

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES
WASHINGTON, D.C.

En el procedimiento entre

SR. TZA YAP SHUM
(Demandado)

c.

REPÚBLICA DEL PERÚ
(Solicitante)

Caso CIADI No. ARB/07/6
(Procedimiento de Anulación)

DECISIÓN SOBRE ANULACIÓN

Miembros del Comité ad hoc

Juez Dominique Hascher (Presidente)
Prof. Donald M. McRae
Prof. Kaj Hobér

Secretaria del Comité ad hoc

Sra. Luisa Fernanda Torres

En representación de la Solicitante:

Sr. Stanimir Alexandrov
Sra. Marinn Carlson
Sidley Austin LLP
Washington, D.C.
EE. UU.

En representación del Demandado:

Sr. Carlos Paitán
Estudio Paitán & Abogados
Lima, Perú

Fecha de envío a las Partes: 12 de febrero de 2015

TABLA DE CONTENIDO

I.	ANTECEDENTES PROCESALES	3
A.	El Comité <i>ad hoc</i>	5
B.	La suspensión de la ejecución	6
C.	La Primera Sesión	8
D.	Los escritos de las Partes	9
E.	La Audiencia sobre Anulación	10
II.	ANTECEDENTES DE HECHO	13
III.	DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2009	15
A.	Los argumentos de las Partes	15
a.	Argumentos de la Solicitante	15
b.	Argumentos del Sr. Tza Yap Shum	21
B.	El análisis del Comité	26
a.	Artículo 52(1)(B): Extralimitación manifiesta en las facultades	26
b.	Artículo 52(1)(E): Falta de expresión de motivos	40
c.	Artículo 52(1)(D): Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento	47
IV.	EL LAUDO DE 7 DE JULIO DE 2011	63
A.	Los argumentos de las Partes	63
a.	Argumentos de la Solicitante	63
b.	Argumentos del Sr. Tza Yap Shum	66
B.	El análisis del Comité	67
a.	Artículo 52(1)(B): Extralimitación manifiesta en las facultades	67
b.	Artículo 52(1)(E): Falta de expresión de motivos	73
c.	Artículo 52(1)(D): Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento	89
V.	COSTAS	90
VI.	DECISIÓN	92

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El día 3 de noviembre de 2011, la República del Perú (la “Solicitante”) presentó en forma oportuna una solicitud de anulación de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia emitida el día 19 de junio de 2009 (la “Decisión sobre Jurisdicción y Competencia”) o, en subsidio, del Laudo dictado el día 7 de julio de 2011 (el “Laudo”) en el Caso CIADI No. ARB/07/6 en favor del Sr. Tza Yap Shum, un nacional de China, por un Tribunal de Arbitraje compuesto por el Sr. Judd L. Kessler (Presidente), el Profesor Juan Fernández Armesto y el Sr. Hernando Otero (Co-árbitros) (la “Solicitud de Anulación”). La Solicitud de Anulación fue presentada de conformidad con el Artículo 52 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio CIADI”) y la Regla 50 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (las “Reglas de Arbitraje CIADI”).
2. La Decisión sobre Jurisdicción y Competencia de fecha 19 de junio de 2009 resolvió: A) que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) tenía jurisdicción y que el Tribunal tenía competencia para conocer de la diferencia sobre expropiación planteada por el Sr. Tza Yap Shum con arreglo 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 del día 9 de junio de 1994 (“el APPRI Perú-China”); B) programar las actuaciones posteriores luego de escuchar a ambas Partes, conforme a la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje CIADI; y C) postergar la decisión sobre costos y gastos hasta una etapa procesal posterior del procedimiento.
3. El Laudo de fecha 7 de julio de 2011 resolvió: 1) declarar la existencia de una medida equivalente a la expropiación en vulneración de los términos del Artículo 4 del APPRI Perú-China, adoptada por la República del Perú en contra de la inversión del Sr. Tza Yap Shum; 2) condenar a la República del Perú al pago al Sr. Tza Yap Shum de la suma de US\$ 786.306,24 por concepto de compensación por la aplicación de la medida equivalente a la expropiación; 3) condenar a la República del Perú al pago de intereses respecto del monto determinado en el apartado anterior, que se devengarían desde el día 28 de enero de 2005 hasta la fecha del pago efectivo, a la tasa de interés

promedio mensual publicada por la Reserva Federal de los Estados Unidos para los Bonos del Tesoro a 10 años pero capitalizados semestralmente, que, a la fecha del Laudo, ascendían a US\$ 227.201,30; 4) ordenar que los montos señalados en los apartados 2 y 3 se pagaran al Sr. Tza Yap Shum en la cuenta que él indicara, netos de impuestos u otros cargos; 5) condenar a cada una de las Partes a hacerse cargo de sus propios costos y honorarios de abogados, y dividir por igual entre las Partes los gastos comunes en que hubieran incurrido en relación con el arbitraje; 6) desestimar todas las demás pretensiones formuladas por las Partes.

4. La Solicitud de Anulación se basa en las causales enumeradas en los apartados (1)(b), (d) y (e) del Artículo 52 del Convenio CIADI, a saber, que el Tribunal de Arbitraje: i) se extralimitó manifiestamente en sus facultades, ii) incurrió en el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, y iii) no expresó ni en la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia ni en el Laudo los motivos en que se fundan. En la Solicitud de Anulación, la República del Perú solicitó la anulación de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia “*en su totalidad*” con la consecuente anulación del Laudo “*en su totalidad*” [Traducción del Comité], o, en subsidio, en el supuesto de que el Comité no concediera la anulación de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, la República del Perú solicitó la anulación independiente del Laudo en su totalidad.¹ Posteriormente, la República del Perú aclaró que únicamente solicitaba “*la anulación parcial de la Decisión sobre Jurisdicción con respecto a la conclusión del Tribunal según la cual todos los reclamos de expropiación del Demandante se encontraban dentro del ámbito de aplicación del Artículo 8(3) del APPRI.*”² [Traducción del Comité]
5. El día 9 de noviembre de 2011, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de Anulación del Laudo y, de conformidad con la Regla 50(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI, les transmitió la Notificación del Acto de Registro a las Partes. En la Notificación del Acto de Registro, la Secretaria General informó a las Partes que se

¹ Solicitud de Anulación de la República del Perú (3 de noviembre de 2011) [en adelante, Solicitud de Anulación], párrs. 3-5.

² Réplica sobre Anulación (2 de noviembre de 2012) [en adelante, Réplica], párr. 85. La República del Perú explicó que no impugnaba la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia “*en la medida en que resolvía que el Demandante puede considerarse inversionista en los términos del APPRI, que tenía una inversión al momento en que surgió la controversia, que planteó un caso de expropiación prima facie suficiente y que la cláusula NMF del Artículo 3(2) del APPRI no puede utilizarse a fin de extender la jurisdicción del Tribunal.*” [Traducción del Comité] *Id.*, n.177.

solicitaría que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombrara al Comité *ad hoc* que consideraría la solicitud.

A. EL COMITÉ AD HOC

6. El día 11 de enero de 2012, la Secretaria General del CIADI notificó a las Partes de la constitución del Comité *ad hoc* compuesto por el Juez Dominique Hascher, nacional de Francia, en calidad de Presidente, el Profesor Donald M. McRae, nacional de Canadá y Nueva Zelandia, y el Profesor David A.R. Williams, nacional de Nueva Zelandia, en calidad de Miembros. También se informó a las Partes de que la Sra. Anneliese Fleckenstein, Consejera del CIADI, actuaría como Secretaria del Comité *ad hoc*.
7. El día 8 de noviembre de 2012, la Secretaria del Comité notificó a las Partes que el Profesor Williams le había informado a la Secretaria General del CIADI acerca del surgimiento de un posible conflicto de intereses luego de que Sidley Austin, el estudio jurídico que representaba a la República del Perú en el presente procedimiento de anulación, incluido el Sr. Stanimir Alexandrov, fuera contratado para actuar como co-representante junto con el Profesor Williams en otro procedimiento de arbitraje. En su comunicación a la Secretaria General del CIADI, el Profesor Williams ofreció su renuncia en el caso de que cualquiera de las Partes tuviese alguna preocupación sobre su situación. Se solicitó que las Partes presentaran sus observaciones respecto de la revelación del Profesor Williams, a más tardar el día 14 de noviembre de 2012.
8. El día 10 de noviembre de 2012, el Sr. Tza Yap Shum solicitó una prórroga del plazo para presentar observaciones acerca de la revelación del Sr. Williams. El día 12 de noviembre de 2012, la República del Perú respondió expresando que confiaba en que el Profesor Williams actuaría de manera imparcial. El día 14 de noviembre de 2012, el Comité prorrogó el plazo para la presentación de observaciones hasta el día 30 de noviembre de 2012, a solicitud del Sr. Tza Yap Shum. El día 26 de noviembre de 2012, el Sr. Tza Yap Shum manifestó su desacuerdo con que el Profesor Williams continuara participando en el procedimiento de anulación que nos ocupa. En consecuencia, el día 3 de diciembre de 2012, el Profesor Williams renunció, y el procedimiento fue suspendido conforme a las Reglas 10(2) y 53 de las Reglas de

Arbitraje CIADI.

9. El día 4 de diciembre de 2012, la Secretaria General del CIADI informó a las Partes que procedería a recomendarle al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI el nombramiento del Profesor Michael C. Pryles, nacional de Australia. El día 11 de diciembre de 2012, se informó a las Partes que el Profesor Pryles había aceptado su nombramiento y de que la vacante en el Comité se había llenado. De este modo, el Comité quedó reconstituido, y el procedimiento se reanudó ese mismo día, en virtud de las Reglas 12 y 53 de las Reglas de Arbitraje CIADI.
10. El día 30 de mayo de 2013, el Profesor Michael Pryles presentó su renuncia por razones de salud, y el procedimiento se suspendió por segunda vez, de conformidad con las Reglas 10(2) y 53 de las Reglas de Arbitraje CIADI.
11. El día 5 de junio de 2013, la Secretaria General del CIADI informó a las Partes que procedería a recomendarle al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI el nombramiento del Profesor Kaj Hobér, nacional de Suecia. El día 10 de junio de 2013, el Secretariado del CIADI informó a las Partes que el Profesor Hobér había aceptado su nombramiento y que la vacante en el Comité se había llenado. De este modo, el Comité quedó reconstituido, y el procedimiento se reanudó ese mismo día, en virtud de las Reglas 12 y 53 de las Reglas de Arbitraje CIADI.
12. El día 15 de enero de 2014, la Secretaria General del CIADI informó tanto al Comité *ad hoc* como a las Partes que la Sra. Luisa Fernanda Torres, Consejera del CIADI, había sido nombrada para desempeñarse en calidad de Secretaria del Comité *ad hoc*.

B. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

13. Con arreglo al Artículo 52(5) del Convenio CIADI, la Solicitud de Anulación contenía un pedido (párrafo 86) de suspensión de la ejecución del Laudo hasta tanto el Comité *ad hoc* emitiera su decisión sobre la Solicitud de Anulación. Conforme a la Regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI, la Secretaria General del CIADI suspendió la ejecución del Laudo en forma provisional el día 9 de noviembre de 2011.
14. El día 20 de marzo de 2012, el Sr. Tza Yap Shum solicitó que el Comité *ad hoc* levantara la suspensión provisional de la ejecución del Laudo, o, en subsidio, que

ordenara que la República del Perú ofreciera una garantía de cumplimiento de su obligación monetaria en virtud del Laudo.

15. El día 26 de marzo de 2012, el Secretariado del CIADI informó a las Partes que el Comité *ad hoc* había decidido continuar la suspensión provisional de la ejecución del Laudo hasta que le hubiera dado a cada Parte la oportunidad de presentar sus observaciones, del modo previsto en la Regla 54(4) de las Reglas de Arbitraje CIADI. Asimismo, mediante la misma carta, el Comité *ad hoc* invitó a la República del Perú a presentar sus observaciones respecto de la solicitud de levantamiento de la suspensión provisional de la ejecución del Laudo formulada por el Sr. Tza Yap Shum, a más tardar el día 9 de abril de 2012. También se informó a las Partes que el Comité escucharía presentaciones orales sobre la suspensión de la ejecución durante la Primera Sesión del Comité programada para el día 21 de abril de 2012.
16. El día 9 de abril de 2012, la República del Perú presentó su respuesta a la solicitud de levantamiento de la suspensión provisional de la ejecución del Laudo formulada por el Sr. Tza Yap Shum. La República del Perú solicitó que la suspensión de la ejecución del Laudo se mantuviera mientras el procedimiento de anulación se encontrara en curso, sin condiciones. Esta comunicación fue acompañada de una carta del Presidente de la Comisión Especial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión, el Sr. Carlos José Valderrama Bernal, dirigida al Presidente del Comité *ad hoc*, mediante la cual la República del Perú se comprometía incondicionalmente a proceder al pago total de su obligación pecuniaria en virtud del Laudo dentro del plazo de 30 días a partir de la notificación de la Decisión sobre Anulación, en el supuesto de que el Laudo no fuera anulado. La comunicación del día 9 de abril de 2012 también estaba acompañada de un Memorando de Ley en sustento de la solicitud de mantenimiento de la suspensión de la ejecución formulada por la República del Perú.
17. Se programó que una audiencia sobre la suspensión de la ejecución del Laudo tendría lugar en Washington, DC el día 21 de abril de 2012. Durante la Primera Sesión el día 21 de abril de 2012, el Sr. Tza Yap Shum declaró que abandonaría la solicitud de terminación de la suspensión de la ejecución del Laudo, a la luz de la carta que la República del Perú le había enviado al Presidente del Comité el día 9 de abril de

2012. El Comité tomó nota de la declaración del Sr. Tza Yap Shum en el Acta de la Primera Sesión del Comité. El Comité también tomó nota de que la suspensión habría de continuar hasta que emitiera su decisión sobre la Solicitud de Anulación. La República del Perú presentó una solicitud de costos y honorarios relativos a la solicitud de terminación de la suspensión de la ejecución. El Comité decidió reservar la cuestión de las costas relativas a la solicitud de terminación de la suspensión de la ejecución hasta el final del procedimiento de anulación.

18. El día 25 de abril de 2012, la República del Perú presentó un documento escrito en aras de dejar constancia de su solicitud de una orden de pago de costos y honorarios relativos a la Primera Sesión. El día 30 de abril de 2012, el Sr. Tza Yap Shum presentó una respuesta. El día 11 de mayo de 2012, se informó a las Partes que, conforme al Acta de la Primera Sesión, el Comité consideraría la cuestión de las costas al final del procedimiento de anulación.

C. LA PRIMERA SESIÓN

19. Tal como exigen las Reglas 13 y 53 de las Reglas de Arbitraje CIADI, y por acuerdo entre las Partes, la Primera Sesión se celebró el día sábado, 21 de abril de 2012, en Washington DC, en el Hotel Park Hyatt, ubicado en 1201 24th Street, NW Washington DC 20037, desde las 9:00 a.m. hasta las 11:11 a.m. Las siguientes personas participaron en la sesión:

Miembros del Comité *ad hoc*:

Juez Dominique Hascher, Presidente del Comité

Prof. Donald McRae, Miembro

Prof. David Williams, Miembro (enlace por videoconferencia)

Secretariado del CIADI:

Sra. Anneliese Fleckenstein, Secretaria del Comité

En representación del Sr. Tza Yap Shum:

Sr. Carlos Paitán Contreras, Estudio Paitán & Abogados

Sr. Christian Carbajal Valenzuela, Estudio Paitán & Abogados

En representación de la República del Perú:

Sr. Stanimir A. Alexandrov, Sidley Austin LLP

Sra. Marinn Carlson, Sidley Austin LLP

Sr. Andrew C. Blandford, Sidley Austin LLP

Sr. Carlos José Valderrama Bernal, Ministerio de Economía y Finanzas del

Perú
Sra. Yesenia Cabezas, Consejera-Funcionaria Diplomática de la Embajada del Perú

Intérpretes
Sr. Charles Roberts
Sra. Nancy Rocha

20. Durante la sesión, el Comité y las Partes debatieron una serie de cuestiones procesales, incluido el calendario de presentación de escritos. Las Partes confirmaron su acuerdo respecto de determinadas cuestiones procesales y realizaron presentaciones orales en cuanto a ciertos puntos de desacuerdo.
21. El día 23 de abril de 2012, el Presidente del Comité *ad hoc* emitió el Acta de la Primera Sesión del Comité *ad hoc* dejando constancia de las reglas de procedimiento que regirían el Procedimiento de Anulación.

D. LOS ESCRITOS DE LAS PARTES

22. Con arreglo al calendario de escritos acordado incluido en el Acta de la Primera Sesión, la República del Perú presentó su Memorial sobre Anulación el día 29 de junio de 2012, y el Sr. Tza Yap Shum presentó su Memorial de Contestación sobre el Recurso de Anulación el día 7 de septiembre de 2012. La República del Perú presentó su Réplica sobre Anulación el día 2 de noviembre de 2012.
23. El día 11 de diciembre de 2012, el Sr. Tza Yap Shum preguntó si la fecha límite para presentar su Dúplica sobre Anulación, que era el día 28 de diciembre de 2012, se veía afectada como consecuencia de la suspensión del procedimiento entre la renuncia del Profesor Williams y el nombramiento del Profesor Pryles. Ese mismo día, la República del Perú se opuso a toda prórroga, alegando que la suspensión no había menoscabado la capacidad del Sr. Tza Yap Shum de preparar su Dúplica. Mediante una carta de fecha 12 de diciembre de 2012, el Secretariado del CIADI les comunicó a las Partes que el Comité *ad hoc* le había concedido al Sr. Tza Yap Shum una prórroga de seis días a efectos de la presentación de su Dúplica sobre Anulación, a la luz de la suspensión del procedimiento derivada de la vacante que la renuncia del Profesor Williams había creado en el Comité *ad hoc*.

24. El Sr. Tza Yap Shum presentó su Escrito de Dúplica sobre el Recurso de Anulación el día 3 de enero de 2013.

E. LA AUDIENCIA SOBRE ANULACIÓN

25. Inicialmente, se programó que la Audiencia sobre Anulación tendría lugar en febrero de 2013 (20-22 o 25-27 de febrero de 2013) en la sede del Centro ubicada en Washington, DC. (Véase punto. 16.1 del Acta de la Primera Sesión). El día 31 de mayo de 2012, las Partes acordaron celebrar una audiencia de dos días de duración.
26. El día 27 de junio de 2012, previa consulta a las Partes, el Secretariado del CIADI confirmó que, dado que un Miembro del Comité no estaría disponible, la Audiencia sobre Anulación se había reprogramado para los días 14-15 de febrero de 2013.
27. El día 12 de diciembre de 2012, el Secretariado del CIADI informó a las Partes que, dado que un Miembro del Comité no estaría disponible, la Audiencia sobre Anulación debía reprogramarse. El día 4 de febrero de 2013, luego de consultar a ambas Partes, el Secretariado del CIADI informó a las Partes que la Audiencia sobre Anulación se había postergado hasta los días 28-29 de agosto de 2013.
28. El día 12 de marzo de 2013, tras una serie de intercambios entre las Partes, el Comité *ad hoc* determinó la agenda para la Audiencia sobre Anulación.
29. El día 20 de junio de 2013, dado que un Miembro del Comité no estaría disponible, el Secretariado del CIADI informó a las Partes que la Audiencia sobre Anulación debía reprogramarse para septiembre de 2013.
30. El día 26 de junio de 2013, las Partes escribieron una carta conjunta mediante la cual comunicaban que no estarían disponibles en las nuevas fechas propuestas y señalaban que sólo estarían disponibles para una Audiencia sobre Anulación los días 16-18 de enero de 2014, 6-9 de febrero de 2014 o 19-23 de marzo de 2014.
31. Mediante una carta del día 8 de julio de 2013, el Secretariado del CIADI informó a las Partes de que la Audiencia sobre Anulación se había reprogramado para los días 17-18 de enero de 2014.

32. El día 22 de noviembre de 2013, debido a problemas de salud de un Miembro del Comité, las Partes acordaron postergar la Audiencia sobre Anulación a dos días dentro del intervalo comprendido entre el 20 y el 23 de marzo de 2014. En consecuencia, el día 16 de enero de 2014, el Secretariado del CIADI les confirmó a las Partes que la Audiencia sobre Anulación tendría lugar los días viernes, 21 de marzo, y sábado, 22 de marzo de 2014, en la sede del Centro ubicada en Washington, DC.
33. El día 25 de febrero de 2014, el Secretariado del CIADI les recordó a las Partes que, de conformidad con la decisión del día 12 de marzo de 2013 adoptada por el Comité *ad hoc*, la agenda para la Audiencia sobre Anulación sería la siguiente:

Día 1

- 9:00 - 9:30 – Presentaciones
- 9:30 - 12:30 – Apertura de la Demandada (3 horas)
- 12:30 - 1:30 – Almuerzo
- 1:30 - 4:30 – Apertura de la Demandante (3 horas o menos)
- 4:30 - 6:30 – Declaración Pericial del Prof. Reisman (1 hora por parte)

Día 2

- 9:30 – 12:00 – Cierre de la Demandada (2 horas y media)
- 12:00 – 1:00 – Almuerzo
- 1:00 – 3:30 – Cierre de la Demandante (2 horas y media o menos)
- 3:30 – 5:30 – Preguntas del Comité

Se invitó a las Partes a realizar observaciones adicionales respecto de la agenda para la Audiencia sobre Anulación, a más tardar, el día 28 de febrero de 2014, y a informar al Comité *ad hoc* si sería necesario llevar a cabo una teleconferencia sobre la organización de la audiencia.

34. Los días 25 y 26 de febrero de 2014, las Partes confirmaron su acuerdo de conservar la agenda establecida para la Audiencia sobre Anulación e informaron al Comité que no habría necesidad de llevar a cabo una teleconferencia sobre la organización de la audiencia.
35. El día 12 de marzo de 2014, la República del Perú presentó tres autoridades legales adicionales que pretendía utilizar durante la Audiencia sobre Anulación, que aún no se habían mencionado en las presentaciones escritas de las Partes.
36. La Audiencia sobre Anulación se celebró en la Sede del Banco Mundial los días viernes, 21 de marzo – sábado, 22 de marzo de 2014. Las siguientes personas

participaron en la Audiencia:

Miembros del Comité *ad hoc*:

Juez Dominique Hascher, Presidente del Comité

Prof. Donald McRae, Miembro

Prof. Kaj Hobér, Miembro

Secretariado del CIADI:

Sra. Luisa Fernanda Torres, Secretaria del Comité

En representación del Sr. Tza Yap Shum:

Sr. Carlos Paitán Contreras, Estudio Paitán & Abogados

Sr. Christian Carbajal Valenzuela, Estudio Paitán & Abogados

Sr. José Salcedo, Estudio Paitán & Abogados

En representación de la República del Perú:

Sr. Stanimir A. Alexandrov, Sidley Austin LLP

Sra. Marinn Carlson, Sidley Austin LLP

Sr. Andrew C. Blandford, Sidley Austin LLP

Sr. Gavin Cunningham, Sidley Austin LLP (equipo de apoyo)

Sr. Carlos José Valderrama Bernal, Presidente de la Comisión Especial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión, Ministerio de Economía y Finanzas

Sra. Erika Lizardo, Embajada de la República del Perú en los Estados Unidos

Peritos

Profesor Michael Reisman, Profesor McDougal de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de Yale, perito en representación de la República del Perú

Intérpretes

Sra. Silvia Colla

Sr. Daniel Giglio

Sra. Judith Letendre

Estenógrafos

Sr. Leandro Iezzi

Sr. Dionisio Rinaldi

Sra. Gail Inghram Verbano

37. El Sr. Alexandrov y la Sra. Carlson se dirigieron al Comité en nombre y representación de la República del Perú. El Sr. Paitán y el Sr. Carvajal presentaron alegatos en nombre y representación del Sr. Tza Yap Shum. La audiencia fue grabada, y se preparó una transcripción textual, que se circuló a las Partes.
38. Al cierre de la Audiencia sobre Anulación, el Presidente del Comité *ad hoc* señaló que las Partes serían notificadas de la Decisión sobre Anulación a través del Secretariado

del CIADI.

39. El día 9 de abril de 2014, las Partes presentaron rectificaciones conjuntas respecto de la transcripción de la Audiencia sobre Anulación.
40. El día 14 de abril de 2014, se informó al Secretariado del CIADI que, desde el 31 de marzo de 2014, el Sr. Christian Carbajal ya no representaba al Sr. Tza Yap Shum en el marco del presente procedimiento.
41. El Comité *ad hoc* se reunió para deliberar en Washington, D.C. el día 23 de marzo de 2014 y continuó con sus deliberaciones posteriormente por diversos medios de comunicación.
42. El día 23 de diciembre de 2014, conforme a la Regla 28 de las Reglas de Arbitraje CIADI, el Comité *ad hoc* invitó a las Partes a presentar sus respectivas declaraciones sobre costas, a más tardar el día 9 de enero de 2015. La República del Perú y el Sr. Tza Yap Shum presentaron sus declaraciones respectivas en dicho día, y en respuesta a preguntas del Comité *ad hoc*, la República del Perú presentó una corrección el día 14 de enero de 2015.
43. Con arreglo a las Reglas 38(1) y 53 de las Reglas de Arbitraje CIADI, el procedimiento de anulación se declaró cerrado el día 15 de enero de 2015.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

44. La controversia entre el Sr. Tza Yap Shum, nacional de China, y la República del Perú surge de alegadas violaciones del APPRI Perú-China que afectaron la inversión del Sr. Tza Yap Shum en TSG Perú S.A.C. (o “TSG”), una sociedad constituida en Perú en el año 2001 que se dedicaba a la fabricación de productos alimenticios derivados del pescado y a su exportación a los mercados asiáticos.
45. En el año 2004, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (“SUNAT”) comenzó a llevar a cabo una serie de acciones que, según el Sr. Tza Yap Shum, destruyeron las operaciones comerciales y la viabilidad económica de TSG. La SUNAT consideraba a TSG una compañía industrial y no una compañía de servicios que operaba como fuente de financiamiento de la industria pesquera

peruana, tal como alegara el Sr. Tza Yap Shum. Según se alegó, la causa inmediata del impacto en TSG fue el embargo ilegal y arbitrario de las cuentas de la compañía, que le impidió operar en forma ininterrumpida.

46. La auditoría de TSG que la SUNAT llevó a cabo en el año 2004 resultó en la emisión durante el año 2005 de 95 decisiones, resoluciones y multas retroactivas en materia tributaria resultantes de violaciones de las leyes de impuesto a la renta (“IR”) e impuesto general a las ventas (“IGV”), que ascendían a un total de US\$ 45 millones aproximadamente. Los recursos administrativos planteados por TSG ante la SUNAT en contra de estas decisiones llevaron a la reducción de la deuda tributaria de TSG en un 13,5 %. En instancia de apelación, el Tribunal Fiscal del Perú redujo la deuda de TSG en un 31,3 %.
47. El día 28 de enero de 2005, la SUNAT emitió una Resolución Coactiva a fin de congelar las cuentas bancarias de TSG hasta el monto de S/. 3.535.791 y notificó a quince bancos peruanos de su decisión. El mismo día, la SUNAT también emitió otras dos Resoluciones Coactivas a fin de embargar tres vehículos y congelar hasta S/. 8.000.000 en forma de retenciones por parte de terceros. Estas Resoluciones Coactivas se notificaron a siete compañías que eran clientes de TSG.
48. El recurso administrativo planteado por TSG ante la SUNAT en contra de estos embargos bancarios fue rechazado, al igual que la apelación interpuesta ante el Tribunal Fiscal del Perú en contra de la decisión administrativa. Mientras la apelación continuaba pendiente, TSG solicitó una declaración de concurso preventivo en el mes de marzo de 2005.
49. En las circunstancias descritas, el día 29 de septiembre de 2006, el Sr. Tza Yap Shum y TSG presentaron una Solicitud de Arbitraje en contra de la República del Perú ante el CIADI. De acuerdo con la Solicitud de Arbitraje, se habían vulnerado las siguientes disposiciones 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.”³

50. El día 12 de febrero de 2007, luego del retiro de TSG de la Solicitud en el mes de enero de 2007, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje del Sr. Tza Yap Shum en contra de la República del Perú. El Tribunal de Arbitraje quedó constituido el día 1 de octubre de 2007, y emitió su Decisión sobre Jurisdicción y Competencia el día 19 de junio de 2009 y dictó su Laudo el día 7 de julio de 2011.

III. DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2009

A. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

a. Argumentos de la Solicitante

i. Extralimitación manifiesta en las facultades

51. En primer lugar, la República del Perú alega que al declararse competente, el Tribunal de Arbitraje se extralimitó manifiestamente en sus facultades, según el **Artículo 52(1)(b)** del Convenio CIADI. La Solicitante sostiene que el Tribunal de Arbitraje ignoró el sentido corriente del APPRI Perú-China para asumir jurisdicción sobre reclamos en materia de expropiación más allá del “*monto de compensación por la expropiación*” al cual limita la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje el Artículo 8(3) del APPRI Perú-China.⁴

52. La República del Perú explica que el Tribunal de Arbitraje se equivocó de manera manifiesta al interpretar la cláusula de arbitraje del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China:

- “al ignorar el sentido corriente del texto para asumir jurisdicción sobre reclamos más allá del ‘monto de compensación por la expropiación’;
- al observar, pero posteriormente ignorar, el testimonio no refutado de los

³ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 31.

⁴ Memorial de la Demandada sobre Anulación (29 de junio de 2012) [en adelante, Memorial], párr. 162.

negociadores del APPRI [Perú-China] chinos y peruanos, quienes estuvieron de acuerdo en que las Partes Contratantes pretendían limitar la jurisdicción del CIADI a las controversias sobre el ‘monto de compensación’;

- al considerar, pero posteriormente ignorar, la notificación de China al CIADI (contemporánea con sus negociación del APPRI [Perú-China]) que confirmaba el alcance reducido de su consentimiento a la jurisdicción;
- al tergiversar la jurisprudencia que sostuvo respaldaba su interpretación de la expresión ‘el monto de compensación’; y
- al basar su interpretación de la cláusula arbitral no en los argumentos desarrollados por las partes, sino en sus propias teorías no desarrolladas que las partes no tuvieron oportunidad de abordar –por ejemplo, el análisis contextual *sua sponte* del Tribunal de la cláusula de elección de foro irrevocable [*fork-in-the-road*] del APPRI [Perú-China] que fue (mal)interpretada tan ampliamente que habría excluido necesariamente esta controversia (si el Tribunal hubiera aplicado su propia lógica al caso ante sí).”⁵
[Traducción del Comité]

Según la República del Perú, cada uno de estos errores es manifiesto, y tomados en su conjunto, constituyen un “*caso inequívoco de extralimitación manifiesta de facultades porque el Tribunal [de Arbitraje] fundó su jurisdicción en múltiples errores y tergiversaciones evidentes.*”⁶ [Traducción del Comité]

ii. Falta de expresión de motivos

53. En segundo lugar, la República del Perú argumenta que, bajo el **Artículo 52(1)(e)** del Convenio CIADI, en la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia el Tribunal de Arbitraje no expresa motivos con respecto al sentido corriente del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China del:

- “por qué decidió *sua sponte* concentrarse solamente en un único término del tratado - ‘involucra’ - e ignorar en gran medida ‘el monto de compensación’;

⁵ Réplica, párr. 2.

⁶ Réplica, párr. 2.

- por qué ignoró otras definiciones posibles para ‘involucra’, y tomó sólo una definición posible, ‘incluir’;
- por qué interpretó ‘incluye’ como ‘que incluye pero no se limita a’; y
- por qué únicamente los reclamos sobre expropiación – y no, por ejemplo, los reclamos sobre trato justo y equitativo – estarían incluidos en las controversias ‘que incluyen pero no se limitan al’ monto de compensación por la expropiación.”⁷ [Traducción del Comité]

54. La República del Perú agrega que, con respecto al contexto del Artículo 8(3), el Tribunal de Arbitraje no expresó los motivos del:

- “por qué decidió *sua sponte* concentrarse en la cláusula de elección de foro irrevocable cuando ninguna de las partes había argumentado que la disposición era de relevancia para la interpretación de la cláusula arbitral;
- por qué interpretó el término ‘controversia’ de manera tan amplia que la cláusula de elección de foro irrevocable habría excluido incluso los reclamos del Demandante [el Sr. Tza Yap Shum] en este caso (si el Tribunal hubiese considerado la cuestión) – constituyendo una clara contradicción en el razonamiento del Tribunal;
- por qué no consideró la jurisprudencia estándar que aplica una cláusula de elección de foro irrevocable para excluir sólo una controversia idéntica en la cual las partes y los reclamos son los mismos; y
- por qué supuso que todas las controversias sobre compensación por expropiación involucran necesariamente una determinación *judicial* de si ha habido o no expropiación – sin tener en cuenta para nada situaciones donde, por ejemplo, una expropiación podría surgir de la Ley de Expropiación de Perú, que el Demandante [el Sr. Tza Yap Shum] había citado en su presentación escrita.”⁸ [Traducción del Comité]

⁷ Réplica, párr. 95.

⁸ Réplica, párr. 96.

55. La República del Perú afirma además que el Tribunal de Arbitraje no expresó sus motivos con respecto al objeto y fin del APPRI Perú-China para:

- “adoptar un enfoque basado en políticas para dejar de lado el sentido corriente del Artículo 8(3);⁹”
- “construir una presunción de que *la cláusula arbitral en particular*, tenía el único objeto de beneficiar a los inversionistas”¹⁰, o dicho de otra manera, para el “escepticismo [del Tribunal] respecto de si dicho mecanismo [limitado de resolución de controversias] podría posiblemente ayudar a atraer inversionistas extranjeros”¹¹, e
- “ignorar el resultado absurdo de que o la totalidad de los APPRI chinos iniciales esencialmente carecían de todo objeto y fin o de que la cláusula arbitral en todos ellos debe ser interpretada en sentido amplio independientemente del sentido corriente de sus textos.”¹² [Traducción del Comité]

56. La República del Perú argumenta además que, aunque el Tribunal de Arbitraje invocó el Artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”) y analizó las circunstancias de las negociaciones del APPRI Perú-China, no expresó los motivos con respecto a las circunstancias de las negociaciones del APPRI Perú-China del/para:

- “por qué ignoró la totalidad de la prueba no refutada relativa a las intenciones de las Partes Contratantes, tal y como fue proporcionada por los relatos idénticos de los negociadores chinos y peruanos de sus comunicaciones e intenciones compartidas;
- contradecirse a sí mismo al hacer hincapié en primer lugar sobre la importancia de tener en cuenta los *travaux* y luego ignorar el resultado claro de esa consulta; y

⁹ Réplica, párr. 97.

¹⁰ Réplica, párr. 97.

¹¹ Réplica, párr. 19 (citando la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia párr. 153).

¹² Réplica, párr. 97.

- por qué se negó a examinar la importancia de la notificación de China del año 1993 bajo el Artículo 25 del Convenio CIADI, el cual constituyó la base de la propia jurisdicción del Tribunal en el presente caso CIADI.”¹³ [Traducción del Comité]

57. La Solicitante afirma asimismo que, con respecto a su “*interpretación del Artículo 8 en base a otras decisiones y laudos arbitrales*”, el Tribunal de Arbitraje no expresó sus motivos para/del:

- “rechazar decisiones anteriores citadas por Perú debido a la falta de *travaux*, ignorando al mismo tiempo la evidencia clara y no refutada presentada ante el Tribunal respecto de los trabajos preparatorios del APPRI China-Perú;
- tergiversar tres decisiones inadecuadas como respaldo de su interpretación del Artículo 8(3); y
- por qué consideró que *European Media Ventures* era persuasiva cuando, de hecho, el enfoque del *English High Court* sobre los trabajos preparatorios y el término ‘monto’ favorecen a la Demandada.”¹⁴ [Traducción del Comité]

iii. Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento

58. En tercer lugar, la República del Perú afirma que, bajo el **Artículo 52(1)(d)** del Convenio CIADI, el Tribunal de Arbitraje incurrió en un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento al asumir jurisdicción cuando ésta no existía.¹⁵

59. La Solicitante sostiene asimismo que el Tribunal de Arbitraje incurrió en un

¹³ Réplica, párr. 98.

¹⁴ Réplica, párr. 99.

¹⁵ Réplica, párr. 101. La palabra “*fundamental*” / “*fondamentale*” que aparece en los textos en inglés y francés del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI, no aparece en el texto en español de dicha disposición. El Comité nota, sin embargo, que ambas Partes han usado la palabra “*fundamental*” en sus presentaciones, y ninguna de las Partes ha presentado el asunto como una cuestión ante el Comité. Véase Memorial, §§ IV(C), V(B)(3) y VI(B)(3) (inglés); Memorial de Contestación, §§ II(D) y III(C) (español e inglés); Réplica §§II(B)(3) and III(B)(3) (inglés); Dúplica §§II(C) y IV(C) (inglés). A la luz de la conducta de las Partes y considerando el uso de la palabra “*fundamental*” en los textos en inglés y francés del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI, el Comité la usará en su discusión de esta causal de anulación en los textos tanto en idioma inglés como español de la Decisión sobre Anulación.

quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento al decidir ante la existencia de numerosas pruebas en contrario que no habían sido refutadas por la parte contraria, y hacerlo sin dar explicación adecuada alguna.¹⁶ La República del Perú alega asimismo que la falta de expresión de los motivos del Tribunal de Arbitraje en los que se funda su Decisión sobre Jurisdicción y Competencia constituye un quebrantamiento grave de la norma fundamental de procedimiento según la cual un tribunal debe abordar las cuestiones substanciales presentadas por las partes.¹⁷

60. La República del Perú sostiene asimismo que se le denegó la oportunidad de expresar sus opiniones respecto de dos cuestiones particulares que el Tribunal de Arbitraje consideró críticas, pero que ninguna de las partes planteó en sus presentaciones escritas o durante la audiencia. Según la Solicitante:

- “En primer lugar, el Tribunal formuló su interpretación amplia del término ‘involucra’ de manera *sua sponte*, puesto que el Demandante [el Sr. Tza Yap Shum] no propuso esta interpretación. En cambio, el Demandante [el Sr. Tza Yap Shum] había admitido que, en el Artículo 8 literalmente leído, Perú sólo prestaba su consentimiento a la jurisdicción sobre controversias sobre el monto de compensación por la expropiación.
- En segundo lugar, el Tribunal decidió *sua sponte* que la cláusula de elección de foro irrevocable del APPRI exigía una interpretación amplia de la cláusula de arbitraje, porque (de acuerdo al Tribunal), necesariamente prohibía todo arbitraje CIADI luego de ocurrido cualquier litigio relacionado ante los tribunales locales. Si se le hubiera brindado a Perú la oportunidad de abordar esta cuestión, habría señalado los numerosos errores en la interpretación desorganizada de la cláusula de elección de foro irrevocable por el Tribunal.”¹⁸ [Traducción del Comité]

61. La República del Perú concluye que la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia debe ser anulada “*en tanto sostuvo que la controversia con respecto a la existencia de*

¹⁶ Réplica, párr. 102.

¹⁷ Réplica, párr. 103.

¹⁸ Réplica, párr. 104.

*una expropiación se encontraba dentro del ámbito del Artículo 8(3) del APPRI.*¹⁹ [Traducción del Comité]. La República del Perú le solicita al Comité que le exija al Sr. Tza Yap Shum “*soportar todas las costas y honorarios, incluidos los honorarios de los abogados, relacionados con este proceso de anulación.*”²⁰ [Traducción del Comité]

b. Argumentos del Sr. Tza Yap Shum

i. Inexistencia de extralimitación manifiesta en las facultades

62. El Sr. Tza Yap Shum hace hincapié en que el alcance de la revisión de un comité de anulación no le permite reevaluar las conclusiones a las que llegó el Tribunal a la luz de las reglas de interpretación de la CVDT, ni tampoco debe un comité *ad hoc* imponer su propia valoración de la prueba.²¹ Argumenta que la secuencia de interpretación seguida por el Tribunal observó el orden exigido por la CVDT e incluyó todos los factores relevantes. Para el Sr. Tza Yap Shum, el Tribunal de Arbitraje interpretó el Artículo 8(3) del APPRI Perú-China de acuerdo con la metodología establecida en la CVDT, hallando el sentido corriente del término “*que involucra el monto de compensación por la expropiación*”, examinando el contexto, objeto y fin del APPRI Perú-China, y confirmando la interpretación adoptada mediante la utilización de medios complementarios tales como: (i) la notificación de China al CIADI cuando depositó los instrumentos de ratificación el día 7 de enero de 1993, (ii) la evidencia acerca de los trabajos preparatorios y las circunstancias en las que se redactó el APPRI definitivo entre Perú y China incluida en las declaraciones testimoniales del Sr. Fan y la Sra. Vega, (iii) los tratados de inversión suscritos por China con anterioridad al APPRI Perú-China y (iv) la declaración del Profesor Chen, el experto jurídico chino de la República del Perú.²²
63. El Sr. Tza Yap Shum sostiene además que el Tribunal respondió asimismo a los

¹⁹ Memorial, párr. 260. Véase, asimismo, Réplica, párr. 181.

²⁰ Memorial, párr. 260.

²¹ Memorial de Contestación del Demandante sobre el Recurso de Anulación (7 de septiembre de 2012) [en adelante Memorial de Contestación], párrs. 63-64. Véase, asimismo, Escrito de Dúplica del Demandante sobre el Recurso de Anulación (3 de enero de 2013) [en adelante, Dúplica], párr. 20.

²² Memorial de Contestación, párrs. 43-48, 55-58. Véanse, asimismo, *íd.*, 63-64, 79, 141-145.

argumentos de la República del Perú acerca de la interpretación del Artículo 8(3).²³ Sostiene que “*la interpretación realizada por el Tribunal es válida y razonable, se encuentra debidamente sustentada, no pudiendo por ello considerarse un error de derecho en la interpretación del Tratado, ni mucho menos un error manifiesto, que pudiera justificar la anulación de la Decisión de Jurisdicción.*”²⁴

ii. Inexistencia de falta de expresión de motivos

64. El Sr. Tza Yap Shum afirma que el Tribunal sí expresó los motivos en que fundó su Decisión sobre Jurisdicción y Competencia.
65. En relación con el enfoque *sua sponte* al término “*involucra*”, el Sr. Tza Yap Shum dice que, frente a interpretaciones opuestas de las Partes en relación al sentido de “*involucra el monto de compensación*”, correspondía al Tribunal ejercer su competencia para examinar el Tratado. El Sr. Tza Yap Shum hace hincapié en que no compete a un comité *ad hoc* analizar si un tribunal debió optar por uno u otro significado posible, ni tampoco realizar una reevaluación de los posibles significados de un término ambiguo del Tratado, ya que hacerlo implicaría revisar temas de fondo ya resueltos por el tribunal. Agrega que una interpretación del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China como la realizada por el Tribunal es una opción válida conforme a antecedentes internacionales, y le permite al lector entender la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia.²⁵
66. En relación con el enfoque *sua sponte* a la cláusula de elección de foro irrevocable que, de acuerdo a la Solicitante, no había sido objeto de discusión entre las Partes, el Sr. Tza Yap Shum observa que: (i) aunque las Partes no hicieron referencia expresa al término, fue la República del Perú y su experto, el Profesor Chen, quienes plantearon el asunto ante el Tribunal y (ii) su concepto, alcance y consecuencias fueron materia de debate entre las Partes durante el procedimiento de arbitraje.²⁶
67. Con respecto a la afirmación de la República del Perú de que la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia era contradictoria porque la interpretación amplia del

²³ Memorial de Contestación, párrs. 49-54.

²⁴ Dúplica, párr. 21.

²⁵ Memorial de Contestación, párrs. 67, 70-71; Dúplica, párrs. 38-43.

²⁶ Memorial de Contestación, párrs. 77-78; Dúplica, párrs. 45-47.

término “*involucra*” adoptada por el Tribunal habría permitido la inclusión de controversias relativas a la norma de trato justo y equitativo sobre las cuales el Tribunal se había declarado incompetente, el Sr. Tza Yap Shum observa que “[c]omo es evidente de la sola lectura del Art. 8(3), la norma se refiere específicamente al supuesto de expropiación, no a otros estándares de protección”²⁷ y agrega que la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia detalla en el párrafo 152 “los otros supuestos de reclamos vinculados a expropiación sobre los que el Tribunal tendría competencia”, tales como “la ilegalidad de la expropiación, [la existencia de] el interés público alegado en la expropiación, que no haya existido discriminación, [y] el pago de compensación en la expropiación.”²⁸

68. Con respecto a la alegada desestimación de la evidencia presentada por la Solicitante con relación a los trabajos preparatorios para la negociación del APPRI Perú-China y las declaraciones testimoniales de los negociadores, el Sr. Tza Yap Shum subraya que el Tribunal observó que los *travaux préparatoires* y las declaraciones testimoniales no constituían una evidencia concluyente de que el Artículo 8(3) del APPRI Perú-China limitaba la jurisdicción a los reclamos de compensación por expropiación, y argumenta que la conclusión del Tribunal es una conclusión válida y razonable adoptada en ejercicio pleno de su autonomía en la asignación de valor probatorio a la evidencia ofrecida por las Partes.²⁹ Además, para el Sr. Tza Yap Shum, el análisis del Tribunal de Arbitraje de la notificación de China de conformidad con el Artículo 25(4) del Convenio CIADI en ejercicio de su autonomía para evaluar evidencia es asimismo absolutamente razonable y está adecuadamente fundamentado.³⁰
69. En lo que concierne a la afirmación de la Solicitante de que la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia se fundó en laudos inapropiados, el Sr. Tza Yap Shum señala que “la distinta interpretación de los precedentes arbitrales se encuentra [asimismo] vinculada con la autonomía que tiene el Tribunal para valorar los distintos elementos de juicio aportados por las partes, no constituyendo una causal de anulación.”³¹ En cualquier caso, el Demandado señala que cada una de las

²⁷ Memorial de Contestación, párr. 73.

²⁸ Memorial de Contestación, párr. 74.

²⁹ Memorial de Contestación, párrs. 81-82; Dúplica, párrs. 60-65.

³⁰ Dúplica, párrs. 68-73.

³¹ Memorial de Contestación, párr. 87. Véase, asimismo, Dúplica, párr. 74.

decisiones en las que se fundó la República del Perú en sus presentaciones sobre anulación (*RosInvest*, *Berschader* y *Austrian Airlines*) abordan cláusulas de jurisdicción que difieren de manera evidente y esencial del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China. Para el Sr. Tza Yap Shum, la interpretación de otros precedentes arbitrales por parte del Tribunal de Arbitraje respalda la interpretación amplia del Artículo 8(3).³²

70. En síntesis, el Sr. Tza Yap Shum asevera que:³³

- a. “El Tribunal señaló las razones de su interpretación de los términos ‘involucra’ y del concepto derivado ‘involucra pero no limitado a’, conforme había sido discutido por las partes durante el proceso;
- b. El Tribunal señaló las razones por las cuales optó por un significado amplio del término ‘involucra’, de conformidad con una interpretación contextual y teleológica del APPRI;
- c. El Tribunal señaló las razones por las cuales solamente controversias relativas a expropiación serían de competencia del Tribunal y no otras, tales como las referidas a trato justo & equitativo;
- d. El Tribunal señaló las razones de su interpretación de la cláusula ‘*fork-in-the-road*’ contenida en el Art. 8(3) del APPRI y su relación con los argumentos expresados por las partes;
- e. El Tribunal realizó una interpretación válida del Art. 8(3) del APPRI, sin desconocer un supuesto significado ‘*a la vista*’ (plain meaning) de este artículo [...], ya que el término ‘involucra’ es ambiguo y requería interpretación del Tribunal;
- f. El Tribunal no se basó en una supuesta presunción que el arbitraje y la cláusula arbitral en particular, benefician únicamente al inversor, al favorecer a la promoción de las inversiones en general, beneficiando tanto a los inversionistas como a los Estados;

³² Dúplica, párrs. 80-83.

³³ Dúplica, párr. 90.

- g. El Tribunal fundamentó las razones por las cuales las distintas cláusulas de los APPRI de China pueden ser interpretadas de distinta forma, al contener una redacción muy distinta a la contenida en el APPRI Perú-China;
- h. El Tribunal no ignoró los trabajos preparatorios y los testimonios de los negociadores del APPRI, de hecho los analizó en extenso. Simplemente no le causó convicción la interpretación restrictiva que ofreció [la República del Perú], motivando el Tribunal las razones de su discrepancia;
- i. El Tribunal no ignoró la notificación de China al CIADI de 1993, únicamente el Tribunal consideró, conforme al Convenio CIADI, que dicho acto no condicionaba el consentimiento y no tenía consecuencias legales directas en el APPRI suscrito posteriormente, motivando su posición adecuadamente;
- j. Luego de señalar que la jurisprudencia arbitral no es vinculante, el Tribunal interpretó adecuadamente los antecedentes arbitrales invocados por las partes, así como los sugeridos por el propio Tribunal, les asignó el valor que consideró adecuado y llegó a conclusiones debidamente fundamentadas, que [la República del Perú] simplemente no compartió.”

iii. Inexistencia de un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento

71. Finalmente, el Sr. Tza Yap Shum opina que en la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia el Tribunal no quebró ninguna norma fundamental de procedimiento. Argumenta que la interpretación del término “*involucra*” como “*incluye pero no se limita a*” no puede ser disociada de los argumentos de las Partes durante la audiencia. Agrega que la referencia por parte del Tribunal a la cuestión de la cláusula *fork-in-the-road* se hizo a fines explicativos y complementarios a la luz de todas las circunstancias del caso y aunque una referencia expresa a la cuestión de la cláusula *fork-in-the-road* no fue formalmente mencionada, el tema se desarrolló a plenitud en los debates entre las Partes.³⁴ Finalmente observa que la afirmación de la República del Perú respecto de la existencia de un quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento como consecuencia directa de su objeción en virtud de las otras

³⁴ Memorial de Contestación, párrs. 93, 96-97.

causales de anulación (extralimitación manifiesta en las facultades y falta de expresión de motivos) fracasa porque esas otras causales tampoco han sido establecidas.³⁵

B. EL ANÁLISIS DEL COMITÉ

a. Artículo 52(1)(B): Extralimitación manifiesta en las facultades

72. La objeción a la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia depende de la interpretación por parte del Tribunal de Arbitraje de la cláusula de resolución de controversias en el Artículo 8 del APPRI Perú-China, que reza en la parte pertinente:

“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 los [sic] posible, resuelta amigablemente a través de negociaciones entre las partes de la controversia.

2. Si la controversia no [sic] 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.

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.

4. [...]”³⁶

³⁵ Dúplica, párrs. 92-93.

³⁶ Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre

73. La República del Perú objeta la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia por una extralimitación manifiesta en las facultades esencialmente aduciendo que el Tribunal de Arbitraje ignoró el sentido corriente del APPRI Perú-China para asumir jurisdicción sobre reclamos relativos a expropiación más allá de “*el monto de compensación por la expropiación*” establecido en la cláusula arbitral del Artículo 8(3) del APPRI.³⁷ La República del Perú argumenta que los términos de su oferta al arbitraje en el Artículo 8 son claros e inequívocos. En consecuencia, sólo pueden someterse al arbitraje del CIADI las controversias sobre el monto de compensación adeudado a un inversionista luego de una determinación de la ilegalidad de la expropiación.³⁸
74. La República del Perú objetó la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje precisamente porque la controversia con el Sr. Tza Yap Shum sobre el principio de expropiación indirecta exigía una expresión adicional de consentimiento que la República del Perú no otorgó.³⁹ No obstante, el Tribunal de Arbitraje concluyó que el sentido corriente de la cláusula arbitral era ambiguo e interpretó que las palabras “*una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación*” en la primera oración del Artículo 8(3) le otorgaban jurisdicción sobre una controversia que incluía, pero no estaba limitada al monto de compensación por la expropiación. El Tribunal de Arbitraje sostuvo:

“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 ‘abarcар, incluir, comprender.’ 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

Promoción y Protección Recíproca Inversiones, suscrito el día 9 de junio de 1994, en vigor desde el día 1 de febrero de 1995 [en adelante, APPRI Perú-China], Art. 8 (Exh. RA-004).

³⁷ Memorial, párr. 162.

³⁸ Véase Memorial, párrs. 89-120. Véase asimismo, Escrito Post-Audiencia de la República del Perú sobre Objeciones Jurisdiccionales (18 de noviembre de 2008), párrs. 81-85.

³⁹ Memorial de Objeciones a Jurisdicción y Admisibilidad (28 de marzo de 2008), párrs. 105-145, citados en la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 129.

‘*involucra.*’”⁴⁰

Según la República del Perú, el Tribunal de Arbitraje tornó en carentes de sentido a las palabras limitantes “*monto de compensación por la expropiación*” en la cláusula arbitral. También tornó en carente de sentido a la segunda oración del Artículo 8(3) conforme a la cual el arbitraje de “[c]ualquier controversia relativa a otros asuntos” exige el consentimiento de las partes de la controversia, porque en la interpretación del Tribunal de Arbitraje, estos “*otros asuntos*” ya se encontrarían dentro de la jurisdicción automática del Tribunal de Arbitraje siempre y cuando fueran presentados conjuntamente con el reclamo de expropiación.⁴¹

75. Las alegaciones de la República del Perú de que el Tribunal de Arbitraje decidió *sua sponte* sobre la interpretación del Artículo 8(3) sobre la base de teorías que las Partes no tuvieron oportunidad de abordar, serán tratadas en la sección *infra* sobre el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. En el contexto del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI, el Comité se ocupa sólo de los argumentos de la República del Perú de que el análisis del Tribunal de Arbitraje ignoró el texto acordado mutuamente por las Partes Contratantes y alteró de esta manera el régimen jurídico del APPRI Perú-China.⁴²
76. El Comité está de acuerdo con la República del Perú en que, puesto que la jurisdicción de un tribunal de arbitraje se apoya en el consentimiento de las partes, ignorar los términos del acuerdo de las partes del modo en que está expresado en la cláusula arbitral constituye una extralimitación de facultades. Más generalmente, una extralimitación en las facultades tiene lugar toda vez que las facultades ejercidas por los árbitros no son aquellas que les fueron otorgadas. De ello se desprende que un tribunal de arbitraje usurpa sus facultades cuando le atribuye a las partes acuerdos y declaraciones que estas no han hecho.
77. La República del Perú señala que “[d]eterminados tipos de errores atroces cometidos por un tribunal con respecto al alcance de su jurisdicción pueden, si así lo exigen los

⁴⁰ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 151.

⁴¹ Réplica, párr. 15.

⁴² Memorial, párr. 87.

hechos, ser caracterizados como una causal de anulación.”⁴³ [Traducción del Comité]. En la audiencia, los estándares de anulación fueron discutidos por iniciativa de la República del Perú. Su Perito, el Profesor Reisman, fue interrogado y contra-interrogado por las Partes, e interrogado por los Miembros del Comité.⁴⁴

78. El Comité observa que el texto del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI no hace distinción alguna entre las decisiones del tribunal arbitral sobre la competencia o el fondo de la diferencia.⁴⁵ Esto ha sido reconocido también de manera sostenida por decisiones de otros comités *ad hoc*.

79. En *Soufraki c. EAU*, el Comité *ad hoc* sostuvo que no encontró:

*“ningún motivo para ignorar la regla que establece que la extralimitación en las facultades debe ser manifiesta para que sea anulable cuando el asunto tratado es de carácter jurisdiccional. El Artículo 52(1)(b) del Convenio no distingue entre las conclusiones sobre la jurisdicción y las conclusiones sobre el fondo de la diferencia [...]. Por ende, el requisito de que la extralimitación en las facultades debe ser ‘manifiesta’ se aplica de la misma manera cuando la cuestión es jurisdiccional. Un error jurisdiccional no es una categoría distinta de extralimitación en las facultades. Hay causal de anulación sólo si un tribunal del CIADI incurre en una extralimitación en sus facultades, ya sea en una cuestión vinculada a la jurisdicción o al fondo de la diferencia.”*⁴⁶ [Traducción del Comité]

En *Lucchetti c. Perú*, el Comité *ad hoc* observó que:

“[...] el requisito previsto en el Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI no consiste exclusivamente en que el Tribunal se haya excedido en sus poderes, sino en que esa extralimitación sea ‘manifiesta.’ Con base en la doctrina, parece que existen opiniones divergentes sobre el impacto de ese requisito. Algunos sostienen que en los casos en que un comité ad hoc concluye que un tribunal ha asumido competencia erróneamente o ha faltado a su obligación de asumirla, corresponde anular total o parcialmente el laudo, sin

⁴³ Memorial, párr. 161 (citando a W. Michael Reisman, Opinión sobre Anulación por Razones de *Excès de Pouvoir* y Falta de Expresión de Motivos de la Decisión sobre Jurisdicción (27 de junio de 2012) [en adelante, Opinión de Reisman] (Exh. RA-001), párr. 15).

⁴⁴ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 195:8 – 265:15.

⁴⁵ Véase *asimismo*, Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción Tomo 1, 248: 12-20 (interrogatorio a Reisman).

⁴⁶ *Hussein Nuaman Soufraki c. Los Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI No. ARB/02/7, Decisión sobre Anulación (5 de junio de 2007) [en adelante *Soufraki c. EAU*], paras 118-119 (Exh. RA-LA-041).

considerar la cuestión de si la extralimitación fue o no manifiesta. Otros creen que si el tribunal, pese a haber asumido competencia por error, o haber faltado a su obligación de asumirla, ha emitido una decisión razonable sobre el punto, la anulación es improcedente, pues en ese caso el tribunal no ha actuado en forma manifiestamente contraria al Convenio Bilateral.

El Comité ad hoc, por su parte, concede peso al hecho de que la redacción del Artículo 52(1)(b) es de alcance general y no introduce excepción alguna en materia de competencia. Además, una solicitud de anulación no constituye una apelación, por lo cual no correspondería revisar en su totalidad el laudo del tribunal. Uno de los fines generales del Artículo 52, previsto en el apartado (1)(b), sería que la anulación no debería declararse fácilmente. Desde esta perspectiva, el Comité considera que también en materia de competencia debería darse considerable peso al vocablo ‘manifiesta’.”⁴⁷

La deferencia a las conclusiones jurídicas y fácticas de un tribunal de arbitraje es la misma para cualquier decisión. Por ende, los estándares de revisión para la competencia son iguales a aquellos aplicados por los comités *ad hoc* cuando analizan cualquier otra cuestión decidida por un tribunal arbitral.⁴⁸

80. El Comité reconoce que no habría un laudo vinculante en el sentido del Artículo 53 del Convenio CIADI si un laudo pudiera ser anulado porque el tribunal arbitral malinterpretó el lenguaje del tratado. Tal como destacara un Comité *ad hoc*, “[l]a interpretación de los tratados no es una ciencia exacta, y es frecuente que una norma en disputa admita más de una interpretación, y en algunos casos varias interpretaciones.”⁴⁹ En la opinión del Comité, la interpretación errónea de la cláusula arbitral no equivale a una extralimitación manifiesta en las facultades. La interpretación, tal como se ha dicho, deja espacio para la discusión:

“Cuando un tribunal se aboca a la interpretación de un instrumento de consentimiento escrito a la luz de las circunstancias imperantes o en el contexto de otros documentos, resulta improbable que la

⁴⁷ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. (anteriormente, Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Anulación (5 de septiembre de 2007) [en adelante *Lucchetti c. Perú*, párrs. 100-101 (Exh. RA-LA-045)].

⁴⁸ *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Decisión sobre Anulación (19 de octubre de 2009) [en adelante, *MCI c. Ecuador*], párr. 55 (Exh. CA-LA-2.14)

⁴⁹ *Lucchetti c. Perú*, párr. 112 (Exh. RA-LA-045).

interpretación final del significado del documento en base a todas las pruebas y presentaciones de las partes represente una extralimitación manifiesta de sus facultades. Es improbable que una interpretación constituya una extralimitación manifiesta de las facultades de un tribunal aún cuando de lugar a debate [...].”⁵⁰

81. Entre los casos de anulación que han sido citados por las Partes en sus presentaciones respectivas, el Comité identifica la decisión del Comité en *Klöckner c. Camerún I* que en etapas tempranas subrayó que:

“en tanto las respuestas parecen sostenibles y no arbitrarias, no constituyen la extralimitación manifiesta en las facultades que por sí sola justificaría la anulación en virtud del Artículo 52(1)(b).”⁵¹
[Traducción del Comité]

El Comité en *CDC c. Seychelles* confirmó que:

“Una extralimitación aparente en la conducta de un Tribunal, que sea susceptible de argumentos ‘de una forma u otra’, no es manifiesta.”⁵² [Traducción del Comité]

Y el Comité en *Lucchetti c. Perú* hizo hincapié en que un comité *ad hoc* no debería substituir su propia decisión por aquella del tribunal de arbitraje:

“[...] La interpretación [...] adoptada por el Tribunal es claramente admisible. También es claro que no es la única interpretación admisible. Al Comité no se le ha encomendado la tarea de establecer si una interpretación es ‘mejor’ que otra, ni, en realidad, cuál de varias interpretaciones posibles puede considerarse ‘la mejor’ [...].”⁵³

En sentido similar, el Comité en *Duke c. Perú* expresó que:

“Un comité ad hoc, por lo tanto, no puede anular un laudo si la postura del tribunal sobre una cuestión de derecho es defendible,

⁵⁰ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Limited c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28, Decisión sobre Anulación (1 de marzo de 2011) [en adelante *Duke c. Perú*], párr. 160 (Exh. CA-LA-2.4).

⁵¹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Sociétés Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Anulación (3 de mayo de 1985) [en adelante *Klöckner c. Camerún I*], párr. 52(e) (Exh. RA-LA-055).

⁵² *CDC Group plc c. República de las Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14, Decisión sobre Anulación (29 de junio de 2005) [en adelante *CDC c. Seychelles*], párr. 41 (Exh. CA-LA-2.2).

⁵³ *Lucchetti c. Perú*, párr.112 (Exh. RA-LA-045).

incluso si el comité considera que es incorrecta desde el punto de vista legal. Sólo un comité ad hoc puede determinar la existencia de una extralimitación manifiesta de facultades teniendo en cuenta las cuestiones de hecho y de derecho sobre las que el tribunal arbitral funda su decisión y/o laudo a partir de los argumentos de las partes. Sin reabrir el debate sobre las cuestiones de hecho, el comité puede tomar en cuenta los hechos del caso como se presentaron en el expediente ante el tribunal para verificar si éste pudo llegar a una solución, por más discutible que sea. ¿Resulta la opinión del tribunal tan insostenible como para no estar respaldada por argumentos razonables? El hecho de que una solución sea discutible no implica que sea susceptible de anulación, dado que entonces la extralimitación de facultades no sería ‘manifiesta’.”⁵⁴

El Comité en *Fraport c. Filipinas* también estuvo:

*“convencido de que la jurisprudencia de los Comités ad hoc del CIADI sobre el estándar de ‘sostenible’ para revisión de cuestiones sobre jurisdicción debe ser interpretado de manera análoga.”*⁵⁵
[Traducción del Comité]

82. La existencia de un significado textual claro e inequívoco debe ser evidente, de conformidad con los estándares adoptados por las decisiones de comités *ad hoc* por extralimitación manifiesta en las facultades. Tal como se destacó, “*manifiestamente*” no se refiere a la gravedad de la extralimitación sino a la claridad con la cual se puede apreciar la extralimitación en las facultades. El Comité en *Soufraki c. EAU* sostuvo que “*una extralimitación manifiesta en las facultades implica que la extralimitación en las facultades debería ser a la vez textualmente evidente y substancialmente grave.*”⁵⁶ [Traducción del Comité] La práctica predominante de los comités *ad hoc* es explícita, como surge de las decisiones que las Partes han presentado en respaldo de su argumentación. En *Wena c. Egipto*, el Comité *ad hoc* resolvió que:

*“[l]a extralimitación en las facultades debe ser evidente por sí misma y no el resultado de interpretaciones elaboradas de una forma u otra. Cuando ocurre esto último, la extralimitación en las facultades deja de ser manifiesta.”*⁵⁷ [Traducción del Comité]

⁵⁴ *Duke c. Perú*, párr. 99 (Exh. CA-LA-2.4).

⁵⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de las Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Decisión sobre Anulación (23 de diciembre de 2010) [en adelante, *Fraport c. Filipinas*], párr. 44 (Exh. CA-LA-2.8).

⁵⁶ *Soufraki c. EAU*, párr. 40 (Exh. RA-LA-041).

⁵⁷ *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Anulación

En *CDC c. Seychelles*, el Comité *ad hoc* nos recuerda de manera similar que:

*“el término ‘manifiesta’ significa clara u ‘evidente por si misma’. Por eso, aún si un Tribunal se extralimita en sus facultades, la extralimitación debe ser evidente para que la anulación sea un remedio posible.”*⁵⁸ [Traducción del Comité]

El mismo enfoque ha sido adoptado por el Comité *ad hoc* en *Patrick Mitchell c. Congo*:

*“[s]i una extralimitación en las facultades será la causa de una anulación, el Comité ad hoc debe determinarlo con certeza e inmediatez, sin ser necesario que realice un análisis elaborado del laudo.”*⁵⁹ [Traducción del Comité]

El Comité en *MCI c. Ecuador* subrayó que:

*“la extralimitación manifiesta en las facultades exigida por el Artículo 52(1)(b) sugiere un grado de prueba algo mayor que un análisis de búsqueda de las conclusiones del Tribunal.”*⁶⁰

83. La República del Perú alega que el Tribunal de Arbitraje aplicó mal la CVDT en todas las etapas de su análisis interpretativo del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China, llevando a una ampliación insostenible de su jurisdicción más allá del consentimiento de las Partes Contratantes del Tratado.⁶¹
84. La República del Perú critica la aplicación por parte del Tribunal de Arbitraje del Artículo 31(1) de la CVDT. Esta disposición establece cuatro criterios interpretativos: buena fe, el sentido corriente de los términos del tratado y el contexto de éstos, el objeto y fin del Tratado:

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el

(8 de diciembre de 2000) [en adelante, *Wena c. Egipto*], párr. 25 (Exh. RA-LA-096).

⁵⁸ *CDC c. Seychelles*, párr. 41 (Exh. CA-LA-2.2).

⁵⁹ *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre Anulación (1 de noviembre de 2006), párr. 20 (Exh. RA-LA-070).

⁶⁰ *MCI c. Ecuador*, párr. 49 (Exh. CA-LA-2.14).

⁶¹ Memorial, párr. 164.

*contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”*⁶²

85. El Tribunal de Arbitraje consideró la interacción de la última oración del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China⁶³ con las disposiciones del Artículo 8(2). Al leer conjuntamente estas dos disposiciones,⁶⁴ como consecuencia de su enfoque contextual, el Tribunal de Arbitraje concluyó que si una parte elige someter un reclamo ante un tribunal competente, tal como prevé el Artículo 8(2), se encontraría totalmente impedida de tener acceso al arbitraje del CIADI:

*“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 [sic] también por la frase en inglés ‘fork in the road.’ El inversionista ‘podrá 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.’”*⁶⁵

86. La República del Perú argumenta que el Tribunal de Arbitraje cometió un error grave al confirmar su jurisdicción sobre la base de una lectura incorrecta de la cláusula de elección de foro irrevocable en la última oración del Artículo 8(3).⁶⁶ La decisión del Tribunal de Arbitraje, según afirma la República del Perú, ignoró el hecho de que los procesos judiciales en los tribunales locales respecto de la existencia de una expropiación no implican necesariamente el monto de compensación. Para la Solicitante, el Tribunal de Arbitraje también asumió de manera errónea que sólo el poder judicial peruano podía establecer una expropiación cuando, por el contrario, las demandas bajo el APPRI respecto de expropiaciones no judiciales (acciones legislativas o ejecutivas) no estarían impedidas por la cláusula de elección de foro irrevocable del Artículo 8(3) porque no habrían sido sometidas ante un tribunal

⁶² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) [en adelante, CVDT], Art. 31(1) (Exh. RA-LA-088).

⁶³ APPRI Perú-China, Art. 8(3) (Exh. RA-004) (“Las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán si el inversionista implicado ha recurrido al procedimiento especificado en el párrafo 2 de este artículo.”)

⁶⁴ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párrs. 155-157.

⁶⁵ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 159.

⁶⁶ Réplica, párr. 36.

local.⁶⁷

87. En la opinión de la Solicitante, el Tribunal de Arbitraje también malinterpretó el objeto y fin del APPRI Perú-China con el fin de impulsar el objetivo de ayudar a los inversionistas. El Tribunal de Arbitraje estableció:

*“Presumiblemente, de conformidad con 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.”*⁶⁸

Según la República del Perú, el análisis del Tribunal lleva a un resultado absurdo porque o bien la totalidad de los APPRI chinos carecen esencialmente de objeto y fin, o la cláusula arbitral en todos ellos debe leerse expansivamente independientemente del sentido corriente de sus textos. La Solicitante observa que hasta el año 2003, la mayoría de los APPRI chinos contemporáneos restringían la jurisdicción de los tribunales arbitrales de inversión a las controversias relativas al monto de compensación por la expropiación.⁶⁹

88. La República del Perú luego critica al Tribunal de Arbitraje por no aplicar los cánones de interpretación del Artículo 32 de la CVDT al ignorar la evidencia complementaria que contradecía la lectura amplia por el Tribunal del Artículo 8(3).⁷⁰ Incluso si la cláusula arbitral fuera ambigua, continúa la República del Perú, el análisis del Tribunal de los medios de interpretación complementarios del Artículo 32 de la CVDT lo debería haber llevado a la conclusión de que las Partes Contratantes del APPRI Perú-China tuvieron la intención de limitar la jurisdicción únicamente a las controversias sobre el monto de compensación.⁷¹

89. El Artículo 32 de la CVDT sobre los “Medios de Interpretación Complementarios”

⁶⁷ Memorial, párrs. 108-113; Réplica, párrs. 42-43; Opinión de Reisman, párr. 51 (Exh. RA-001).

⁶⁸ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 153.

⁶⁹ Réplica, párrs. 20, 22-23.

⁷⁰ Memorial, párr. 164, Réplica, párrs. 45-46.

⁷¹ Memorial, párr. 88.

dispone lo siguiente:

“Se podrá 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.”⁷²

90. En la opinión de la República del Perú, el Tribunal de Arbitraje más precisamente notó pero descartó relatos idénticos de las intenciones de las Partes Contratantes por parte de los negociadores chinos y peruanos del APPRI Perú-China, que indicaban claramente la intención de las Partes Contratantes de limitar la jurisdicción inversionista-estado al monto de compensación por la expropiación.⁷³ La República del Perú principalmente hace referencia al testimonio del Sr. Fan, el negociador chino del APPRI Perú-China, quien declaró ante el Tribunal de Arbitraje:

“‘Recuerdo que les dimos [a los negociadores peruanos] 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.’”⁷⁴

91. La Solicitante agrega que la Sra. Vega, negociadora principal del APPRI en representación de Perú, declaró que *“las negociaciones básicamente comenzaban y finalizaban sobre la base del lenguaje utilizado en la propuesta china,”⁷⁵* lo que citó en respuesta a una propuesta por parte de Perú de que la elección de tribunal competente o arbitraje por parte de un inversionista sería irrevocable. La respuesta de China a esta propuesta fue:

“‘Honestamente, aunque China es signataria de Convenio CIADI, la realidad es que en este momento no está en condiciones de acordar

⁷² CVDT, Art. 32 (Exh. RA-LA-088). Véase, asimismo, Opinión de Reisman, párrs. 26-33 (Exh. RA-001).

⁷³ Memorial, párrs. 125-128, 163; Réplica, párrs. 47-51, 59, 60.

⁷⁴ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 167 (que cita la Declaración del Sr. Fan, párr. 28).

⁷⁵ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 168.

*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.’”*⁷⁶

92. La República del Perú sostiene que, en el siguiente pasaje de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, el Tribunal de Arbitraje desestimó la evidencia por ser “no concluyente” sin más explicación:⁷⁷

*“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 [sic] 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.”*⁷⁸

93. Conforme a la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje CIADI, un tribunal de arbitraje es el juez de la admisibilidad de la prueba rendida y de su valor probatorio. Puede deducirse asimismo de la Regla 36 de las Reglas de Arbitraje CIADI (conforme a la cual un tribunal de arbitraje está facultado para admitir la prueba proporcionada por un testigo o experto en una deposición escrita) que un tribunal de arbitraje es asimismo el juez adecuado para evaluar la prueba ofrecida en forma de una declaración de un testigo o un perito. Tal como lo destacó el Comité en *Duke c. Perú*, no sería apropiado que un comité *ad hoc* reevaluara esa prueba,⁷⁹ una conclusión respaldada asimismo por las decisiones de los Comités en *Rumeli c. Kazakstán*⁸⁰ y *CDC c. Seychelles*.⁸¹ La tarea de este Comité *ad hoc* es determinar si hubo una extralimitación manifiesta en las facultades cuando el Tribunal de Arbitraje efectuó la valoración de la prueba presentada ante él. En la opinión del Comité la respuesta

⁷⁶ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 170.

⁷⁷ Memorial, párr. 140, Réplica, párrs. 61-65.

⁷⁸ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 171.

⁷⁹ *Duke c. Perú*, párr. 214 (Exh. CA-LA-2.4).

⁸⁰ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri c. Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Decisión sobre Anulación (25 de marzo 2010) [en adelante, *Rumeli c. Kazajstán*], párr. 96 (Exh. CA-LA-2.17).

⁸¹ *CDC c. Seychelles*, párrs. 46 y 77 (Exh. CA-LA-2.2).

claramente es no.

94. La República del Perú afirma que el Tribunal de Arbitraje no entendió correctamente la importancia de la notificación de China al CIADI cuando adhirió al Convenio en el año 1993, que se citó en el párrafo 163 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia:

“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.”*⁸²

En cambio, la República del Perú argumenta, el Tribunal de Arbitraje ignoró esta prueba al sostener que:

*“sería cuestionable interpretar el consentimiento de las partes al APPRI en el artículo 8 del mismo, a partir de [una] 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.”*⁸³

95. La República del Perú refuta esta interpretación del Tribunal de Arbitraje.⁸⁴ Afirma, *inter alia*, que el Convenio CIADI no puede ser desestimado como un tratado completamente diferente pues estaba referenciado en el APPRI Perú-China, que fue el tratado en virtud del cual fue convocado el Tribunal.
96. La República del Perú finalmente alega que el peso de la jurisprudencia favorece a su posición, fundándose en las decisiones en los casos *Rosinvest Co. c. La Federación Rusa*, *Berschader c. La Federación Rusa*, y *Austrian Airlines c. República Eslovaca*, en las cuales, según la Solicitante, los tribunales arbitrales han concluido que cláusulas arbitrales limitadas a controversias relativas al monto de compensación por una expropiación deben ser interpretadas exactamente del modo en que están escritas.⁸⁵ La República del Perú agrega que el Tribunal de Arbitraje distorsionó la

⁸² Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 163 (que cita la Opinión del Profesor Chen).

⁸³ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 165.

⁸⁴ Memorial, párrs. 129-137, Réplica, párrs. 52-59.

⁸⁵ Memorial, párrs. 143-152, Réplica, párrs. 67-74.

jurisprudencia que citó para respaldar su decisión.⁸⁶ Sostiene que el Tribunal de Arbitraje se basó en fuentes inadecuadas que tergiversó, tales como las decisiones en los casos *Saipem S.p.A c. Bangladesh*, *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hungría*, *Franz Sedelmayer c. La Federación Rusa*, donde una objeción a la jurisdicción sobre la base del lenguaje que limitaba la resolución de controversias a la compensación por expropiación similar al Artículo 8(3) nunca fue analizada. Además, la Solicitante afirma que el razonamiento en la Sentencia del Tribunal Inglés en el caso *República Checa c. European Media Ventures* acerca de la cláusula arbitral en el APPRI Bélgica/Luxemburgo-Checoslovaquia, que a diferencia de aquel del Tribunal de Arbitraje, enfatizó la importancia del trabajo preparatorio y no ignoró los resultados de su análisis en virtud del Artículo 32 de la CVDT, favorece su postura y no aquella del Sr. Tza Yap Shum.⁸⁷

97. El Tribunal de Arbitraje concluyó que una lectura restringida del APPRI Perú-China no estaba justificada por los laudos en *Berschader*⁸⁸ o *RosInvest*⁸⁹ y halló más persuasiva la opinión separada en el caso *Berschader*.⁹⁰
98. El Comité considera que el Tribunal de Arbitraje no cometió extralimitación manifiesta alguna en sus facultades en su interpretación del Artículo 8 ni al concluir que la palabra “*involucra*” es ambigua.⁹¹ A primera vista, las palabras de la primera

⁸⁶ Memorial, párrs. 143, 153-159.

⁸⁷ *Íd.* Véase asimismo, Réplica, párrs. 75-81; Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción Tomo 1, 99:19 – 102:1.

⁸⁸ *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. La Federación Rusa*, Caso SCC No. 080/2004, Laudo (21 de abril de 2006), párr. 153 (Exh. RA-LA-090) (“[...] Es sólo una controversia que surge con respecto al monto o modo de compensación pagadera con posterioridad a un acto de expropiación que ya se ha establecido, ya sea por reconocimiento de la Parte Contratante responsable o por una corte o tribunal de arbitraje, la que puede estar sujeta a arbitraje en virtud del Tratado.”) [Traducción del Comité]

⁸⁹ *RosInvestCo UK Ltd. c. La Federación Rusa*, Caso SCC No. V079/2005, Laudo sobre Jurisdicción (octubre de 2007), párr. 110 (Exh. RA-LA-076) (“[...] Aunque no se han presentado documentos sobre la negociación del APPRI, las Partes incluyendo la Demandante están de acuerdo en que, el más bien complicado lenguaje del artículo 8 presentó un compromiso 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.”) [Traducción del Comité]

⁹⁰ *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. Federación Rusa*, Caso SCC No. 080/2004, Opinión separada (7 de abril de 2006), n.4 (Exh. RA-LA-090) (“Como quedó demostrado por el hecho de que ninguna de las partes presentó prueba alguna respecto de la negociación y ratificación del Tratado (tales como trabajos preparatorios o declaraciones legislativas o ejecutivas contemporáneas), la primera y mejor evidencia para discernir lo que los redactores del Tratado quisieron decir ha de hallarse en los términos del Tratado.”) [Traducción del Comité]; Decisión sobre Jurisdicción y Competencia párrs. 173-186.

⁹¹ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia párr. 145 (“Dicho lenguaje buscaba, aparentemente, crear ciertas limitaciones. Sin embargo, el alcance preciso de dichas limitaciones constituye una cuestión central

oración del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China que rezan “[s]i 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 [...]” no incluyen la cuestión de la legalidad de la expropiación, pero de igual manera no hacen referencia a controversias limitadas exclusivamente al monto de compensación. Fuera de contexto, el significado de la frase no es textualmente obvio. El Tribunal de Arbitraje interpretó la expresión “*controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación*” en el contexto general del Artículo 8.⁹²

99. El Tribunal de Arbitraje realizó el proceso interpretativo ordenado por la CVDT. Analizó el sentido corriente de la palabra “*involucra*”, consideró el contexto del Artículo 8(3) y posteriormente analizó las fuentes subsidiarias.⁹³ No corresponde al Comité reemplazar la decisión del Tribunal de Arbitraje con la suya. Un organismo que tuviese jurisdicción de apelación bien podría hallar una falla como cuestión de derecho en algunos aspectos de la aplicación de la CVDT por parte del Tribunal de Arbitraje, pero un comité *ad hoc* no tiene estas facultades. En consecuencia, se rechaza la solicitud de anulación de la República del Perú sobre la base de una extralimitación manifiesta en las facultades.

b. Artículo 52(1)(E): Falta de expresión de motivos

100. La República del Perú critica al Tribunal de Arbitraje por no expresar en el análisis del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China los motivos que condujeron a la conclusión de que dicha disposición debía ser interpretada de forma amplia.⁹⁴ La República del Perú, objeta esencialmente la incompatibilidad entre el análisis del Artículo 8(3) por parte del Tribunal de Arbitraje y el sentido corriente de esta misma disposición y de los demás términos del APPRI. En su objeción bajo el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI, la Solicitante reitera básicamente los reclamos que hizo contra el razonamiento del Tribunal de Arbitraje en el contexto del Artículo 52(1)(b). Tal como se afirmó anteriormente, el Comité reserva para su análisis dentro del contexto del Artículo 52(1)(d) los argumentos de la República del Perú concernientes al enfoque

que debe determinarse.”)

⁹² Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párrs. 146-161.

⁹³ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párrs. 146-172.

⁹⁴ Memorial, párrs. 165-170.

sua sponte del Tribunal de Arbitraje en relación con la interpretación del término “*involucra*” en el Artículo 8(3) del APPRI Perú-China y la cláusula de elección de foro irrevocable del mismo tratado.⁹⁵

101. El Comité en *Klöckner I* reconoció que:

*“La interpretación del concepto ‘falta de expresar motivos’ es por lo tanto decisiva. Es especialmente delicada debido a la inexistencia de interpretaciones anteriores del Convenio de Washington y la falta de indicaciones suficientemente claras o consistentes provenientes de la práctica internacional previa. [...] El texto [del Artículo 52(1)(e)] requiere la expresión de los motivos en los que se fundó el laudo. Esto no significa cualquier motivo, puramente formal o aparente, sino motivos que tengan alguna sustancia, que permitan al lector seguir el razonamiento del tribunal de arbitraje, respecto de los hechos y del derecho.”*⁹⁶ [Traducción del Comité]

El presente Comité señala que los motivos del Tribunal de Arbitraje para su interpretación del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China pueden leerse en los párrafos 143 a 188 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia. La República del Perú objeta la calidad del razonamiento más que la ausencia cuantitativa de motivos. De hecho, el control sobre los motivos de un tribunal no tendría sentido si no implicara un control mínimo sobre la relevancia de los motivos de la decisión o del laudo. Tal como destacó el Comité del caso *CDC c. Seychelles*, el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI requiere que los motivos del Tribunal de Arbitraje no sean frívolos.⁹⁷

102. La contradicción en el razonamiento fue abordada por el Comité del caso *Klöckner I* de una manera que ha sido aceptada por comités *ad hoc* posteriores:⁹⁸

“[e]n cuanto a los ‘motivos contradictorios’, resulta en principio apropiado encuadrar dicho concepto en la categoría de ‘falta de expresar motivos’ por la muy simple razón de que dos motivos genuinamente contradictorios se cancelan recíprocamente. De ahí la falta de expresar motivos. La obligación del árbitro de expresar motivos que no sean contradictorios debe, por lo tanto, ser

⁹⁵ Memorial, párrs. 166-167.

⁹⁶ *Klöckner c. Camerún I*, párrs.118-119 (Exh. RA-LA-055).

⁹⁷ *CDC c. Seychelles*, párr. 70 (Exh. CA-LA-2.2).

⁹⁸ Opinión de Reisman, párrs. 67, 71-74 (Exh. RA-001).

aceptada.”⁹⁹ [Traducción del Comité]

El Comité en *Vivendi c. Argentina* advirtió, no obstante, que:

*“[s]uele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una [sic] con otras, y un comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas.”*¹⁰⁰

103. En el presente caso, el Tribunal de Arbitraje concluyó su análisis del Artículo 8 del APPRI Perú-China con las siguientes palabras:

*“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. 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.”*¹⁰¹

104. El Comité considera que ésta es una conclusión razonada en el sentido del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI. El Tribunal de Arbitraje llegó a su conclusión luego de haber señalado en el párrafo 150 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia que la frase “‘involucra el monto de compensación por la expropiación’ es susceptible de

⁹⁹ *Klöckner c. Camerún I*, párr. 116 (Exh. RA-LA-055).

¹⁰⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación (3 de julio de 2002) [en adelante, *Vivendi c. Argentina*], párr. 65 (Exh. RA-LA-024).

¹⁰¹ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 188.

una gran variedad de significados posibles.” El Tribunal de Arbitraje interpretó esta primera oración del Artículo 8(3), que *“presenta el problema central de interpretación”*¹⁰², valiéndose de la inferencia gramatical que debe atribuírsele a la palabra *“involucra”*. El Tribunal sostuvo:

*“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.’ 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.”*¹⁰³

105. Este razonamiento está relacionado con (i) el análisis del Tribunal de Arbitraje del Artículo 4 del APPRI Perú-China sobre expropiación,¹⁰⁴ el cual, en la opinión del Tribunal de Arbitraje, contempla reclamos resultantes de una expropiación que se refieren a aspectos distintos al monto de la compensación; y (ii) el análisis del Tribunal de Arbitraje del contexto del Artículo 8(3), y en particular de los objetivos del APPRI Perú-China de promoción de inversiones, análisis conforme al cual el APPRI no resultaría atractivo para los inversionistas extranjeros si los reclamos de expropiación referidos a asuntos distintos al monto de la compensación fueran excluidos del arbitraje.¹⁰⁵
106. Habiendo cerrado ya la puerta a la interpretación restrictiva de la República del Perú, el Tribunal de Arbitraje, sin embargo, consideró adicionalmente los argumentos de la República del Perú en el contexto global del Artículo 8, que establece tres etapas para la resolución de controversias. El Tribunal de Arbitraje concluyó que, si se adoptara la interpretación de la República del Perú, se denegaría completamente el acceso del inversionista al arbitraje CIADI, ya que la cláusula de elección de foro irrevocable prevista en la última oración del Artículo 8(3) descartaría el arbitraje sobre el monto de la compensación si el inversionista ha sometido las demás cuestiones de la

¹⁰² Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 149.

¹⁰³ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 151.

¹⁰⁴ APPRI Perú-China, Art. 4 (Exh. RA-004) (“1. Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, 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: (a) Por el interés público; (b) En virtud de un procedimiento legal interno; (c) Sin discriminación; (d) A cambio de compensación.”)

¹⁰⁵ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párrs. 152-153.

controversia en materia de expropiación a un tribunal competente de la Parte Contratante, con arreglo al Artículo 8(2).¹⁰⁶

107. La República del Perú dice que el Tribunal de Arbitraje interpretó el término “controversia” de manera tan amplia que la cláusula de elección de foro irrevocable habría excluido aún los reclamos del Sr. Tza Yap Shum si el Tribunal de Arbitraje hubiera analizado la cuestión.¹⁰⁷ La República del Perú también alega al respecto que el Tribunal de Arbitraje omitió expresar los motivos por los que ignoró el caso evidente de una expropiación por decreto ley, que permitiría al inversionista someter una controversia sobre el monto de la compensación al arbitraje internacional.¹⁰⁸ Como la República del Perú objeta la validez de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia en virtud del Artículo 52(1)(d) por decidir *sua sponte* centrarse en la cláusula de elección de foro irrevocable, el Comité considera que este reclamo se encuentra subsumido en el de denegación del derecho a ser oído, que será tratado en la sección c) *infra*.
108. El Tribunal de Arbitraje luego recurrió a los medios de interpretación complementarios previstos en el Artículo 32 de la CVDT. Más específicamente, examinó (i) las circunstancias de la celebración del APPRI Perú-China, a saber, la notificación de China bajo el Artículo 25(4) del Convenio CIADI, y (ii) los trabajos preparatorios del APPRI Perú-China, a saber, los testimonios de los negociadores del Tratado chinos y peruanos, los que consideró no concluyentes de la intención de las Partes Contratantes de limitar su consentimiento al arbitraje de controversias sobre el monto de la compensación únicamente.¹⁰⁹ También examinó los APPRI suscritos por China antes del APPRI Perú-China, sin encontrar ninguna prueba contundente relativa al significado de las palabras “*que involucra el monto de compensación por la expropiación.*”¹¹⁰ Finalmente analizó casos de arbitraje de inversión (*Saipem, Telenor Mobile, Sedelmayer, Berschader y RosInvest*) así como una sentencia de un tribunal inglés (*European Media Ventures*) en sustento de su conclusión a favor de una

¹⁰⁶ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párrs. 154-161.

¹⁰⁷ Réplica, párr. 96.

¹⁰⁸ Memorial, párrs. 110-113; Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo 2014, Transcripción. Tomo 1, 50: 7-10.

¹⁰⁹ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párrs. 162-171.

¹¹⁰ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 172.

interpretación amplia del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China.¹¹¹

109. La República del Perú alega que el historial de las negociaciones del APPRI Perú-China contradice la interpretación amplia del Artículo 8(3) que hace el Tribunal de Arbitraje, y que el Tribunal de Arbitraje descartó pruebas no refutadas de los negociadores chinos y peruanos del APPRI Perú-China, así como la notificación de China al CIADI.¹¹²
110. A pesar de que la República del Perú sostenga que no es necesario que el Comité pondere la prueba contenida en el expediente, el Comité estima que esto es lo que persigue precisamente la Solicitante. El Tribunal de Arbitraje no llegó a su decisión sin examinar la prueba producida por la República del Perú, simplemente no quedó convencido con la prueba presentada por la República del Perú. La pertinencia y el peso de la prueba presentada ante el Tribunal no puede ser reevaluada por el Comité que no es un órgano de apelación. La República del Perú, por lo tanto, no puede criticar al Tribunal de Arbitraje por (i) considerar que la carta del Sr. Fan, la cual demostró que China no estaba dispuesta a aceptar la propuesta de Perú de arbitraje CIADI para todas las cuestiones, no constituía una prueba concluyente del alcance del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China, o por (ii) no llegar a esa conclusión en relación con todas las otras pruebas que tenía a su alcance.¹¹³ El Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI no le exige a un tribunal arbitral que se explique respecto de cada una de las pruebas producidas por cualquiera de las partes cuando dichas pruebas no sean determinantes para el resultado, ni que presente los motivos por los que prefiere ciertas pruebas por encima de otras. Más bien, el laudo debe permitir al lector conocer los motivos en los que se funda el laudo en sí mismo.¹¹⁴
111. Por último, la República del Perú sostiene que el Tribunal de Arbitraje sólo asumió jurisdicción sobre los reclamos relativos a la expropiación y declinó la jurisdicción respecto de otros reclamos sin dar ninguna explicación de por qué estos otros reclamos no se encontraban cubiertos por el enunciado “*incluyendo pero no limitado*

¹¹¹ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párrs. 173-186.

¹¹² Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 36:10-13; 39:4-18; 43:8-10.

¹¹³ Audiencia sobre Anulación, 22 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 2, 369:18 – 371:6.

¹¹⁴ *Rumeli c. Kazajstán*, párr. 104 (Exh. CA-LA-2.17).

al monto de compensación por la expropiación.”¹¹⁵ Sin embargo, en el contexto de su demostración del por qué el Artículo 3 del APPRI Perú-China no podía ser interpretado para expandir la jurisdicción del Centro, el Tribunal de Arbitraje expresó su opinión según la cual:

*“[...] 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 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.’[...] 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.”*¹¹⁶

112. El razonamiento del Tribunal de Arbitraje satisface, en la opinión del Comité, el requisito del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI que, tal como se explicó en la Decisión del caso *MINE*:

*“se encuentra satisfecho siempre que el laudo permita entender cómo el tribunal llegó del Punto A al Punto B y, finalmente, a su conclusión, incluso si cometió algún error de hecho o de derecho.”*¹¹⁷ [Traducción del Comité]

En general, se entiende que una de las principales razones para exponer motivos en una decisión, además de garantizar a las partes que las cuestiones presentadas ante el tribunal fueron examinadas y comprendidas, es la de servir de base para la revisión de la decisión. En el contexto del Convenio CIADI, el objeto de la revisión se encuentra, sin embargo, restringido por el Artículo 52(1)(e) que sólo prevé un alcance limitado para la revisión, tal como lo confirman una serie de decisiones de comités *ad hoc*. Por ejemplo, en *CDC c. Seychelles*, el Comité sostuvo que:

¹¹⁵ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 26:19 - 27:3.

¹¹⁶ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 216.

¹¹⁷ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Gobierno de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre Anulación (14 de diciembre de 1989) [en adelante, *MINE c. Guinea*], párr. 5.09 (Exh. CA-LA-2.12).

“[...] el Artículo 52(1)(e) [...] no nos ofrece la posibilidad de opinar acerca de si el análisis del Tribunal fue correcto o si su razonamiento fue convincente.”¹¹⁸ [Traducción del Comité].

El Comité en *Wena c. Egipto* arribó a la misma conclusión:

“[...] el Artículo 52(1)(e) no permite ninguna revisión del Laudo impugnado que llevaría al Comité ad hoc a reconsiderar si los motivos sobre los que se basa la decisión del Tribunal fueron apropiados o no, convincentes o no.”¹¹⁹ [Traducción del Comité]

113. La República del Perú presenta dieciséis proposiciones a los efectos de demostrar que el Tribunal de Arbitraje omitió expresar sus motivos o por qué dicho Tribunal omitió abordar una serie de cuestiones relativas al significado o al contexto del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China o al objeto y al fin del APPRI, a las circunstancias de las negociaciones del APPRI y a la elección de la jurisprudencia para respaldar su interpretación del Artículo 8(3).¹²⁰ La República del Perú invita al Comité a revisar la motivación del Tribunal de Arbitraje. No obstante, el Comité considera que el razonamiento del Tribunal de Arbitraje no resulta frívolo ni insuficiente. El Comité estima que el Tribunal de Arbitraje sí explicó, a la luz de las pruebas producidas por las Partes, por qué había llegado a su decisión. El presente Comité iría más allá de sus facultades bajo el Artículo 52 del Convenio CIADI si adhiriera a las proposiciones de la República del Perú. Por consiguiente, se las rechaza.

c. Artículo 52(1)(D): Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento

114. Bajo este título del Artículo 52, la República del Perú critica al Tribunal de Arbitraje, en primer lugar, (i) por asumir la jurisdicción cuando no la tenía y (ii) por decidir de forma contraria a numerosa evidencia no refutada, sin ofrecer una motivación adecuada.¹²¹
115. El Comité no puede compartir el punto de vista según el cual, al asumir la jurisdicción donde no la tenía, un tribunal quebrantaría gravemente una norma fundamental del

¹¹⁸ *CDC c. Seychelles*, párr. 70 (Exh. CA-LA-2.2).

¹¹⁹ *Wena c. Egipto*, párr. 79 (Exh. RA-LA-096).

¹²⁰ Memorial, párrs. 165-170, Réplica, párrs. 94-99.

¹²¹ Memorial, párrs. 171-173.

procedimiento. El Artículo 25 del Convenio CIADI establece las condiciones para acceder a la jurisdicción del Centro. El Artículo 41 del Convenio CIADI dispone que el Tribunal será juez de su propia competencia. Al pronunciarse acerca de la interpretación del Artículo 8 del APPRI Perú-China, el Tribunal de Arbitraje actuó de conformidad con el Convenio CIADI y la misión que le fue encomendada por las Partes. Ninguna de estas disposiciones procura alcanzar o proteger el debido proceso ante el tribunal de arbitraje. Su objetivo es aumentar al máximo la efectividad del procedimiento de arbitraje evitando tácticas dilatorias que, de lo contrario, tendrían lugar si la competencia fuera una cuestión interlocutoria a ser definida por algún otro responsable de la toma de decisiones distinto del tribunal de arbitraje.

116. En la opinión del Comité, el análisis del tribunal de arbitraje de las pruebas presentadas por las partes es una de las normas fundamentales de procedimiento protegidas por el Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI para lograr un juicio justo. La Decisión del Comité *ad hoc* en *Wena c. Egipto* señala que el Artículo 52(1)(d):

*“se refiere a una serie de estándares mínimos de procedimiento que deben ser respetados como asunto de derecho internacional. Es fundamental, en lo concerniente al procedimiento, que cada una de las partes tenga el derecho a ser oída ante un tribunal independiente e imparcial. Ello incluye el derecho a presentar su reclamo o su defensa y a presentar todos los argumentos y pruebas de respaldo. Este derecho fundamental debe ser garantizado a un mismo nivel, de manera que permita a cada una de las partes responder adecuadamente a los argumentos y a las pruebas presentadas por la otra.”*¹²² [Traducción del Comité]

Lo anterior es sin perjuicio de la valoración del tribunal de arbitraje respecto de si dicha prueba resulta pertinente para su decisión.

117. El hecho de que toda la prueba producida por las Partes fue discutida ante el Tribunal de Arbitraje no es una cuestión controvertida. La notificación de China en virtud del Artículo 25(4) del Convenio CIADI, el testimonio experto del Profesor Chen, así como el testimonio de los negociadores del APPRI, el Sr. Fan y la Sra. Vega, fueron examinados y discutidos por el Tribunal de Arbitraje.¹²³ La República del Perú alega

¹²² *Wena c. Egipto*, párr. 57 (Exh. RA-LA-096).

¹²³ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párrs. 160-172.

que el Tribunal de Arbitraje decidió ignorar estas pruebas sin explicar por qué.¹²⁴ Pero la República del Perú no identifica, en relación con las pruebas no refutadas que dice haber presentado ante el Tribunal de Arbitraje, ningún agravio que pueda constituir un quebrantamiento grave de la equidad del procedimiento arbitral, además de su insatisfacción respecto de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia. El argumento de la Solicitante, que gira únicamente alrededor de la evaluación de dichas pruebas por parte de los árbitros, falla nuevamente en el contexto del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI. El hecho de no valorar la prueba de la manera expuesta por la República del Perú en sus presentaciones no constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento.

118. La República del Perú también alega que la omisión por parte del Tribunal de Arbitraje de exponer los motivos que fundaron su Decisión sobre Jurisdicción y Competencia también constituye un incumplimiento grave de una norma fundamental del procedimiento.¹²⁵ La causal del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI debe ser distinguida de otros reclamos concernientes a la jurisdicción del tribunal de arbitraje y de la pertinencia del fundamento jurídico de la decisión. El Profesor Reisman, perito de la Solicitante, nos recuerda en su Opinión del día 27 de junio de 2012 sobre la “Anulación por Razones de *Excès de Pouvoir* y Falta de Expresión de Motivos de la Decisión sobre Jurisdicción” [Traducción del Comité] que la presencia de motivos era importante para los redactores del Convenio de Washington, quienes la identificaron como un requisito independiente para la validez de los laudos bajo el Artículo 52 del Convenio:

“[e]l proyecto preliminar del Artículo 52(1) (Documento 24) simplemente reproducía la fórmula del Profesor Scelle, que, como se recordará, no contemplaba de manera expresa la necesidad de motivos pero, tal como lo aclara el comentario de Scelle, incluía el requisito entre los estándares mínimos del procedimiento. El primer proyecto del Convenio CIADI (Documento 43) desagrega el requisito mínimo del procedimiento transformando la ‘falta de expresión de los motivos que fundaron el laudo, salvo que las partes hayan acordado que los motivos no deben ser expuestos’ en una causa expresa de anulación. En otras palabras, en ese momento, los redactores estaban lo suficientemente preocupados por la necesidad

¹²⁴ Memorial, párr. 173; Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 40:1-4.

¹²⁵ Memorial, párr. 174.

*de que los laudos fueran motivados como para requerirlo de forma explícita pero trataron dicho requisito como [disponible]: los motivos eran necesarios salvo que las partes decidieran prescindir de ellos. Pero el Proyecto Revisado (Documento 123), que se convirtió en el Artículo 52(1) del Convenio, suprimió la opción de disponer en contrario y transformó la necesidad de motivos en un requisito explícito que las partes no podían optar por excluir, ni siquiera mediante un acuerdo privado. Por lo tanto, independientemente de cualquier ley internacional general que exista en la materia, el Convenio CIADI parece hacer del requisito del fallo motivado una *lex specialis*.*”¹²⁶ [Traducción del Comité]

El Profesor Reisman destaca que:

*“Scelle consideraba que el ‘quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento’ comprendía de forma implícita la omisión por parte de un tribunal de expresar motivos, mientras que el Convenio CIADI contempla este último requisito de forma expresa y lo coloca en una disposición aparte, el Artículo 52(1)(e).”*¹²⁷ [Traducción del Comité].

119. El Comité considera que el derecho a una decisión motivada y definitiva de la controversia por parte de un tribunal arbitral constituye uno de los aspectos del derecho de acceso al arbitraje. Como tal, es también una norma fundamental del procedimiento protegida por el Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI. La existencia de la motivación garantiza que se han respetado mínimamente las exigencias fundamentales de justicia por parte del tribunal, lo cual sería incompatible con una decisión arbitraria, y está en consonancia con el Artículo 52 del Convenio CIADI que opera como válvula de seguridad contra laudos aberrantes.¹²⁸ Ciertamente, la obligación de exponer motivos no requiere que se dé una respuesta detallada a cada uno de los argumentos de las partes. Esto ha sido expresado en varias decisiones de comités *ad hoc*. Tal como lo explicó el Comité *ad hoc* en el caso *Klöckner I*, un tribunal de arbitraje no tiene la obligación de responder a cada uno de los argumentos de las partes cuando éstos no son pertinentes para la resolución del caso:

“Estos motivos deben por lo tanto servir como fundamento para la decisión del Tribunal y deben ser ‘suficientes’ en este sentido. El test

¹²⁶ Opinión de Reisman, párr. 63 (Exh. RA-001).

¹²⁷ Opinión de Reisman, párr. 22 (Exh. RA-001).

¹²⁸ Ver *MCI c. Ecuador*, para. 49 (Exh. CA-LA-2.14).

para determinar si son o no suficientes obviamente debe ser evaluado con especial cuidado para que la solicitud de anulación en virtud del Artículo 52 no funcione como una apelación disfrazada.”¹²⁹ [Traducción del Comité]

El Comité del caso *Vivendi c. Argentina* aclaró, en un *holding* que desde entonces ha sido confirmado por una serie de decisiones de otros Comités *ad hoc*,¹³⁰ que un tribunal de arbitraje sólo tiene la obligación de abordar los argumentos de las partes que:

*“sean por sí mismos capaces de guiarlo hacia la conclusión a la que arribe y de que todas las cuestiones sometidas a un tribunal se decidan expresa o implícitamente.”*¹³¹ [Traducción del Comité]

120. Sin embargo, la República del Perú no puede simplemente asumir que se cumple uno de los supuestos de anulación demostrando que se ha cumplido otro de los supuestos, como lo hace al alegar que la omisión por parte del Tribunal de Arbitraje de expresar los motivos para su Decisión sobre Jurisdicción y Competencia constituye un quebrantamiento de la norma fundamental de procedimiento según la cual el Tribunal debe abordar las cuestiones importantes presentadas por las Partes, en violación del Artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI.¹³² Debe haber una demostración adecuada de la violación de cada una de las causales enunciadas en el Artículo 52(1) del Convenio CIADI.¹³³ En el presente caso no se llevó a cabo dicha demostración. Además, la República del Perú no estableció una falta de expresión de motivos y, en consecuencia, no puede prosperar su argumento relacionado según el cual dicha alegada falta también constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. El reclamo de la Solicitante es infundado.

121. Por último, la República del Perú sostiene que el Tribunal de Arbitraje incurrió en un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento al denegarle a la

¹²⁹ *Klöckner c. Camerún I*, párr. 118 (Exh. RA-LA-055) conforme se cita en la Opinión de Reisman, párr. 69 (Exh. RA-001).

¹³⁰ *Wena c. Egipto*, párr. 101 (Exh. RA-LA-096); *CDC c. Seychelles*, párr. 71 (Exh. CA-LA-2.2); *Lucchetti c. Perú*, párr. 128 (Exh. RA-LA-045); *Helnan International Hotels A/S c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Decisión sobre Anulación (14 de junio de 2010), párr. 36 (Exh. CA-LA-2.9); *Rumeli c. Kazajstán*, párrs. 81, 84 (Exh. CA-LA-2.17).

¹³¹ *Vivendi c. Argentina*, párr. 87 (Exh. RA-LA-024).

¹³² Memorial, párr. 174.

¹³³ Véase también Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 263: 7–264: 21; 22 de marzo de 2014, Tomo 2, 338:13–339:21.

República del Perú la posibilidad de expresar su opinión sobre (i) la interpretación amplia del Tribunal del término “*involucra*” en la primera oración del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China y (ii) la interpretación de la cláusula de elección de foro irrevocable en la última oración del Artículo 8(3), que fueron las cuestiones determinantes de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia.¹³⁴ La Solicitante sostiene que esta es una violación grave de la naturaleza contradictoria del procedimiento ya que el Tribunal de Arbitraje decidió estas cuestiones “*sua sponte*”.¹³⁵

122. La República del Perú afirma que las Partes estaban de acuerdo con que la interpretación literal del texto del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China¹³⁶ era restrictiva. La Solicitante además sostiene que el Sr. Tza Yap Shum, en calidad de Demandante en el procedimiento arbitral, sólo argumentó a favor de una interpretación más amplia del Artículo 8(3) basándose en argumentos de política, no en una teoría de interpretación textual como aquella que adoptara el Tribunal de Arbitraje.¹³⁷
123. El Comité halló en el expediente que se presentó ante el Tribunal de Arbitraje los siguientes pasajes relativos a la interpretación del Artículo 8 que resultan pertinentes. En 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 del día 25 de julio de 2008, el Sr. Tza Yap Shum, luego de explicar que el Artículo 8 del APPRI no sólo cubría el caso de la expropiación directa sino también el de la expropiación indirecta,¹³⁸ señaló que si se impediera el acceso al arbitraje CIADI:

¹³⁴ Memorial, párr. 175, Réplica, párr. 104.

¹³⁵ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 45:20 – 46:3, 107:5 – 108:3; 22 de marzo de 2014, Tomo 2, 299:10–300:12.

¹³⁶ APPRI Perú-China, Art. 8(3) (Exh. RA-004) (“*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.*”)

¹³⁷ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 28:10-14, 30:11-15; 22 de marzo de 2014, Tomo 2, 308:1-10.

¹³⁸ 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 (25 de julio de 2008) [en adelante, Memorial de Contestación sobre Jurisdicción], párrs. 125-140.

“[se] forzar[ía] a un inversor extranjero expropiado mediante ‘actos de facto’ a acudir a las Cortes Judiciales de la República del Perú, a sabiendas que no se encuentra amparada en el derecho sustantivo y procesal peruano la figura de la expropiación indirecta, vulnerando su derecho de defensa y la garantía de sus derechos e intereses.”¹³⁹

El Sr. Tza Yap Shum alegó lo siguiente:

“Una interpretación literal y formalista del Bit, puede conllevar a una serie de conclusiones alejadas del espíritu de éste instrumento que serían de aplicación bajo una interpretación integral y sistemática de las voluntades de los Estados Contratantes, apreciado dentro de un contexto globalizado del sistema de inversiones extranjeras en atender, resguardar y garantizar una serie de derechos de los inversionistas extranjeros en el territorio del Estado receptor. [...]

Adicionalmente a ello, en el contexto de aplicación del Artículo 31 de la Convención de Viena con la declaración de las Partes Contratantes del Bit Perú -China, el sentir de la interpretación debe tomar en cuenta la ‘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’, por lo que el Demandante concluye que la declaración de la legalidad de un acto expropiatorio indirecto, de un acto de facto, no puede quedar en manos de las Cortes Judiciales del Estado receptor, sino más bien bajo competencia de Tribunales Arbitrales internacionales, entendidos como la garantía internacional a favor del inversor que ambas Partes Contratantes reconocen expresamente en la parte introductoria del Bit.”¹⁴⁰

124. En la Audiencia sobre Anulación, el abogado del Sr. Tza Yap Shum destacó las referencias hechas en los alegatos orales ante el Tribunal de Arbitraje relativos al alcance del Artículo 8 del APPRI Perú-China. Los pasajes de las transcripciones de la audiencia sobre jurisdicción ante el Tribunal de Arbitraje dicen, en la parte pertinente:

“Entonces bajo ese tema se ha procedido a analizar si una controversia involucra el monto de compensación por la expropiación solamente es restringido para el tema de la compensación o está integrado la declaración de la legalidad del acto expropiatorio. Nosotros hemos podido cotejar

¹³⁹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 151.

¹⁴⁰ *Id.*, párrs. 152, 165.

*del planteamiento de la demandada que hace una interpretación literal del TBI [...]”;*¹⁴¹

*“Es por eso que [...] la legalidad del acto de expropiación debe ser interpretado en su conjunto”;*¹⁴²

*“Por ello, las conclusiones en este punto es que nosotros analizamos puntualmente la oferta del Estado es integral la compensación y la legalidad del acto de expropiación.”*¹⁴³

125. El Comité destaca que el Sr. Tza Yap Shum argumentó en sus presentaciones orales y escritas ante el Tribunal de Arbitraje que sólo una lectura amplia del Artículo 8(3) era consistente con la promoción y la protección de las inversiones que:

*“estimularán las inversiones sobre una base de equidad y beneficios mutuos, reconocido en el preámbulo del Bit bajo análisis.”*¹⁴⁴

*“Definitivamente, si yo [...] invito a inversionistas extranjeros a invertir en mi país, esa labor [...] [t]iene que encontrar el mecanismo adecuado para solucionar las contingencias que se presenten producto de dicha invitación. La primera parte está dada, en la segunda parte hay un vacío. Y obviamente es en contra de los derechos del inversionista.”*¹⁴⁵

*“Es decir, yo no puedo salir al mercado -Estado- para atraer inversión extranjera y decirle: no, señor, usted no va al arbitraje. Mi política es: vaya al Poder Judicial. Y así simplemente no viene nadie. Como política, digamos, es contradictorio con el tema de esta declaración que expresa en su oportunidad. Bueno, y resulta contradictorio con la mayoría de arbitrajes CIADI que versan sobre expropiación indirecta.”*¹⁴⁶

126. En su Escrito Post-Audiencia sobre Objeciones Jurisdiccionales de fecha 18 de noviembre de 2008, la República del Perú, en calidad de Demandada en el procedimiento de arbitraje, defendió la interpretación restrictiva del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China:

¹⁴¹ Audiencia sobre Jurisdicción, 15 de octubre de 2008, Transcripción, Tomo 1, 66:14-22.

¹⁴² Audiencia sobre Jurisdicción, 15 de octubre 2008, Transcripción, Tomo 1, 74:2-4.

¹⁴³ Audiencia sobre Jurisdicción, 15 de octubre de 2008, Transcripción, Tomo 1, 75:22 – 76:3.

¹⁴⁴ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 164.

¹⁴⁵ Audiencia sobre Jurisdicción, 15 de octubre de 2008, Transcripción, Tomo 1, 75:12-21.

¹⁴⁶ Audiencia sobre Jurisdicción, 16 de octubre de 2008, Transcripción, Tomo 2, 254:19-255:6.

“No existe una ‘controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación’ entre las partes. Atendido que no ha habido una determinación de expropiación ilegal por parte del Perú, no puede haber una disputa relativa al monto de compensación por la expropiación’ en este procedimiento.

La disputa que el Demandante desea someter a arbitraje no cae dentro del ámbito de la oferta de arbitraje del Perú en el TBI Perú-China, y por lo tanto no se ha perfeccionado un acuerdo de arbitraje. La supuesta aceptación por parte del Demandante de la oferta de arbitraje del Perú es nula y no puede servir de base para ejercer jurisdicción.”¹⁴⁷

127. No está en disputa que, con arreglo al Artículo 41 del Convenio CIADI y la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal de Arbitraje debía decidir acerca de su jurisdicción sobre el reclamo de ilegalidad de una supuesta expropiación indirecta resultante del accionar de la SUNAT, conforme a las excepciones planteadas por la República del Perú.¹⁴⁸ En particular, la República del Perú impugnó la competencia del Tribunal basándose en que el reclamo relativo a la ilegalidad de la expropiación no se encontraba comprendido dentro del alcance de su oferta de arbitraje, de conformidad con el Artículo 8(3) del APPRI Perú-China.¹⁴⁹ Según las alegaciones de la República del Perú en el Escrito Post-Audiencia citado *supra*, una “*controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación*” sólo podía ser sometida al arbitraje CIADI una vez determinada la existencia de una expropiación.¹⁵⁰
128. El Comité reconoce que la interpretación debe partir del sentido corriente de una palabra, de una parte de una frase, de una oración o de un párrafo. Una interpretación del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China no podía sorprender a la República del Perú. Conforme al Artículo 31(1) de la CVDT, el cual fue discutido en el procedimiento de arbitraje, la interpretación envuelve al texto, al contexto y al objeto y al fin. Cuando el texto auténtico existe en diferentes idiomas, como en el presente caso (el APPRI Perú-China fue suscrito en chino, español e inglés, siendo el texto en inglés el que

¹⁴⁷ Escrito Post-Audiencia sobre Objeciones Jurisdiccionales de la República del Perú (18 de noviembre de 2008), párrs. 98-99.

¹⁴⁸ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 40.

¹⁴⁹ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 129.

¹⁵⁰ Véase Escrito Post-Audiencia sobre Objeciones Jurisdiccionales de la República del Perú (18 de noviembre de 2008), párrs. 98-99.

prevalecerá en caso de diferencia de interpretación),¹⁵¹ el sentido corriente de la palabra o frase puede ser efectivamente definido empleando una exégesis lingüística a fin de disipar la ambigüedad que pueda surgir de una sola de las versiones lingüísticas del texto del tratado. Un diccionario es una herramienta útil para el intérprete, pero la Solicitante optó por no aportarle ninguno al Tribunal de Arbitraje y no puede reprochar a éste su análisis lingüístico en la interpretación de la palabra “*involucra*” en el párrafo 151 de su Decisión sobre Jurisdicción y Competencia:¹⁵²

“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’. 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 [...]”

129. El Comité considera que al interpretar la palabra “*involucra*” en la primera oración del Artículo 8(3), el Tribunal de Arbitraje no se fundó en algo que ninguna de las Partes hubiese alegado ni tampoco en lo que ellas no habrían podido esperar razonablemente, aun si los motivos expuestos por el Tribunal de Arbitraje pueden no haber sido previstos. El Comité no está convencido de que la interpretación de la palabra “*involucra*” en la frase “*involucra el monto de compensación*” no haya sido una cuestión en el arbitraje, y opina que la República del Perú podría haber razonablemente previsto que la interpretación de la frase “*involucra el monto de compensación*” sería la cuestión clave para cualquier decisión relativa al alcance del Artículo 8(3).
130. La tarea del Tribunal de Arbitraje era decidir sobre de su propia competencia, y sólo podía hacerlo interpretando los términos de la cláusula de arbitraje del APPRI. Las presentaciones de las Partes en el procedimiento de arbitraje estuvieron centradas en esta cuestión. Si el Comité adhiriera a la crítica de la República del Perú, crearía una obligación en cabeza de los árbitros de someter su razonamiento jurídico a discusión por las partes, lo que tendría como consecuencia que ningún laudo podría jamás ser adoptado antes de que las partes tuvieran la oportunidad de presentar argumentos

¹⁵¹ APPRI Perú-China (Exh. RA-004). Véase, también, Audiencia sobre Anulación, 22 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 2, 292:6-9.

¹⁵² Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 151.

acerca de la pertinencia del razonamiento jurídico del Tribunal. Tal como señaló el Comité del caso *Klöckner c. Camerún I*:

*“En cuanto al Tribunal mismo, cuando en el curso de sus deliberaciones llegó a la conclusión provisional de que el verdadero fundamento jurídico para su decisión bien podía ser diferente de los argumentos respectivos de las partes, no estaba en principio impedido, con sujeción a lo que se dirá más abajo, de elegir su propio argumento. El hecho de reabrir o no el procedimiento antes de alcanzar una decisión y permitir a las partes exponer sus puntos de vista respecto de la ‘nueva’ tesis de los árbitros es más bien una cuestión de conveniencia. La verdadera cuestión es si, formulando su propia teoría y sus propios argumentos, el Tribunal excede el ‘marco jurídico’ establecido por el Demandante y el Demandado [...]. Dentro del ‘marco jurídico’ de la controversia, los árbitros deben tener la libertad de basarse en los argumentos que les parezcan los mejores, incluso si dichos argumentos no fueron desarrollados por las partes (a pesar de haber podido serlo). Aunque en general sea deseable que los árbitros eviten fundar su decisión en algún argumento que no haya sido discutido por las partes, de ello obviamente no se desprende que, de lo contrario, incurran en un ‘quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento’. Cualquier otra solución expondría a los árbitros a tener que realizar el trabajo de los abogados de las partes por ellos y conllevaría el riesgo de hacer más lenta o incluso paralizar la solución arbitral de las controversias.”*¹⁵³ [Traducción del Comité]

131. El argumento de la República del Perú nos aporta un ejemplo de la reducción *ad infinitum* ilustrada por la paradoja de Zenón referente al movimiento: suponiendo que el tiempo se encuentra compuesto por una serie de momentos, la flecha que no recorre ninguna distancia durante ese momento, no se está moviendo y nunca llegará al blanco. De manera similar, un árbitro nunca podrá dictar un laudo debido a la obligación de someter continuamente la motivación del laudo a las partes para sus observaciones. El Comité considera que las Partes tuvieron una oportunidad plena de presentar sus argumentos relativos a la interpretación de “*involucra*” ante el Tribunal de Arbitraje.
132. La República del Perú afirma, por último, que nunca tuvo la oportunidad de contestar al análisis erróneo del Tribunal de Arbitraje según el cual “*la cláusula de elección de*

¹⁵³ *Klöckner c. Camerún I*, párr. 91 (Exh. RA-LA-055).

*foro irrevocable implicaba una cláusula de arbitraje necesariamente amplia.”*¹⁵⁴ [Traducción del Comité] Según la República del Perú, el Tribunal concluyó “esencialmente” que “si las controversias [bajo el Artículo 8(3)] se limitan al monto de la compensación, la regla de la bifurcación no permitirá que se presente ninguna disputa al arbitraje. Pero si las controversias incluyen la legalidad de la expropiación, entonces la disposición sobre la bifurcación sí permitirá esta presentación para el arbitraje.”¹⁵⁵ La República del Perú alega que el Demandante no habría planteado el argumento que realizó el Tribunal de Arbitraje porque eso habría significado que los propios reclamos del Sr. Tza Yap Shum se habrían encontrado impedidos por la cláusula de elección de foro irrevocable.¹⁵⁶ La República del Perú también sostiene que el análisis del Tribunal fue erróneo ya que para que opere la cláusula de elección de foro irrevocable, la controversia y las partes deben ser idénticas.¹⁵⁷

133. El Comité acepta que las Partes tuvieron plena oportunidad de discutir acerca del significado de todo el Artículo 8, así que la pregunta que se plantea es si el Tribunal de Arbitraje tenía la obligación de volver a dirigirse a las Partes para preguntarles acerca de la última oración del Artículo 8(3) sobre la cual las Partes no se habían enfocado. Dada la importancia del análisis para el razonamiento entero del Tribunal de Arbitraje, uno podría estar inclinado a decir que debería haberlo hecho. Sin embargo, es posible tomar la posición de que no tenía tal obligación, aunque el asunto podría haberse manejado mejor por el Tribunal de Arbitraje.
134. El Comité señala que la República del Perú arguyó ante el Tribunal de Arbitraje que el Artículo 8 del APPRI Perú-China establece un procedimiento de tres pasos,¹⁵⁸ que se encuentra resumido en el párrafo 158 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia. En primer lugar, se establece un período de negociaciones amistosas de seis meses en el Artículo 8(1) que dispone que:

“[c]ualquier controversia entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativa a una inversión en

¹⁵⁴ Memorial, párr. 175.

¹⁵⁵ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 47: 7-14.

¹⁵⁶ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 77:3-8.

¹⁵⁷ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo 2014, Transcripción, Tomo 1, 77:11-22.

¹⁵⁸ Audiencia sobre Jurisdicción, 15 de octubre de 2008, Transcripción, Tomo 1, 33:12-35:2.

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.”

En segundo lugar, en el supuesto de que la controversia no fuera resuelta de la manera indicada, el Artículo 8(2) ofrece al inversionista la opción de someter la controversia a los tribunales del Estado receptor:

“[s]i la controversia no [se] 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.”

En tercer lugar, según la República del Perú, una vez que el tribunal del Estado ha determinado la existencia de una expropiación ilegal, si la “*controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación*” sigue sin poder ser resuelta, el inversionista puede entonces acceder al arbitraje internacional con arreglo al Artículo 8(3).

135. Todo el análisis del Tribunal de Arbitraje en los párrafos 154-161 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia gira en torno al enfoque de los tres pasos propuesto por la República del Perú. El Tribunal de Arbitraje se refirió a dicho análisis al afirmar lo siguiente:

“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.”¹⁵⁹

136. En el curso de su discusión sobre la interacción entre las tres oraciones del Artículo 8(3), el Tribunal de Arbitraje también se refiere a la Opinión del Prof. Chen que distingue dos etapas en una controversia sobre expropiación, primero, la existencia de la expropiación, y luego, el monto de la compensación. El Tribunal de Arbitraje razonó de la siguiente manera:

“El Tribunal reconoce que la Opinión del Prof. Chen discute e

¹⁵⁹ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 154.

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.’”¹⁶⁰*

137. Para el Comité, los argumentos relativos a la última oración del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China fueron centrales para el razonamiento del Tribunal de Arbitraje. Tal como se analizó anteriormente, el Tribunal de Arbitraje estaba haciendo lo requerido por la CVDT, es decir, analizó el sentido de la palabra “*involucra*” en el contexto del Artículo 8(3) considerado como un todo. Si se aplica correctamente la CVDT, un intérprete, que debe considerar el sentido corriente dentro del contexto, no puede llegar primero a una conclusión relativa al significado y luego ver si ésta es respaldada por el contexto o por el objeto o fin. Es parte de una sola operación. En ese sentido, los argumentos relativos a la última oración del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China fueron centrales ya que la referencia al contexto no debería ser un elemento complementario. Sin embargo, por las razones que se expresan a continuación, el Comité no está convencido que el Tribunal quebrantó una norma fundamental del procedimiento en relación con su análisis de la última oración del Artículo 8(3).
138. El análisis de la República del Perú anteriormente mencionado y la Opinión del Prof. Chen son descriptivos del mecanismo del Artículo 8 y del 8(3). Es cierto que la expresión “*elección de foro irrevocable*” aparece únicamente en las palabras del Tribunal de Arbitraje en el párrafo 159 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia y no en las presentaciones de las Partes. Sin embargo, el Comité observa que la Opinión del Prof. Chen, al afirmar que “*las partes no podrán recurrir*

¹⁶⁰ Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 160 (énfasis en el original).

al arbitraje internacional si, con anterioridad, sometieron la controversia que involucra el monto de la compensación por la expropiación a las cortes locales”, describe una cláusula de elección de foro irrevocable, que generalmente se entiende como la exclusión de cualquier posibilidad de elegir otra vía disponible para la resolución de una controversia una vez que se ha elegido algún procedimiento de resolución de controversias en particular.¹⁶¹ Al usar la expresión “*elección de foro irrevocable*”, el Tribunal de Arbitraje estaba describiendo el mecanismo de resolución de controversias establecido en el Artículo 8 del APPRI Perú-China sin interpretar el lenguaje del APPRI. Descripción no es interpretación. La cláusula de elección de foro irrevocable califica la naturaleza de la cláusula de resolución de controversias. El hecho de que la expresión no haya sido mencionada como tal por las Partes no cambia nada.

139. El Artículo 8 del APPRI Perú-China, que fue discutido por las Partes, también era la disposición del Tratado cuyo significado tenía que ser determinado por el Tribunal de Arbitraje. En el párrafo 159 de la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, el Tribunal de Arbitraje concluyó que la interpretación de tres pasos sugerida por la República del Perú era:

“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 clausula [sic] de elección de foro irrevocable, conocido [sic] también por la frase en inglés ‘fork in the road.’ El inversionista ‘podrá someter la controversia a una corte competente de la Parte Contratante’ [...] 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 que se le ha solicitado al inversionista que primero someta la controversia a las cortes de la respectiva Parte Contratante.”

¹⁶¹ Véase C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION (2010), § 3.30.

140. La interrelación de los tres párrafos del Artículo 8 y de las tres oraciones del Artículo 8(3) fue analizada por las Partes y más particularmente por la República del Perú que propuso una interpretación de dichas disposiciones. Los términos del Artículo 8(3) contienen una cláusula de elección de foro irrevocable a partir de la cual el Tribunal de Arbitraje llegó a la siguiente conclusión, opuesta a aquella que sugería el Prof. Chen:

“[e]l 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.”¹⁶²

141. El Comité considera que la interpretación del Artículo 8(3) del APPRI Perú-China estuvo en todo momento presente en el debate entre las Partes. Un intérprete no se encuentra limitado por los argumentos presentados por las partes cuando su interpretación, poco factible de sorprender a alguna de las partes, procede de los términos de la disposición que han sido discutidos por las partes y descansa sobre una descripción del mecanismo de la cláusula de arbitraje. Por lo tanto, el Comité concluye que, si bien la República del Perú ha demostrado que el argumento jurídico relativo a la cláusula de elección de foro irrevocable en el Artículo 8(3) sobre el que se basó el Tribunal de Arbitraje no fue explícitamente articulado en el arbitraje, no ha demostrado que no podía haber anticipado de un modo razonable que dicho argumento iba a ser tomado en consideración por los árbitros.
142. El Comité considera que no existe ningún quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. En consecuencia, se rechaza la solicitud de anulación de la República del Perú fundada en dicha causa.

¹⁶² Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párr. 161.

IV. EL LAUDO DE 7 DE JULIO DE 2011

A. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

a. Argumentos de la Solicitante

143. En subsidio, la República del Perú pretende la anulación del Laudo en su totalidad,¹⁶³ basada en la conclusión que las medidas cautelares previas que impuso la SUNAT y ratificó el tribunal fiscal constituyeron una expropiación indirecta de la inversión del Sr. Tza Yap Shum por la que Perú debía ser declarado responsable.

i. Extralimitación manifiesta en las facultades

144. En primer lugar, la República del Perú alega que el Tribunal de Arbitraje se extralimitó manifiestamente en sus facultades (**Artículo 52(1)(b)** del Convenio CIADI) al resolver reclamos distintos al de expropiación, cuando había resuelto en su Decisión sobre Jurisdicción y Competencia que el reclamo de expropiación era el único reclamo que el Tribunal de Arbitraje estaba facultado para conocer. Según la Solicitante, no obstante esa decisión, el Tribunal de Arbitraje se pronunció sobre la razonabilidad y la propiedad de las acciones de las autoridades fiscales peruanas más allá de su naturaleza supuestamente expropiatoria, resolviendo de esta manera los reclamos del Sr. Tza Yap Shum sobre trato justo y equitativo, medidas arbitrarias y discriminatorias, y denegación de justicia, que había estado de acuerdo se encontraban fuera de su jurisdicción. Para la República del Perú, el Tribunal de Arbitraje también se extralimitó en sus facultades al ignorar los principios generales de derecho que exigen que el daño por el que se responsabiliza a un Estado debe ser causado por la conducta de ese Estado.¹⁶⁴

ii. Falta de expresión de motivos

145. La República del Perú arguye luego que el Tribunal de Arbitraje no expresó sus motivos (**Artículo 52(1)(e)** del Convenio CIADI) para:

- “ignorar los argumentos de Perú acerca de la falta por parte del Demandante

¹⁶³ Memorial, párr. 260; Réplica, párr. 181.

¹⁶⁴ Memorial, párrs. 250-252; Réplica, párrs. 169-171.

[Sr. Tza Yap Shum] de demostrar que fueron las medidas cautelares, y no las propias decisiones de negocios y legales del Demandante [Sr. Tza Yap Shum], las que ocasionaron el supuesto daño a su inversión;

- no reconocer que TSG optó por el concurso preventivo, a pesar de que el Tribunal admitió que el monto total de las determinaciones tributarias de la SUNAT estaba más que cubierto por los reembolsos de IGV que la SUNAT pagó a TSG y que, en lugar de utilizar los reembolsos para pagar sus impuestos u ofrecer algún tipo de garantía para levantar las medidas cautelares, TSG concluyó [en el párrafo 249 del Laudo] que ‘era financieramente favorable amortizar créditos de corto plazo y de altos intereses’;
- considerar que era apropiado en un análisis de expropiación decidir si, en efecto, el Demandante [Sr. Tza Yap Shum] había recibido trato justo y equitativo, había estado sujeto a medidas arbitrarias y discriminatorias, o le había sido denegada la justicia; y
- basarse en fuentes jurídicas con respecto a los estándares de ‘arbitrariedad’ y denegación de justicia que no tenían nada que ver con reclamos de expropiación.”¹⁶⁵ [Traducción del Comité]

146. La República del Perú también alega que el Tribunal de Arbitraje incurrió en un razonamiento contradictorio equivalente a una falta de expresión de motivos al:

- “concluir que, de cierto modo, TSG estaba [financieramente] devastada cuando las medidas cautelares congelaron la suma de US\$ 172 por menos de seis meses, a pesar de haber concluido que TSG casi no utilizó el sistema bancario y que puede no haber sido obligatorio utilizar el sistema bancario en Perú;”¹⁶⁶ [Traducción del Comité]
- “pretender aplicar [en el párrafo 160 del Laudo] la norma de *LG&E*, según la cual ‘si [la] inversión se mantiene operativa, aun cuando sus ganancias

¹⁶⁵ Memorial, párr. 254. Véase también, Réplica, párr. 173.

¹⁶⁶ Réplica, párr. 174. Véase, también, Memorial, párr. 255.

disminuyan’, no ha habido expropiación, y luego reconocer [en los párrafos 165 y 166 del Laudo] que TSG conservó el control de sus operaciones aunque con menos ganancias, y en todo caso concluir que las medidas cautelares fueron expropiatorias;”¹⁶⁷ [Traducción del Comité]

- “citar *ADM and Tate & Lyle* [en el párrafo 162 del Laudo], en donde el tribunal había concluido que no hubo expropiación porque la inversión continuó operando, reconocer que las medidas cautelares de la SUNAT no hicieron que el Demandante [Sr. Tza Yap Shum] perdiera su capacidad de operar, pero concluir sin embargo que las medidas cautelares eran expropiatorias;”¹⁶⁸ [Traducción del Comité]
- “citar *S.D. Myers* [en el párrafo 163 del Laudo], ‘en el cual el cierre de la frontera canadiense a la exportación de desechos tóxicos por 18 meses no fue considerado una medida expropiatoria’, y en todo caso concluir que las medidas cautelares de la SUNAT —vigentes por menos de seis meses— eran expropiatorias;”¹⁶⁹ [Traducción del Comité]
- “razonar [en el párrafo 173 del Laudo] que, ‘en el derecho internacional [...] un Estado no es responsable por la pérdida de valor en la propiedad o por otras desventajas económicas que resulten de la imposición de buena fe de impuestos generales [...] u otras conductas comúnmente aceptadas como parte del poder de policía de los estados’, para luego sostener que el estado es responsable por las supuestas desventajas económicas resultantes de la imposición tributaria —siempre y cuando su proceso interno de toma de decisiones pueda describirse como ‘arbitrario’ o el Tribunal pretenda hallar una denegación de justicia;”¹⁷⁰ [Traducción del Comité]
- “decir [en el párrafo 95 del Laudo] que ‘el ejercicio del poder regulatorio y administrativo del Estado lleva aparejada una presunción de legitimidad’, lo cual es ‘particularmente evidente cuando se advierte que el Estado actúa en aras de un interés público de gran importancia’, pero no aplicar esa presunción

¹⁶⁷ Memorial, párr. 255. Véase, también, Réplica, párr. 174.

¹⁶⁸ Memorial, párr. 255.

¹⁶⁹ Memorial, párr. 255; Réplica, párr. 174.

¹⁷⁰ Memorial, párr. 255; Réplica, párr. 174.

a favor del legítimo ejercicio por parte del Perú de sus facultades impositivas.”¹⁷¹ [Traducción del Comité]

iii. Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento

147. Por último, la República del Perú señala que el Tribunal de Arbitraje incumplió gravemente una norma fundamental de procedimiento (**Artículo 52(1)(d)** del Convenio CIADI) al ejercer jurisdicción más allá del alcance del consentimiento de las Partes al arbitraje y al no expresar los motivos en que se fundó el Laudo en varios aspectos.¹⁷²

b. Argumentos del Sr. Tza Yap Shum

148. El Sr. Tza Yap Shum responde que el Tribunal de Arbitraje no se extralimitó en sus facultades de forma manifiesta. Señala que el Tribunal de Arbitraje empleó varias fuentes para definir el concepto de arbitrariedad, un concepto general que no se limita exclusivamente al estándar de trato justo y equitativo. Asevera que el Tribunal de Arbitraje no importó el estándar de arbitrariedad para interpretar el término “*expropiación*” del Artículo 4 del APPRI Perú-China, ni tampoco importó el estándar de denegación de justicia en el reclamo de expropiación.¹⁷³ En su opinión, el Laudo resolvió únicamente una controversia de expropiación.¹⁷⁴
149. El Sr. Tza Yap Shum afirma también que el Tribunal de Arbitraje expresó los motivos en los cuales fundó su Laudo. Argumenta que el análisis del Tribunal de Arbitraje se basó en comparar la doctrina de los efectos con el ejercicio legítimo por parte de la República del Perú de los poderes de policía en cuestiones tributarias. Para que los poderes regulatorios del Estado que resultan en un acto de expropiación se consideren un acto legítimo, se debe evaluar la conducta del Estado en función de ciertos criterios tales como la no arbitrariedad, no discriminación, razonabilidad, protección del interés público, buena fe y debido proceso, entre otros. El Sr. Tza Yap Shum afirma que quedó demostrada la relación causal entre las medidas de la SUNAT y la

¹⁷¹ Memorial, párr. 255.

¹⁷² Memorial, párrs. 257-258; Réplica, párrs. 175-177.

¹⁷³ Memorial de Contestación, párrs. 107, 109-115; Dúplica, párrs. 119-134.

¹⁷⁴ Memorial de Contestación, párr. 151.

privación sustancial de la inversión en TSG, y destaca que el Tribunal de Arbitraje consideró el argumento del Estado acerca del valor de la inversión antes de la imposición de las medidas cautelares y se basó en el informe pericial sobre daños que preparó la República del Perú.¹⁷⁵

150. El Sr. Tza Yap Shum sostiene, asimismo, que (i) no existe contradicción alguna en resolver un reclamo de expropiación analizando los requisitos de legitimidad de un acto regulatorio; (ii) no existe contradicción alguna entre los efectos de las medidas de la SUNAT y el razonamiento del Tribunal de Arbitraje relativo al uso del sistema bancario por parte de TSG; (iii) no existe contradicción alguna en la aplicación, a modo de referencia, del Laudo de *LG&E* sobre interferencia sustancial; (iv) no existe contradicción alguna en la referencia al Laudo de *ADM and Tate & Lyle* con respecto a la capacidad operativa de TSG; y (v) no existe contradicción alguna en la referencia al Laudo de *S.D. Myers* con respecto al impacto temporal de las medidas de la SUNAT en la inversión. El Sr. Tza Yap Shum señala también que la aplicación del estándar de buena fe no es contradictoria.¹⁷⁶
151. Por último, el Sr. Tza Yap Shum alega que el Tribunal de Arbitraje no incurrió en un quebrantamiento grave de ninguna norma fundamental de procedimiento. Para el Sr. Tza Yap Shum, el Tribunal resolvió la cuestión en disputa en materia de expropiación fundándose en un análisis de la doctrina de los efectos y, una vez convencido de que había ocurrido una expropiación, comparó dicha medida con los poderes de policía de la República del Perú en materia tributaria. Por lo tanto, señala el Sr. Tza Yap Shum, el Tribunal no importó criterios correspondientes a trato justo y equitativo, medidas arbitrarias o discriminatorias, y reclamos de denegación de justicia.¹⁷⁷

B. EL ANÁLISIS DEL COMITÉ

a. Artículo 52(1)(B): Extralimitación manifiesta en las facultades

152. El Tribunal de Arbitraje decidió que las medidas cautelares resultaron en la expropiación indirecta de la inversión del Sr. Tza Yap Shum en violación del Artículo

¹⁷⁵ Memorial de Contestación, párrs. 100-103, 117-118, 147; Dúplica, párrs. 98-104.

¹⁷⁶ Memorial de Contestación, párrs. 119-135; Dúplica, párrs. 105-118.

¹⁷⁷ Memorial de Contestación, párr. 137; Dúplica, párrs. 143-144.

4 del APPRI Perú-China, por la cual él no fue compensado.¹⁷⁸ Al evaluar si la República del Perú podría, sin embargo, eximirse de responsabilidad en razón del interés público en el ejercicio de su potestad tributaria, el Tribunal de Arbitraje reconoció que:

*“en el derecho internacional [...] un Estado no es responsable por la pérdida de valor en la propiedad o por otras desventajas económicas que resulten de la imposición de buena fe de impuestos generales, regulaciones u otras conductas comúnmente aceptadas como parte del poder de policía de los estados. La imposición, administración y recaudo de impuestos forman parte de la potestad tributaria de los Estados.”*¹⁷⁹

Habiendo recalcado que los Estados no están exentos de responsabilidad y de la obligación de pagar compensación si sus acciones son arbitrarias o discriminatorias,¹⁸⁰ el Tribunal de Arbitraje concluyó la discusión declarando que los laudos arbitrales que han considerado argumentos sobre expropiación indirecta resultantes de la conducta de autoridades tributarias:

*“revelan un consenso considerable en torno a que la imposición y la aplicación de medidas tributarias puede adquirir un carácter expropiatorio si es confiscatoria, arbitraria, abusiva o discriminatoria.”*¹⁸¹

153. Esto da lugar a críticas por parte de la República del Perú, que considera que hubo una extralimitación manifiesta de facultades, alegando que el Tribunal de Arbitraje utilizó el término “arbitraria” para importar el estándar de trato justo y equitativo al análisis de la expropiación. Según la República del Perú, esto queda demostrado por la invocación por parte del Tribunal de Arbitraje en fuentes sobre temas ajenos a la expropiación (*Amto c. Ucrania, S.D. Myers c. Canadá, EDF c. Rumania, Lauder c. República Checa* y el Fallo de la CIJ en *ELSI*).¹⁸² La crítica de la Solicitante se extiende al análisis por el Tribunal de Arbitraje de la disponibilidad de un recurso legal adecuado y el debido proceso en el curso de su evaluación de la conducta de la

¹⁷⁸ Laudo, párr. 170.

¹⁷⁹ Laudo, párr. 173.

¹⁸⁰ Laudo, párr. 148.

¹⁸¹ Laudo, párr. 181.

¹⁸² Memorial, párrs. 224-225; Réplica, párrs. 149-155.

SUNAT,¹⁸³ a partir del cual el Tribunal de Arbitraje concluyó que TSG tenía un acceso formal, en vez de sustancial, a un recurso legal.¹⁸⁴ El Tribunal de Arbitraje, según alega la República del Perú, importó un estándar de denegación de justicia inaplicable al reclamo de expropiación del Sr. Tza Yap Shum, cuando dicho estándar habría sido apropiado sólo si la jurisdicción del Tribunal se extendiese a los reclamos de trato justo y equitativo del Demandante.¹⁸⁵ Sin embargo, la Solicitante advierte, el Tribunal de Arbitraje ya había concluido en la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia que no tenía jurisdicción sobre los reclamos de trato justo y equitativo del Sr. Tza Yap Shum.¹⁸⁶

154. Según la República del Perú, al importar los estándares de medidas arbitrarias y discriminatorias y de trato justo y equitativo dentro del análisis de expropiación, para declarar arbitrarias las acciones de la SUNAT, el Tribunal de Arbitraje violó su propia Decisión sobre Jurisdicción y Competencia.¹⁸⁷ Para la Solicitante, el Tribunal de Arbitraje extendió su jurisdicción para cubrir el Artículo 3(1) del APPRI Perú-China sobre trato justo y equitativo¹⁸⁸ al basarse en jurisprudencia sobre temas ajenos a la expropiación, a fin de encontrar su estándar de “arbitrariedad” y encontrar a Perú responsable por la expropiación.¹⁸⁹ El Tribunal de Arbitraje también se equivocó, según alega la Solicitante, al aplicar una norma jurídica que no se encuentra en el APPRI Perú-China. La Solicitante advierte que el APPRI Perú-China no contiene una prohibición de medidas arbitrarias, y alega que el Tribunal de Arbitraje no hubiese tenido jurisdicción sobre un reclamo basado en dicho estándar aun si el APPRI Perú-China prohibiera tales medidas arbitrarias.¹⁹⁰

¹⁸³ Laudo, párrs. 223-240.

¹⁸⁴ Laudo, párr. 238.

¹⁸⁵ Memorial, párrs. 245-248; Réplica, párrs. 164-167.

¹⁸⁶ Memorial, párr. 248. En la Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, el Tribunal de Arbitraje señaló que el Artículo 3(1) del APPRI Perú-China, que según el Tribunal “*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*”, no podía interpretarse para extender la jurisdicción del CIADI a controversias sobre protección y trato justo y equitativo, o para servir de base como una fuente independiente de competencia para el Tribunal. Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, párrs. 189, 220.

¹⁸⁷ Memorial, párrs. 224, 230.

¹⁸⁸ APPRI Perú-China, Art. 3 (Exh. RA-004) (“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. [...]”)

¹⁸⁹ Memorial, párr. 225.

¹⁹⁰ Memorial, párr. 222.

155. El Comité advierte que el Tribunal de Arbitraje abordó en detalle la noción de “*arbitrariedad*”, que consideró como un concepto fundamental reconocido en todos los sistemas jurídicos.¹⁹¹ El Tribunal de Arbitraje explicó y dijo que la arbitrariedad es un concepto relevante, basado en su revisión de jurisprudencia pertinente:

*“El examen de un número de laudos arbitrales que han considerado argumentos sobre expropiación indirecta resultante de la conducta de autoridades Tributarias, evidencia que frecuentemente han sido desestimados. Estos laudos sin embargo también revelan un consenso considerable entorno a que la imposición y la aplicación de medidas tributarias puede adquirir un carácter expropiatorio si es confiscatoria, arbitraria, abusiva o discriminatoria.”*¹⁹²

156. La República del Perú ataca el razonamiento del Tribunal de Arbitraje y su interpretación de la jurisprudencia y fuentes jurídicas que respaldan la conclusión de que las medidas de la SUNAT no fueron el resultado de la actividad regulatoria legítima del Estado, sino de una conducta arbitraria y, por lo tanto, fueron expropiatorias. Sin embargo, conducta relevante a efectos de la cuestión de expropiación indirecta podría también ser relevante a la cuestión de trato justo y equitativo. Aún más, la arbitrariedad es una de las cuestiones relevantes para los reclamos de trato justo y equitativo y expropiación indirecta. No es extraño entonces que el Tribunal de Arbitraje hiciera referencia, en este contexto, a conceptos que son relevantes tanto a la expropiación indirecta como al trato justo y equitativo. En consecuencia, la crítica de la Solicitante se convierte en un tema de interpretación relevante al fondo de la cuestión. Por ejemplo, la República del Perú alega que el tribunal en *EDF c. Rumania* aplicó un estándar de buena fe que contradijo el análisis del Tribunal de Arbitraje.¹⁹³ Aunque la República del Perú pueda no estar de acuerdo, es el Tribunal de Arbitraje el que debe interpretar la ley. El Comité reitera que su función no es actuar como tribunal de apelación.
157. El Comité también concluye que la República del Perú saca conclusiones infundadas de una nota al pie cuando alega que “*el Tribunal aparentemente se valió de dicta en el fallo de EnCana en relación con un impuesto de ‘incidencia arbitraria’, como única*

¹⁹¹ Laudo, párrs. 186-195.

¹⁹² Laudo, párr. 181.

¹⁹³ Memorial, párr. 221.

*fuerza de derecho internacional en respaldo de su estándar de revisión invasivo.”*¹⁹⁴
[Traducción del Comité]

158. La República del Perú alega, adicionalmente, que “*al aplicar el estándar de ‘arbitrariedad’ que había importado de la jurisprudencia sobre trato justo y equitativo y medidas arbitrarias y discriminatorias, el Tribunal impuso su propia opinión de cómo la SUNAT debería haber conducido sus propios procedimientos internos.*”¹⁹⁵ Continúa alegando que “*(1) la SUNAT estaba claramente facultada para implementar las medidas cautelares conforme al Código Tributario peruano, pero (2) el Tribunal fue más allá de la ley peruana y juzgó a la SUNAT por sus directivas internas y borradores preliminares de circulares internas.*”¹⁹⁶ El Tribunal de Arbitraje decidió que, al imponer las medidas cautelares previas establecidas en el Artículo 56 del Código Tributario peruano la conducta de la SUNAT fue arbitraria, en particular, con respecto a la inobservancia de los procedimientos internos.¹⁹⁷ El Tribunal de Arbitraje también tuvo en cuenta los argumentos de la República del Perú de que la SUNAT tenía discreción bajo el Artículo 56 del Código Tributario peruano para implementar las medidas cautelares previas, cuando tales medidas fuesen indispensables debido al comportamiento del contribuyente o cuando existiesen razones para sospechar que la cobranza podría devenir en infructuosa.¹⁹⁸ Lo que solicita la República del Perú es que se vuelvan a juzgar las cuestiones ya tratadas por el Tribunal de Arbitraje, pero el Artículo 52 del Convenio CIADI no le permite al Comité volver a realizar dicho juicio.
159. El Tribunal de Arbitraje destacó que “*no puede ni pretende desempeñarse como una corte de apelaciones supranacional que agrega al escrutinio del actuar de la SUNAT [...].*”¹⁹⁹ No obstante, la República del Perú cuestiona al Tribunal de Arbitraje por su “*indagación*” en los procedimientos internos de la SUNAT,²⁰⁰ una crítica respecto de la cual el Comité toma nota pero nada puede hacer en vista del Artículo 53 del

¹⁹⁴ Memorial, párr. 213. Véase, también, *id.* párrs. 211-212 (que se refiere al Laudo, párr. 181, n.151 con cita a *EnCana c. República de Ecuador*, Laudo (3 de febrero de 2006), párr. 177 (“*Sólo si una ley tributaria es extraordinaria, si su cuantía es punitiva o su incidencia arbitraria, podría alegarse expropiación indirecta.*”))

¹⁹⁵ Memorial, párr. 231.

¹⁹⁶ Memorial, párr. 231. Véase, también, Memorial, párrs. 232-244.

¹⁹⁷ Laudo, párr. 218.

¹⁹⁸ Laudo, párrs. 196-205.

¹⁹⁹ Laudo, párr. 184.

²⁰⁰ Memorial, párr. 214.

Convenio CIADI. El Artículo 53 establece el principio según el cual el laudo no podrá ser objeto de apelación.

160. Lo mismo se aplica a la constante disconformidad de la República del Perú con el razonamiento del Tribunal de Arbitraje acerca de la disponibilidad de un recurso legal adecuado y un debido proceso para el inversionista. La cuestión clave para el Tribunal de Arbitraje era si estos recursos eran adecuados y eficaces.²⁰¹ La conclusión del Tribunal de Arbitraje de que TSG no tuvo una oportunidad razonable para reclamar sus derechos legítimos²⁰² no puede ser anulada por el Comité dadas sus limitadas facultades en virtud del Artículo 52 del Convenio CIADI.
161. En síntesis, el Comité no puede adherirse a la teoría de la Solicitante según la cual, bajo la apariencia de un análisis de expropiación, el Tribunal de Arbitraje, en realidad, resolvió reclamos de trato justo y equitativo y/o medidas arbitrarias y discriminatorias al concluir que la SUNAT actuó de manera arbitraria.²⁰³ Las críticas de la República del Perú se refieren a los motivos del Laudo y no justifican la intervención del Comité. Las objeciones de la Solicitante basadas en la interpretación del APPRI Perú-China, el significado del Código Tributario peruano y las acciones del Tribunal Fiscal, del modo en que se evaluaron en el Laudo, requerirían que el Comité volviese a resolver el fondo de la cuestión. Por ende, el Comité no puede concluir que el Tribunal de Arbitraje dictó un laudo yendo más allá de sus facultades.
162. Por último, la República del Perú alega que el Tribunal de Arbitraje se extralimitó en sus facultades al ignorar los “*principios generales de derecho*”²⁰⁴ identificados en los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Artículos de la CDI). En particular, la Solicitante hace referencia al Artículo 31 de los Artículos de la CDI, que exige que el daño por el cual se responsabiliza a un Estado debe ser causado por la conducta de dicho Estado. La República del Perú señala que, aunque el daño a TSG fue causado por la decisión del inversionista de no levantar las medidas cautelares previas en vez de decidir iniciar el procedimiento

²⁰¹ Laudo, párr. 183.

²⁰² Laudo, párr. 240.

²⁰³ Réplica, párrs. 158-163.

²⁰⁴ Memorial, párr. 252.

concursal preventivo, el Tribunal de Arbitraje declaró al Estado como responsable.²⁰⁵ El Comité advierte que en la práctica habitual de los comités *ad hoc*, la falta de aplicación del derecho aplicable se ha considerado como una extralimitación manifiesta de facultades.²⁰⁶ Sin embargo, una violación del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI requiere un error de interpretación o de aplicación de la ley aplicable atroz.²⁰⁷ Un mero error de derecho no constituye extralimitación en las facultades, menos aún una extralimitación manifiesta en las facultades. El Comité concluye que la República del Perú no identifica dicha violación del Artículo 52(1)(b). Su objeción se relaciona más con un reclamo de falta de motivación por parte del Tribunal o de contradicción en esa motivación, que examinaremos a continuación.

b. Artículo 52(1)(E): Falta de expresión de motivos

163. La República del Perú concentra su ataque esencialmente en la sección del Laudo (párrafos 152-170) correspondiente al análisis del Tribunal de Arbitraje respecto de si las medidas cautelares previas impuestas por la SUNAT resultaron en la expropiación de la inversión del Sr. Tza Yap Shum. La República del Perú (i) enfatiza que el Tribunal de Arbitraje se contradijo a sí mismo al cambiar el estándar jurídico a efectos de probar la expropiación;²⁰⁸ (ii) alega que el Tribunal de Arbitraje no analizó los hechos reales sino hechos hipotéticos a los que aplicó su propio estándar jurídico contradictorio;²⁰⁹ y (iii) afirma que el Tribunal no expuso los motivos para importar el estándar de arbitrariedad a lo que supuestamente era un análisis sobre expropiación.²¹⁰

i. Cambio del estándar jurídico para la expropiación

164. En respaldo de su primer argumento, la República del Perú sostiene que cada una de las fuentes de derecho mencionadas por el Tribunal de Arbitraje contradice manifiestamente la conclusión según la cual las medidas cautelares de la SUNAT

²⁰⁵ Memorial, párr. 252; Réplica, párr. 171.

²⁰⁶ *Klöckner c. Camerún I*, párr. 59 (Exh. RA-LA-055); *MINE c. Guinea*, párr. 5.03 (Exh. CA-LA-2.12).

²⁰⁷ *Soufraki c. EAU*, párr. 86 (Exh. RA-LA-041).

²⁰⁸ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 54:8-13.

²⁰⁹ Memorial, párr. 206; Réplica, párrs. 125-138; Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 54:8-17, 56:5-15.

²¹⁰ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 71:3-6.

fueron expropiatorias.²¹¹ Para la Solicitante, en vez de aplicar el estándar de privación sustancial, el Tribunal de Arbitraje aplicó un estándar *de minimis* conforme al que cualquier cambio en el nivel o en la naturaleza de las operaciones de la inversión constituirá una expropiación.²¹²

165. La República del Perú además alega que, a pesar de admitir que no existía ningún impedimento legal durante el procedimiento concursal preventivo para impedirle a TSG, que retenía el control de sus operaciones, que llevara a cabo sus actividades, el Tribunal de Arbitraje señaló que TSG no recuperó su capacidad operativa original antes del mes de junio de 2006, cuando el procedimiento concursal concluyó.²¹³ La República del Perú agrega que, como resultado de la alteración del estándar de privación sustancial como fue establecido en *LG&E Energy*²¹⁴ y en *S.D. Myers*,²¹⁵ el Tribunal de Arbitraje se contradijo a sí mismo basándose en el estándar de los 18 meses establecido en *S.D. Myers* y concluyendo que las medidas cautelares de la SUNAT fueron expropiatorias, cuando su duración efectiva de menos de seis meses fue de hecho demasiado temporal.²¹⁶
166. Más precisamente, la República del Perú califica de “*error anulable*” a la aplicación por parte del Tribunal de Arbitraje de estándares contradictorios relativos a la privación sustancial y a la permanencia para determinar la existencia de una expropiación en el párrafo 168 del Laudo.²¹⁷ El texto de dicho párrafo es el siguiente:

²¹¹ Memorial, párrs. 187-190, 194-195, 204-206; Réplica, párrs. 109-110.

²¹² Réplica, párrs. 116-119.

²¹³ Memorial, párrs. 190.

²¹⁴ *LG&E Energy Corp. et. al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párr. 200 (Exh. RA-LA-057) (“*En consecuencia, el efecto de las acciones del Estado argentino no se ha reflejado permanentemente sobre el valor de las acciones de las Demandantes y la inversión tampoco ha dejado de existir. Sin una privación permanente y severa de los derechos de LG&E con respecto a su inversión, o al menos, la casi completa privación del valor de la inversión de LG&E, el Tribunal concluye que las circunstancias antes expuestas no constituyen una expropiación.*”)

²¹⁵ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial (13 de noviembre de 2000), párrs. 283-284 (Exh. RA-LA-078) (“*Una expropiación generalmente equivale a una supresión duradera de la capacidad de un propietario de valerse de sus derechos económicos aunque puede ser que, en ciertos contextos y circunstancias, sea apropiado considerar la privación como equivalente a la expropiación, aunque dicha privación sea parcial o temporal. En el presente caso, el cierre de la frontera fue temporal. El proyecto empresarial de SDMI en el mercado canadiense se pospuso aproximadamente dieciocho meses [...] pero esto no respalda la afirmación en base a los hechos del presente caso de que la medida debería ser calificada como una expropiación [...].*”) [Traducción del Comité]

²¹⁶ Memorial, párr. 204, Réplica, párrs. 121- 124.

²¹⁷ Memorial, párr. 195.

“El Tribunal ha estudiado los argumentos de la parte Demandada que indican que TSG pudo haber operado sin utilizar sus cuentas bancarias, o que la decisión de TSG de acogerse a un concurso preventivo respondía a dificultades financieras ajenas a la SUNAT e incluso que no se ha demostrado que el impacto de las medidas fue más que temporal. Adicionalmente, durante el procedimiento concursal, la compañía parece haber percibido un monto dramáticamente reducido de ingresos (aparentemente de ventas anteriores) y amortizado en alguna medida sus deudas. Por sí solos estos eventos no demuestran que la compañía subsistía tal como existía y operaba con anterioridad a las medidas.”

167. Tal como la República del Perú le recuerda acertadamente al Comité,²¹⁸ los motivos contradictorios constituyen uno de los aspectos de la ausencia de motivos conforme a la práctica consistente de los comités *ad hoc* a la cual se ha hecho referencia anteriormente.²¹⁹ Ya se ha mencionado que el Comité del caso *Klöckner c. Camerún I* identificó una obligación por parte del árbitro de exponer motivos no contradictorios.²²⁰ Sin embargo, la causal de anulación prevista en el Artículo 52(1)(e) se limita a una discordancia entre motivos que debería resultar evidente a partir de la lectura del laudo.
168. Pero en vez de centrarse en la contradicción entre los motivos, el argumento de la República del Perú se refiere más a una aplicación de la ley que difiere de su propia interpretación. Reabrir el debate acerca de los laudos *L&G E Energy* y *S.D. Myers* tal y como fueron interpretados por el Tribunal de Arbitraje en el contexto de una impugnación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI no tendría ningún propósito diferente al de transformar el recurso de anulación en una apelación. El Tribunal de Arbitraje simplemente sacó, a partir del análisis de los casos citados *supra*, la siguiente conclusión que no era la deseada por la República del Perú:

*“En contraste con los casos mencionados, el accionar de la SUNAT no sólo redujo la tasa de retorno del negocio, sino que además eliminó o frustró sustancialmente la capacidad operativa de la empresa.”*²²¹

169. La República del Perú sostiene que, a pesar de que muchos tribunales insisten en que

²¹⁸ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 56:8-11.

²¹⁹ *Supra*, párr. 102.

²²⁰ *Klöckner c. Camerún I*, párr. 116 (Exh. RA-LA-055).

²²¹ Laudo, párr.162.

la medida debe causar una privación total de los derechos del inversionista para poder dar lugar a una acción judicial, el Tribunal de Arbitraje afirmó a modo de conclusión que había “*considerado los argumentos de las partes y las fuentes de derecho que señalan que los efectos de las medidas sobre la inversión deben ser de carácter grave*”, prácticamente sin ningún análisis de dichas fuentes de derecho.²²² La República del Perú critica al Tribunal de Arbitraje por no exponer los motivos por los que optó por abandonar el elevado umbral para la determinación de la existencia de una expropiación reiterado en las decisiones sobre las que se basó la República del Perú en el procedimiento arbitral (*Sempra Energy International c. República Argentina*, *Pope & Talbot c. Canadá*, *CMS Gas c. República Argentina*, *Telenor c. República de Hungría*, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. República del Líbano*, *Enron Corporation c. República Argentina*, *Tokios Tokelès c. Ucrania*), pero que no fueron mencionadas en el Laudo del Tribunal, ni siquiera en una nota al pie. Además señala que no se hace referencia a las conclusiones del laudo *Feldman*, según las cuales las medidas fiscales no son expropiatorias aun cuando sus efectos hagan que resulte impráctica la continuación de ciertas actividades de negocio.²²³

170. Es suficiente decir que el Laudo deja en claro que la jurisprudencia que respalda la posición de la República del Perú, según la cual no hubo expropiación indirecta a través de las medidas cautelares de la SUNAT,²²⁴ fue examinada por el Tribunal de Arbitraje. El Tribunal sostuvo:

“En nuestro análisis sobre el carácter de las medidas de la SUNAT, hemos considerado los argumentos de las partes y las fuentes de derecho que señalan que los efectos de las medidas sobre la inversión deben ser de carácter grave.

Por ejemplo, se ha enfatizado que el tribunal de LG&E Energy Corp. et. al. c. República Argentina indicó que ‘la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aun cuando sus ganancias disminuyan.’ En ese caso como en otros en que se concluyó que no se estaba ante una expropiación, la inversión en cuestión mantuvo unos niveles de viabilidad operativa con márgenes de rentabilidad

²²² Memorial, párr. 187.

²²³ Memorial, párrs. 193, 224.

²²⁴ Contra-Memorial de Defensa (12 de abril de 2010), párrs. 217-236.

comparativamente menores.

*De acuerdo con los estados financieros de TSG, sin embargo, esta no fue la situación para la inversión en el caso que nos ocupa. Aun con la protección del procedimiento concursal que procuró la empresa misma, las ventas netas de la compañía cayeron de un promedio de S/. 80 millones con anterioridad a las medidas en el periodo 2003-2004, a aproximadamente S/. 3.4 millones con posterioridad en 2005-2006.”*²²⁵

171. La Solicitante simplemente está invitando al Comité a analizar si las conclusiones del Tribunal de Arbitraje son o no correctas.
172. La República del Perú también critica al Tribunal de Arbitraje por descartar en una oración el laudo *ADM and Tate & Lyle* que había sostenido que no existía expropiación porque la inversión continuó operando.²²⁶ Sin embargo, la República del Perú no explica de qué manera la nota al pie 124 del párrafo 162 del Laudo, cuyo texto dice “*a diferencia de la inversión en el caso de Archer Daniels Midland las medidas en cuestión afectaron la única actividad empresarial de TSG*”, constituiría una justificación en sí misma insuficiente para llegar a la solución del Tribunal de Arbitraje respecto de la expropiación indirecta de la inversión. El Comité recuerda que el Comité *ad hoc* de *Vivendi c. Argentina* ya ha señalado que:

*“Una fuente de preocupación de mayor envergadura es el fundamento de la omisión de ‘expresar los motivos’, ya que no está calificada con un adjetivo como ‘manifiesta’ o ‘seria’. Sin embargo, se acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo **alguno** respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes. Cabe reiterar que un comité ad hoc no es un tribunal de apelaciones. Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su*

²²⁵ Laudo, párrs. 159-161.

²²⁶ *Archer Daniels Midland Co. and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/04/5, Laudo (21 de noviembre de 2007) (Ex. RA-LA-05), párr. 246 (“Otro criterio relativo a la intensidad es si la medida del Estado receptor afecta a la mayor parte del valor económico de la inversión o hace que devenga ineficaz el uso óptimo de ella desde el punto de vista económico [...] Conforme a los criterios mencionados, el Impuesto no fue lo suficientemente restrictivo como para respaldar claramente la conclusión de que la medida tuvo efectos similares a los de una expropiación”); Memorial, párr. 192.

manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones.

En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52 (1) (e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal. [...]”²²⁷

El Comité también considera que bajo el Artículo 52(1)(e) existe contradicción en la motivación cuando los motivos contradictorios son sustanciales. Además, el requisito de exponer los motivos (cuyo fin es permitir a las partes, y en particular a la parte vencida, comprender la decisión) sólo se aplica a aquellos motivos que constituyen el fundamento de las conclusiones del Tribunal de Arbitraje. La impugnación por parte de Perú del tratamiento que le dio el Tribunal de Arbitraje al laudo *ADM and Tate & Lyle* es insostenible bajo cualquiera de estos estándares.

ii. Fundamento en hechos hipotéticos

173. En respaldo de su segundo argumento conforme al cual el análisis del Tribunal de Arbitraje relativo a la expropiación se fundó en hechos hipotéticos y no en los hechos reales del expediente,²²⁸ la República del Perú señala que el Tribunal de Arbitraje basó su decisión en un período hipotético de tres años para las medidas cautelares, cuando en realidad éstas fueron levantadas al término de seis meses.²²⁹ La República del Perú también alega que el Tribunal de Arbitraje eliminó el requisito de causalidad entre las medidas cautelares de la SUNAT, que sólo estuvieron vigentes durante seis meses (entre los días 28 de enero y el 11 de julio de 2005) y que no congelaron más de US\$ 172, y la supuesta privación sustancial de TSG.²³⁰
174. Según la República del Perú, el Tribunal de Arbitraje reconoció que las medidas cautelares impuestas en el mes de enero de 2005 fueron levantadas luego de seis

²²⁷ *Vivendi c. Argentina*, párrs. 64-65 (Exh. RA-LA-024) (énfasis en el original).

²²⁸ Audiencia sobre Anulación, 22 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 2, 329: 6-10.

²²⁹ Véase, Memorial, para. 205; Laudo, párrs. 164, 169.

²³⁰ Réplica, párrs. 111-115.

meses, pero sostuvo que dichas medidas habrían frustrado las operaciones de TSG y habrían resultado en una expropiación indirecta, fundándose en la hipótesis del tiempo que habría durado el embargo si el Demandante no hubiera obtenido su levantamiento.²³¹ Para la Solicitante, el Tribunal de Arbitraje también ignoró completamente la invocación por parte de la República del Perú del análisis en el Fallo de la CIJ en *ELSI* sobre el tema de la causalidad, y, en cambio, se fundó en la opinión disidente de ese mismo caso.²³²

175. El otro “*error anulable*”, identificado por la República del Perú en el párrafo 168 del Laudo, está relacionado con la supuesta omisión del Tribunal de Arbitraje de considerar los argumentos según los cuales el Sr. Tza Yap Shum no probó que las medidas cautelares ocasionaron un daño a su inversión. La República del Perú aduce que en vez de abordar esta cuestión, el Tribunal de Arbitraje no ofreció ningún indicio acerca de cuáles podrían ser los “*principios generales*” relativos a la cuestión de la causalidad a los que hizo referencia, ni aplicó tales principios para determinar si las medidas ocasionaron el supuesto daño al Sr. Tza Yap Shum.²³³ El pasaje del Laudo específicamente criticado es el siguiente:

*“El APPRI, a diferencia de otros tratados o acuerdos en materia de inversión extranjera, no contiene una disposición particular sobre la prueba del vínculo causal entre una medida y el daño resultante. Los tribunales internacionales han abordado el tema con base en principios generales de derecho internacional, que para nuestros efectos son de aplicación en virtud del artículo 42 de la Convención.”*²³⁴

176. Cabe destacar que, en la nota al pie 134 del párrafo 167 del Laudo, el Tribunal de Arbitraje se refirió a ejemplos de laudos y de doctrina relativos a los “*principios generales del derecho internacional*”, lo cual responde a la cuestión planteada por la Solicitante. En el presente caso, el centro de la crítica es en realidad que el Tribunal de Arbitraje llegó a la conclusión equivocada.
177. La República del Perú sostiene que el Tribunal de Arbitraje omitió explicar en el párrafo 168 del Laudo, en la frase que dice “[p]or sí solos estos eventos no

²³¹ Audiencia sobre Anulación, 22 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 2, 327:19-329:10.

²³² Memorial, párr. 198.

²³³ Memorial, párrs. 196-197.

²³⁴ Laudo, párr. 167.

demuestran que la compañía subsistía tal como existía y operaba con anterioridad a las medidas”, la razón por la cual consideró que las medidas cautelares ocasionaron la supuesta privación sustancial. Además, la República del Perú afirma que el Tribunal de Arbitraje invirtió la carga de la prueba al rechazar los argumentos de Perú relativos a la relación causal, ya que le correspondía al Sr. Tza Yap Zum, y no a la República del Perú, demostrar que las medidas causaron la supuesta privación sustancial.²³⁵

178. El Comité observa que las normas jurídicas concernientes a la carga de la prueba se encuentran expuestas en los párrafos 71-73 y 151 del Laudo.²³⁶ Los argumentos relativos a la violación de dichas normas no pueden dar lugar a una anulación por parte de este Comité bajo el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI, el cual sólo se refiere a la existencia de motivos y no a la aplicación correcta o no de la ley.
179. Además, las declaraciones del Tribunal de Arbitraje en el párrafo 168 del Laudo, que refutan los argumentos de la República del Perú, deben leerse conjuntamente con el razonamiento expuesto en la parte del Laudo referente a los efectos expropiatorios de las medidas cautelares previas y a la luz de la nota al pie 139 del Laudo, al final de la última oración del párrafo 168.²³⁷ En la opinión del Comité, los elementos fácticos sobre los que se funda un tribunal de arbitraje en una cadena de causalidad para llegar a su conclusión no están sujetos a revisión por parte de un comité *ad hoc* debido a la competencia limitada de éste bajo el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI. De lo contrario, el procedimiento de anulación se transformaría en una apelación.
180. En sustento de sus alegaciones según las cuales las medidas de la SUNAT no

²³⁵ Réplica, párrs. 114-115.

²³⁶ Laudo, párr. 72 (“De acuerdo a lo anterior, la parte Demandante debe principalmente demostrar que se ha presentado conducta expropiatoria de su inversión en violación del APPRI. La parte Demandada, a su vez, está a cargo de demostrar si, como lo ha alegado, la conducta en cuestión está permitida bajo el mismo o bajo el derecho internacional”); Laudo, párr. 151 (“El Demandante, por supuesto, tiene la carga de la prueba de sus alegaciones [relativas a la existencia de una expropiación]. Incluso cuando el Demandante puede haber sufrido un perjuicio económico como consecuencia de las acciones de la parte Demandada, debe ser lo suficientemente grave como para constituir una expropiación bajo el derecho internacional. Si no se evidencia la toma o apropiación o incluso la destrucción del valor de la propiedad (*‘taking’*) el reclamo del Demandante debe ser desestimado. Aun cuando se evidencie una afectación suficiente para constituir una expropiación, el Tribunal debe determinar si la parte Demandada está exenta de responsabilidad internacional en virtud del interés público en el ejercicio de la potestad tributaria de los Estados. Para ello debe evaluar si dicho accionar fue discriminatorio o arbitrario.”)

²³⁷ Laudo, párr. 168, n.139 (que aclara que TSG logró pagar sus deudas a pesar de haber percibido un monto dramáticamente reducido de ingresos aparentemente de ventas anteriores siendo que “[e]n efecto no se evidencia que estas ventas hubiesen resultado de la consecución de nuevos inventarios. Según explica la parte Demandante corresponden a ventas de inventarios existentes y el cobro de intereses de anticipos a proveedores.”)

ocasionaron daño a TSG, la República del Perú afirma que el Laudo no expone ningún motivo para no reconocer que TSG optó por el concurso preventivo el día 11 de marzo de 2005 a pesar de que podría haber cancelado sus obligaciones tributarias o constituido una prenda sobre la devolución de impuestos como una garantía, lo que le habría permitido el levantamiento de las medidas cautelares. La República del Perú sostiene que el Tribunal de Arbitraje nunca consideró que las elecciones del inversionista fueron las causantes del supuesto daño a TSG.²³⁸ La República del Perú explicó durante la Audiencia sobre Anulación que la deuda tributaria se había reducido a 3 millones de soles y que la SUNAT reembolsó a TSG un monto de casi 33 millones de soles, de modo que TSG tenía el dinero para pagar su deuda tributaria, pero en cambio optó por pagar a los acreedores a corto plazo porque esto era financieramente más beneficioso.²³⁹

181. Contrariamente a lo alegado por la Solicitante, el Comité encuentra que el Tribunal de Arbitraje sí expuso motivos. El Laudo señala que la República del Perú presentó evidencia de que TSG habría tenido la posibilidad legal de entregar dinero en efectivo u otras garantías por el importe total de la deuda tributaria para obtener el levantamiento de las medidas cautelares y reanudar su acceso al sistema bancario peruano.²⁴⁰ El Tribunal de Arbitraje evaluó el argumento de la República del Perú de la siguiente manera:

*“Adicionalmente, durante la audiencia también se sugirió la mala fe del inversionista con posterioridad a las medidas de la SUNAT. Concretamente, la parte Demandada cuestionó la decisión de utilizar los reembolsos tributarios de IGV de TSG para amortizar los créditos de terceros y no para cancelar sus determinaciones tributarias de la SUNAT. No es sorprendente que el inversionista optase por ello para mitigar los daños ocasionados a la inversión. En efecto, tal como estaba estructurada financieramente la inversión, era financieramente favorable amortizar créditos de corto plazo y de altos intereses. La otra alternativa (utilizar los reembolsos para cancelar o garantizar su deuda tributaria) le hubiera obligado, muy probablemente, a ofrecer a la SUNAT esos fondos en garantía por un tiempo indeterminado. [...]”*²⁴¹

²³⁸ Memorial, párrs. 202-203.

²³⁹ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 60:4-61:15.

²⁴⁰ Laudo, párr. 155.

²⁴¹ Laudo, párr. 249.

182. El Laudo aclara que TSG hacia uso del sistema bancario peruano, no como fuente de capital, sino más bien para recibir capital de trabajo operativo, cobrar cartas de crédito para los compradores en el exterior y transferir los pagos de sus créditos e intereses.²⁴² El Tribunal de Arbitraje sostuvo que la declaración del concurso preventivo en el mes de marzo de 2005²⁴³ fue la iniciativa adecuada en respuesta a las medidas cautelares impuestas por la SUNAT en el mes de enero de 2005, para recuperar el acceso al sistema bancario y para que operase como un levantamiento automático de las medidas cautelares:

“Aun cuando la solicitud [...] logró en el corto plazo el levantamiento del embargo en forma de retención sobre cuentas bancarias y terceros en julio de 2005, el procedimiento concursal no terminó hasta junio de 2006. Solamente una vez concluido el procedimiento concursal en junio de 2006 a instancias de la propia compañía, ésta recuperó su capacidad de operar original.

Es cierto, como ha señalado la Demandada, que durante el proceso no existía impedimento legal para que TSG continuara con su actividad empresarial. El concurso voluntario no priva a los accionistas del control; aunque la sociedad esté en concurso, sigue controlando su actividad. Como efecto de la declaración de concurso, la Ley Concursal obliga a que todas las medidas cautelares previas se levanten lo que obligó a SUNAT a levantar sus medidas, hecho que ocurrió el 11 de julio de 2005. El Tribunal arbitral está convencido que la solicitud de concurso era la única vía efectiva de la que disponía el Demandante para lograr, en un plazo razonable de tiempo, un levantamiento de las medidas cautelares previas que estaban ahogando su capacidad para desarrollar su actividad empresarial. En consecuencia, el Tribunal estima que la decisión de TSG de buscar protección concursal fue razonable y adecuada en las circunstancias.”²⁴⁴

183. El Tribunal de Arbitraje señaló que TSG continuó funcionando durante el procedimiento concursal y llevó a cabo algunas actividades menores. El Tribunal determinó que *“sin la protección extraordinaria del proceso concursal [...] la empresa no hubiera podido seguir operando.”²⁴⁵* El Tribunal de Arbitraje indicó que aun con la protección del procedimiento concursal las ventas netas de la compañía

²⁴² Laudo, párr. 153.

²⁴³ Laudo, párr. 110.

²⁴⁴ Laudo, párrs. 165-166.

²⁴⁵ Laudo, párr. 157.

cayeron de S/. 80 millones en 2003-2004, con anterioridad a la imposición de las medidas cautelares el día 28 de enero de 2005, a aproximadamente S/. 3.4 millones en 2005-2006.²⁴⁶

184. La República del Perú critica al Tribunal de Arbitraje por no responder a su explicación sobre el derecho peruano en lo concerniente a los medios de pago aceptables bajo un contrato, la cual presentó para respaldar su argumento según el cual las medidas cautelares no impedían a TSG efectuar operaciones con la industria pesquera. La República del Perú manifiesta que, en cambio, el Tribunal de Arbitraje dio una respuesta incomprensible en la nota al pie 115 del párrafo 156 del Laudo.²⁴⁷ El texto de dicha nota al pie es el siguiente:

“La Demandada, con base en el reporte y testimonio como perito en materia tributaria de José Gálvez, sugirió que TSG pudo recurrir a las transacciones en efectivo tales como los depósitos en cuenta y los giros sin necesidad de utilizar sus cuentas bancarias [...]. Esta alternativa no hubiera servido en ese entonces los intereses de la SUNAT ni era viable. Al contrario la canalización de las operaciones financieras de TSG a través de sus cuentas bancarias lejos de tener un carácter incidental cumplía con los fines de las normas de ‘bancarización’ del Perú, facilitaba las operaciones de la empresa e incluso la actividad fiscalizadora de la SUNAT.”

185. El Comité señala que la nota al pie 115 se refiere al siguiente pasaje del párrafo 156 conforme al cual la SUNAT:

“[...] debió entender que la medida de retención bancaria asestaría un golpe al corazón de la capacidad operativa de TSG, estrangulando los conductos normales por medio de los cuales TSG recibía su capital operativo y eliminando la posibilidad de recurrir al sistema bancario para cobrar cartas de crédito y amortizar sus deudas.”

186. El Comité concluye que las declaraciones del Tribunal de Arbitraje deberían ser consideradas a la luz de las declaraciones realizadas anteriormente en el Laudo en las que el Tribunal de Arbitraje explicó que:

“Para efectuar sus operaciones TSG hacía uso del sistema bancario

²⁴⁶ Laudo, párr. 161.

²⁴⁷ Memorial, párrs. 200-201.

peruano. En ello cumplía con las normas de ‘Bancarización’. Si bien el uso del sistema bancario no era obligatorio, la ‘bancarización’ de las operaciones de TSG le permitía acreditar fehacientemente gastos, costos o créditos para deducirlos en sus declaraciones.”²⁴⁸

187. La República del Perú sostiene que el Tribunal de Arbitraje se contradijo a sí mismo al concluir que TSG estaba financieramente devastada por el congelamiento de US\$ 172 como resultado de las medidas cautelares que estuvieron vigentes durante menos de seis meses, al mismo tiempo que concluyó que TSG hizo uso del sistema bancario y que el uso del sistema bancario en Perú podría no haber sido obligatorio.²⁴⁹ El Tribunal sostuvo que:

“La medida de embargo en forma de retención bancaria fue un fracaso absoluto. Fruto de ella se recaudó aproximadamente US\$ 172 frente a una deuda tributaria cercana a los US\$ 4 millones. De forma similar la medida de retención a terceros no resultó en recaudo alguno.”²⁵⁰

188. El Comité señala que el Tribunal de Arbitraje reconoció en el Laudo que TSG, cuyo rol era principalmente financiero, usaba el sistema bancario peruano para llevar a cabo sus operaciones:

“[...] TSG jugaba principalmente un papel financiero. A pesar de tener un patrimonio reducido, TSG tenía la habilidad de acceder a financiamiento internacional de corto plazo principalmente de socios de negocios, amigos y familiares del inversionista. Durante el periodo 2002-2004 estos fondos ascendieron aproximadamente a US\$ 59 millones. En un periodo de escasa liquidez en el que el crédito bancario local era difícil de obtener, TSG empleó esos fondos para la compra del insumo pesquero y de los servicios de procesamiento, pero también para otorgarle anticipos a empresas pesqueras para combustible y equipo y a empresas procesadoras para la modernización de sus instalaciones y equipos. Estos anticipos eran normalmente pagados, con intereses, deduciéndolos de los montos debidos por TSG a las pesqueras o a las procesadoras.

Para efectuar sus operaciones TSG hacía uso del sistema bancario

²⁴⁸ Laudo, párr. 101.

²⁴⁹ Réplica, párr. 174.

²⁵⁰ Laudo, párr. 220.

peruano. [...]”²⁵¹

189. El Tribunal de Arbitraje además afirmó, en relación con la eficacia de las medidas de la SUNAT, que:

“Como se indicó anteriormente las medidas en contraste sí tuvieron un impacto sobre la capacidad operativa de la empresa. Durante el periodo inmediatamente posterior a su imposición (2005-2006), una empresa cuyos ingresos anteriormente ascendían a los S/. 90 millones, reportó ingresos en promedio de apenas S/. 766.941 al año y para efectos prácticos desapareció de la lista de contribuyentes.

*Como se indicó anteriormente, es cierto que TSG posteriormente continuó operando en el Perú. Sin embargo, esto fue el producto de un procedimiento concursal preventivo iniciado a instancias de la propia empresa, que culminó en junio de 2006 y gracias al cual TSG logró reestructurar sus finanzas, acceder al sistema bancario y operar libre de medidas cautelares sobre sus activos. Precisamente se inició el procedimiento para recuperar las condiciones operativas que la empresa había perdido por un periodo considerable como resultado del accionar de la SUNAT. Sería un contrasentido aceptar que la SUNAT se valiera de los esfuerzos del contribuyente para justificar o minimizar el impacto de su conducta.”*²⁵²

190. Conviene recordar un pasaje frecuentemente citado de la decisión del Comité *ad hoc* en *MINE c. Guinea* que, respecto del razonamiento de un laudo, aclara que:

“[...] el requisito según el cual un laudo debe estar motivado implica que debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal en los puntos de hecho y de derecho. Implica eso y sólo eso. Lo adecuado o no del razonamiento no es un estándar apropiado para la revisión bajo el párrafo (1)(e), porque incita al Comité ad hoc, de forma casi inevitable, a analizar el fondo de la decisión del tribunal, desconociendo la exclusión del recurso de apelación por el Artículo 53 del Convenio. Un Comité podría estar tentado de anular un laudo porque dicho análisis revela una aplicación manifiestamente incorrecta de la ley, lo cual, sin embargo, no es una causal de anulación.

En la opinión del Comité, el requisito de expresar motivos se encuentra satisfecho siempre que el laudo le permita a uno entender cómo el tribunal llegó del Punto A al Punto B y, eventualmente, a su

²⁵¹ Laudo, párrs. 100-101.

²⁵² Laudo, párrs. 221-222.

*conclusión, incluso si cometió un error de hecho o de derecho. Este requisito mínimo no se encuentra satisfecho en particular en el caso de motivos contradictorios o frívolos.”*²⁵³ [Traducción del Comité]

191. El Comité concluye que las razones del Tribunal de Arbitraje citadas *supra* permiten a las Partes y a cualquier lector del Laudo, incluyendo a los Funcionarios de Hacienda o del Parlamento,²⁵⁴ entender que TSG, que usaba el sistema bancario para su financiamiento de la industria pesquera en Perú para exportar a China, decidió solicitar su concurso preventivo en el mes de marzo de 2005 a fin de que se levantaran las medidas cautelares de la SUNAT. Dichas medidas no sólo congelaron la cuenta bancaria con US\$ 172, sino que también afectaron, de forma más grave, a las cuentas corrientes y a los proveedores cuyos pagos a TSG fueron retenidos. El levantamiento de las medidas cautelares (que habían sido suspendidas con el procedimiento concursal) finalizó con la conclusión del procedimiento concursal en el mes de junio de 2006. De ahí en adelante, TSG recuperó su capacidad operativa original. No obstante, tal como lo pone en claro el Laudo en el párrafo 164, las medidas de la SUNAT impuestas en el mes de enero de 2005, que debían estar vigentes durante un período de un año hasta el mes de enero de 2006, fueron renovadas dos veces por un período de un año, desde el mes de enero de 2006 hasta el mes de enero de 2007, y luego hasta el mes de enero de 2008.²⁵⁵ Como consecuencia directa de las medidas de la SUNAT, TSG salió del mercado ya que había perdido los contratos con sus proveedores en la industria pesquera: *“una empresa cuyos ingresos anteriormente ascendían a los S/. 90 millones, reportó ingresos en promedio de apenas S/. 766.941 al año y para efectos prácticos desapareció de la lista de contribuyentes.”*²⁵⁶
192. El Comité concluye que, por lo tanto, resulta posible seguir el razonamiento del punto A al punto B y de ahí hasta llegar a la conclusión del Tribunal de Arbitraje que establece que el Sr. Tza Yap Shum fue privado de su inversión en TSG. El Tribunal de Arbitraje no se saltó la exposición de motivos necesarios. Este Comité, cabe recordar nuevamente, no es un órgano de apelación.

²⁵³ *MINE c. Guinea*, párrs. 5.08-5.09 (Exh. CA-LA-2.12).

²⁵⁴ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 204:5-18.

²⁵⁵ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 270:20-271:11; 22 de marzo de 2014, Tomo 2, 418:7-420:17

²⁵⁶ Laudo, párr. 221.

193. A la luz de lo que antecede, el Comité no considera necesario entrar en una discusión acerca de las alegaciones de la República del Perú que afirman que el Tribunal de Arbitraje omitió exponer los motivos de su Laudo conforme a lo dispuesto en el Artículo 52(1)(e) al concluir que existía una expropiación a pesar de su propia conclusión de que el Sr. Tza Yap Shum podía continuar operando en Perú pero que simplemente optó por salir del mercado²⁵⁷ sólo porque TSG no generó utilidades aun antes de que se implementaran las medidas cautelares.²⁵⁸ También se rechaza el argumento de la Solicitante según el cual el intento del Tribunal de Arbitraje de determinar la existencia de una expropiación fundándose en hechos puramente hipotéticos constituye una extralimitación manifiesta de sus facultades.²⁵⁹ El Tribunal de Arbitraje proporcionó amplios motivos y no excedió manifiestamente sus facultades.

iii. Importación del estándar de arbitrariedad al análisis de expropiación

194. La República del Perú afirma, por último, que el Tribunal de Arbitraje no expresó los motivos por los que importó el estándar de arbitrariedad a lo que supuestamente era un análisis de expropiación. La República del Perú sostiene que el Tribunal pretendió aplicar el estándar de buena fe, que es el estándar apropiado para determinar si los poderes de policía centrales de un estado están exentos de responsabilidad en caso de expropiación, pero se contradijo a sí mismo al aplicar un estándar de arbitrariedad más estricto.²⁶⁰

195. La República del Perú alega que el Tribunal de Arbitraje había reconocido la existencia de una presunción de legitimidad en el ejercicio de los poderes regulatorios del Estado.²⁶¹ El Tribunal sostuvo que:

“Como ha indicado la Demandada, el ejercicio del poder regulatorio y administrativo del Estado lleva aparejada una presunción de legitimidad. Esta es particularmente evidente cuando

²⁵⁷ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 61:16 - 62:12, 66:1-12; Memorial, párr. 191.

²⁵⁸ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 64:11-19.

²⁵⁹ Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 62:12-16.

²⁶⁰ Memorial, párrs. 226-228; Réplica, párrs. 156-157; Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 71:3-6.

²⁶¹ Memorial, párr. 229.

se advierte que el Estado actúa en aras de un interés público de gran importancia como preservar el orden, la salud o la moral pública (los conocidos como ‘poderes de policía’ del Estado). En este sentido, el decomiso o la incautación de la propiedad por la omisión en el pago de impuestos es una herramienta legítima de las administraciones tributarias, siempre y cuando se lleve a cabo conforme a procedimientos legales razonables y cuando no se efectúe de forma confiscatoria, abusiva o discriminatoria.”²⁶²

Sin embargo, la República del Perú reclama que el Tribunal no aplicó dicha presunción a favor del ejercicio legítimo por parte del Perú de sus poderes tributarios.²⁶³ Ese principio fundamental, alega la República del Perú, “*no se puede basar en trivialidades como el formato de los borradores de informes internos de la SUNAT o si el personal de la SUNAT siguió cada uno de los pasos de las directivas departamentales no vinculantes.*”²⁶⁴ [Traducción del Comité]

196. Al respecto, el Comité advierte que el Laudo establece lo siguiente:

“Aun cuando el Tribunal reconoce que la potestad regulatoria del Estado merece un trato deferente, es esencial hacerlo sin perder de vista las razones que lo ameritan.”²⁶⁵

A partir del examen de la conducta de la SUNAT, el Tribunal de Arbitraje concluyó que:

“[...] aun reconociendo la importancia de las funciones que ejerce la SUNAT en la administración y la recaudación tributaria, su proceder al imponer medidas cautelares previas a TSG, particularmente su inobservancia de sus propios procedimientos, debe ser calificado como arbitrario.”²⁶⁶

197. La República del Perú discute el valor probatorio de las pruebas presentadas ante el Tribunal de Arbitraje en relación con la conducta del Estado peruano. Sin embargo, la relevancia de las pruebas que aportan las Partes es una cuestión de valoración que corresponde al tribunal de arbitraje en el ejercicio de su discrecionalidad. En el fondo, la postura de la República del Perú es que no hay expresión de motivos porque

²⁶² Laudo, párr. 95.

²⁶³ Memorial, párr. 229.

²⁶⁴ Réplica, párr. 163.

²⁶⁵ Laudo, párr. 180.

²⁶⁶ Laudo, párr. 218.

el Tribunal de Arbitraje no estuvo de acuerdo con los argumentos de la República del Perú.

198. El Comité concluye que la objeción de Perú basada en la falta de expresión de motivos por el Tribunal de Arbitraje es, de hecho, una apelación legal y probatoria que no es permisible bajo el Artículo 52(1)(e) del Convenio CIADI y, por lo tanto, se desestima.

c. Artículo 52(1)(D): Quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento

199. La República del Perú sostiene que los mismos argumentos que emplea para impugnar el Laudo por extralimitación manifiesta de facultades en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI también justifican una impugnación por quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento en virtud del Artículo 52(1)(d).²⁶⁷ La Solicitante alega que el Tribunal, de hecho, resolvió reclamos de trato justo y equitativo, medidas arbitrarias y discriminatorias, y denegación de justicia, los cuales iban más allá de su jurisdicción, violando así una norma fundamental de procedimiento.²⁶⁸
200. Para la Solicitante, exceder de manera manifiesta el consentimiento de las partes constituye un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.²⁶⁹
201. Los argumentos de la Solicitante ya se refutaron conforme al Artículo 52(1)(b). Básicamente por los mismos motivos expresados en la sección anterior de esta decisión,²⁷⁰ el Comité rechaza la impugnación de la Solicitante por quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Es indispensable que se demuestre claramente la violación de cada una de las causas enumeradas en el Artículo 52(1) del Convenio CIADI, algo que aquí no ocurrió.²⁷¹
202. La República del Perú alega también que el actuar del Tribunal de Arbitraje al ignorar la prueba de Perú de las causas reales subyacentes al deficiente desempeño financiero

²⁶⁷ Memorial, párr. 257; Réplica, párr. 176.

²⁶⁸ *Íd.*

²⁶⁹ Audiencia sobre Anulación, 22 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 2, 349:12-350:11

²⁷⁰ *Supra*, párr. 152-161.

²⁷¹ *Supra*, párr.120.

de TSG equivale a un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.²⁷² El Comité reconoce que el derecho a ser oído es una de las normas fundamentales de procedimiento protegidas por el Artículo 52(1)(d), pero dicho derecho no obliga al tribunal de arbitraje a abordar todos y cada uno de los argumentos que plantean las partes. En otras palabras, un tribunal de arbitraje está bajo la obligación de decidir a la luz de todas las pruebas presentadas por las partes, pero no está obligado a dar explicaciones sobre todas y cada una de las piezas de evidencia.

203. La República del Perú reclama, de manera más general, que el Laudo es el resultado de un proceso sustancialmente defectuoso.²⁷³ Esta es una presunción de que las causales del Artículo 52 son acumulativas.
204. Por último, la República del Perú alega también, en términos generales, que los mismos argumentos que justifican su impugnación del Laudo por falta de expresión de motivos en virtud del Artículo 52(1)(e) también justifican una impugnación del Laudo por quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento en virtud del Artículo 52(1)(d).²⁷⁴
205. El Comité reconoce que es posible que los mismos defectos de un laudo caigan bajo varias de las causales establecidas en el Artículo 52. Sin embargo, esto no exime a la solicitante de la obligación de demostrar que tiene un reclamo válido con respecto a cada causal individual. Es necesario distinguir entre las diferentes causales. En este caso, las causales de anulación que establece el Artículo 52(1)(b) y (e) son simplemente subsumidas por la República del Perú en la causal del Artículo 52(1)(d). En consecuencia, se rechaza su impugnación.

V. COSTAS

206. La República del Perú solicita al Comité que decida que el Sr. Tza Yap Shum debe soportar todos los costos y honorarios, incluso los honorarios de abogado relacionados con este proceso de anulación,²⁷⁵ así como también los costos de la

²⁷² Audiencia sobre Anulación, 21 de marzo de 2014, Transcripción, Tomo 1, 64:5-10.

²⁷³ Réplica, párr. 175.

²⁷⁴ Memorial, párr. 258; Réplica, párr. 177

²⁷⁵ Memorial, párr. 260.

solicitud de terminación de la suspensión de la ejecución hasta el final del proceso de anulación.²⁷⁶ El Sr. Tza Yap Shum, por su parte, solicita que el Comité ordene a la República del Perú pagar todos los costos y honorarios que está generando para el inversionista en relación no sólo con la solicitud de anulación sino también con las etapas de Jurisdicción y Fondo, incluidos los honorarios de los abogados, gastos de representación y otro resarcimiento que el Comité pueda considerar apropiado.²⁷⁷

207. El Comité nota que tanto las Partes como el Comité se beneficiaron con el profesionalismo del Secretariado que siempre actuó de manera diplomática y eficiente. En opinión del Comité, el rechazo de la Solicitud de Anulación de la República del Perú no justificaría decidir que la Solicitante vencida debería soportar la carga de todas las costas del procedimiento de anulación. La República del Perú planteó cuestiones serias para la anulación. Una de ellas fue hasta qué punto la aplicación de la CVDT es tan errónea que hay una extralimitación manifiesta de facultades. El Comité también lamenta que el Sr. Tza Yap Shum recién comunicó su decisión de retirar la solicitud de terminación de la Suspensión de la Ejecución al comienzo de la Primera Sesión. Esa solicitud fue una razón fuerte para celebrar una reunión en persona en Washington, D.C. con todos los gastos relacionados con tal reunión. Tales gastos fueron pagados por anticipado por la República del Perú, de conformidad con la Regla 14(3)(e) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.
208. Sobre la base de los Artículos 52(4) y 61(2) del Convenio CIADI, el Comité, que tiene discreción para decidir cómo y por quién serán sufragados los costos del procedimiento, concluye que simplemente asignar todos los costos a la República del Perú no reconocería las circunstancias enunciadas *supra*. En virtud de las consideraciones precedentes, el Comité decide que la República del Perú debe sufragar el 80% y el Sr. Tza Yap Shum debe sufragar el 20% de todos los costos y gastos relacionados con el proceso de anulación.²⁷⁸
209. Con respecto a los costos de Parte, es decir, el costo de representación legal y los

²⁷⁶ Transcripción de la Primera Sesión, 30:2-3, 33:3-6.

²⁷⁷ Memorial de Contestación, párr. 153.

²⁷⁸ El Secretariado del CIADI proporcionará a las Partes un Estado Financiero detallado de la cuenta del caso una vez todas las facturas sean recibidas y la cuenta esté finalizada.

gastos, el Comité quisiera reconocer la gran asistencia que recibió de los abogados intervinientes, que presentaron su caso con eficacia y cortesía. De conformidad con la invitación del Comité, las Partes presentaron sus declaraciones de costos el día 9 de enero de 2015, con una corrección recibida de la República del Perú el 14 de enero de 2015. En ejercicio de sus facultades discrecionales bajo el Convenio CIADI en materia de costos de Parte, el Comité resuelve que cada Parte sufragará sus propios costos de representación legal y gastos relacionados con la presentación justa y adecuada de sus posiciones.

VI. DECISIÓN

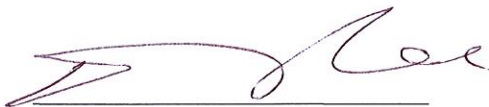
210. Por las razones expuestas *supra*, el Comité *ad hoc* resuelve lo siguiente:

- La Solicitud de Anulación de la República del Perú se rechaza en su totalidad;
- La República del Perú sufragará el 80 % de todos los costos del procedimiento en que se hubiera incurrido en relación con el procedimiento de Anulación, y el Sr. Tza Yap Shum sufragará el 20 % de dichos costos;
- Cada Parte sufragará los costos de Parte en que cada una de ellas hubiera incurrido en relación con el procedimiento de Anulación;
- De conformidad con el Artículo 52(5) del Convenio CIADI y la Regla 54(3) de las Reglas de Arbitraje CIADI, se pone término a la suspensión de la ejecución del Laudo.



Juez Dominique Hascher
Presidente del Comité *ad hoc*

Fecha: FEB 02 2015



Profesor Donald M. McRae
Miembro del Comité *ad hoc*

Fecha: JAN 15 2015



Profesor Kaj Holmér
Miembro del Comité *ad hoc*

Fecha: JAN 26 2015