involucren el monto de compensación es analizado en otro capítulo de este Laudo.

arbitraje ante el CIADI. En segundo lugar, consideraron específicamente la posibilidad de someter otros tipos de controversias al arbitraje del CIADI y se han reservado específicamente el derecho de hacerlo sólo “si las partes en la controversia así lo acuerdan.”¹⁵⁴ Dado que las Partes Contratantes dispusieron específicamente la posibilidad de someter “otros asuntos” a arbitraje ante el CIADI y puesto que han dispuesto específicamente dicha eventualidad en el lenguaje del APPRI, el Tribunal concluye que está obligado, de conformidad con los principios del Artículo 31 de la Convención de Viena, a darle sentido al lenguaje del APPRI en la forma en que éste fue realmente concebido. De esta manera, el Tribunal determina que el lenguaje específico del Artículo 8(3) debe prevalecer sobre el lenguaje general de la cláusula de la NMF del Artículo 3, y los argumentos en contrario del Demandante deben de ser rechazados.

(c) Análisis de las decisiones adoptadas en otros arbitrajes

217. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal ha considerado cuidadosamente varios laudos minuciosamente razonados en controversias anteriores en los cuales fue necesario interpretar cláusulas de la NMF. Ambas Partes presentaron extensos argumentos con respecto al significado y la relevancia de dichos laudos y, en menor medida, el significado de pronunciamientos anteriores de la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia. La Demandada basa sus fundamentos principalmente en los fallos de los casos *Plama* y *Salini*,¹⁵⁵ mientras que el Demandante cita el laudo del caso *Maffezini* y los que derivaron del mismo.¹⁵⁶ Estos casos son bien conocidos y han sido analizados en detalle en laudos previos. Por este motivo, el Tribunal se limitará a analizar diferencias y puntos conceptuales clave particularmente relevantes para el caso que nos ocupa. En su análisis del caso *Maffezini* y los laudos más recientes que generalmente siguen su línea de razonamiento, el Tribunal destaca que en ellos la cláusula de resolución de controversias

¹⁵⁴ Artículo 8(3).

¹⁵⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom Jordan*, (Caso CIADI No. ARB/02/13), Decisión sobre Jurisdicción, 15 de noviembre de 2004.

¹⁵⁶ Ver, por ejemplo, *Siemens v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), *Suez, Sociedad General de Aguas de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, (Caso CIADI No. ARB/03/17), *Gas Natural v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/10), *National Grid v. Argentina* UNCITRAL.

aplicable hace referencia a “cualquier controversia” en forma amplia. A diferencia de este caso, ninguna de estas cláusulas de resolución de controversias estipulan limitaciones a las categorías sustantivas de las controversias incluidas.¹⁵⁷ Lógicamente se deduce, debido a la amplitud del tipo de controversias incluidas en estas cláusulas, que aparentemente tampoco había necesidad de que las partes agregaran un lenguaje específico sobre la posibilidad de acordar en el futuro someter "otras controversias" a arbitraje ante el CIADI. Por lo tanto, el Tribunal estima que todos estos casos son fácilmente distinguibles del presente caso.¹⁵⁸

218. Con respecto a los laudos de *Salini y Plama*, el Tribunal considera que *Salini* sólo es indirectamente relevante a las circunstancias que aquí se presentan, por dos razones: primero, como en los casos mencionados anteriormente, el Artículo 9 del APPRI entre Italia y Jordania hace referencia a "cualquier controversia". Pero fundamentalmente, el Artículo 9(2) establece lo siguiente:

En caso de que el inversor y una de las Partes Contratantes hayan celebrado un Acuerdo de inversión, resultará aplicable el procedimiento contemplado en dicho acuerdo. (Traducción del Tribunal)

219. El pronunciamiento del tribunal del caso *Salini* sobre esta disposición clave tuvo dos efectos. En primer lugar, se determinó que la controversia en cuestión, efectivamente, constituía una controversia de naturaleza contractual entre las partes, es decir, una controversia que no se suscitó a causa de una violación del tratado. En segundo lugar, el tribunal concluyó que dado que el tratado había establecido específicamente la aplicabilidad de otro procedimiento para la resolución de controversias en virtud del Artículo 9(2), era ese procedimiento el que correspondía aplicar. Este último fundamento estaba implícito, y el caso efectivamente se decidió con base en el primer razonamiento. Estas circunstancias representan diferencias críticas con el presente caso.

¹⁵⁷ Ver el APPRI Argentina-España, Artículo X.

¹⁵⁸ El Tribunal reconoce que la disposición sobre resolución de controversias en el caso *RosInvest* sí incluye restricciones sobre la materia. No obstante, pareciera que los términos específicos de la cláusula de NMF en ese caso (Artículo 3(2) del APPRI Rusia-Reino Unido) dan cuenta del resultado diferente.

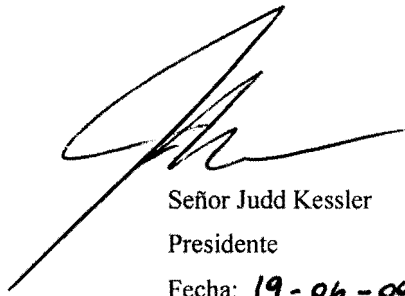
220. El Tribunal considera que la situación del presente caso se asemeja más al caso *Plama v. Bulgaria*, en el que el Demandante había argumentado que la cláusula de la NMF del Artículo 3 de ese APPRI debía de interpretarse de forma que permitiese que el Demandante primero evitara dos pasos preliminares acordadas para la resolución de controversias, para luego reemplazar el mecanismo arbitral acordado (arbitraje ad hoc bajo las reglas de arbitraje del CNUDMI) mediante un arbitraje ante el CIADI. El Tribunal se negó a permitir el uso de la cláusula de la NMF para importar un mecanismo de resolución de controversias completamente nuevo en lugar de un “tribunal de arbitraje internacional ‘ad hoc’”. Al hacer esto, podría decirse que el tribunal del caso *Plama* en realidad tomó en cuenta las advertencias contenidas en párrafo 63 del laudo en *Maffezini*.¹⁵⁹ De cualquier forma, si se sigue un razonamiento similar, este Tribunal concluye que no puede permitir que la cláusula de la NMF del tratado sea interpretada de forma que invalide el lenguaje más específico del Artículo 8(3). Por las razones arriba indicadas, el Tribunal no acepta los argumentos presentados por el Demandante relativos a la interpretación de la cláusula NMF del APPRI (Artículo 3). El Tribunal encuentra que el Artículo 3 no puede interpretarse a manera de extender la jurisdicción del Centro o que sirva de base como una fuente independiente de competencia para el Tribunal.

V. DECISIÓN

221. Con base a las razones expuestas, el Tribunal decide unánimemente lo siguiente:

- A. Que el Centro tiene jurisdicción y el Tribunal competencia para conocer sobre la diferencia sobre expropiación planteada por el Demandante bajo el APPRI;
- B. De conformidad con la Regla de Arbitraje 41(4) fijara plazos para las actuaciones procesales siguientes tras oír a las Partes;
- C. Pospone una decisión sobre costas y gastos para un momento procesal posterior.

¹⁵⁹ *Maffezini v. Spain*, párrafo 63.



Señor Judd Kessler

Presidente

Fecha: 19-06-09



Señor Hernando Otero

Arbitro

Fecha: 17-06-09



Profesor Juan Fernández-Armesto

Arbitro

Fecha: 15-06-09