

## ***Protección de la Inversión Extranjera en el Marco del TLC Perú – China y Acceso al Arbitraje Internacional***

**Christian Carbajal Valenzuela\***

### **1. Introducción**

El Tratado de Libre Comercio entre Perú y China, vigente desde el 1 de marzo de 2010, fue el segundo TLC suscrito por el gigante asiático con un país latinoamericano<sup>1</sup>. Es indudable la importancia que representa el incremento del comercio internacional y el flujo de inversiones extranjeras para ambos países. Para China, el Perú en cierta medida es una importante puerta de ingreso hacia América Latina. Por su parte, el TLC para el Perú constituye una oportunidad para estrechar vínculos con el mayor mercado de consumidores, que probablemente se convertirá en la principal potencia económica mundial. De igual forma, China es para el Perú un medio de entrada al mercado asiático, habiendo además suscrito nuestro país TLCs con Corea del Sur, Japón y Singapur.

Hoy es China el primer país destino de las exportaciones peruanas, con ventas durante el año 2011 ascendentes a US\$ 6,961.5 millones, cifra que representó aproximadamente el 15% de las exportaciones totales del Perú, ubicándose incluso delante de las exportaciones a Estados Unidos de Norteamérica<sup>2</sup>. Solamente en el mes de junio de 2012 las exportaciones a China ascendieron a US\$ 544 millones<sup>3</sup>. En cuanto a los productos peruanos exportados, China es importante destino de exportaciones de productos mineros, pesqueros y agroindustriales. Para el sector pesquero peruano, por ejemplo, solamente el mercado chino representó más del 30% de las exportaciones.

En lo que se refiere a la inversión china en el extranjero, el Perú se ha convertido en uno de los principales destinos de estas inversiones en América Latina, alcanzando hasta agosto de 2012, la cifra de US\$3000 millones<sup>4</sup>, dirigidas principalmente a los sectores de minería e hidrocarburos. Con la entrada en vigencia del TLC, el interés de los inversionistas chinos en el Perú se dirige también a los sectores de energía eléctrica, agricultura, servicios, comunicaciones, infraestructura y construcción de carreteras y puertos.

---

\* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick, Inglaterra. Profesor de los cursos de “Comercio Internacional y Protección de Inversiones” en la Escuela de Postgrado y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

<sup>1</sup> Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA-OEA). “Los Tratados de Libre Comercio Negociados por América Latina con la República Popular de China, India, Singapur y Taiwán. Estudio Comparativo”. San José, 2009. Pág. 9.

<sup>2</sup> Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú. Oficina General de Estudios Económicos. “Reporte de Comercio Bilateral Perú – China, a diciembre de 2011”, Págs. 3 y 5.

<sup>3</sup> Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú. Oficina General de Estudios Económicos. “Evolución de las Exportaciones, Junio de 2012”, Pág. 3.

<sup>4</sup> Fuente: Declaraciones de la Embajadora China en el Perú, Huang Minhui, en Boletín Empresarial del 31 de agosto de 2012, extraído del Diario Oficial El Peruano, Pag. 10.

Es por lo tanto positiva la suscripción del TLC Perú – China, al establecer un marco de reglas de juego internacionales claras y transparentes, abarcando este acuerdo comercial diversas materias. Entre ellas, el comercio de bienes, servicios, medidas sanitarias y fitosanitarias, procedimientos aduaneros, obstáculos técnicos al comercio, reglas de origen, entrada temporal de personas de negocios, propiedad intelectual, cooperación, tratamiento de las inversiones extranjeras, expropiación y mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados receptores.

## **2. Tratamiento de la Inversión Extranjera en el TLC**

En materia de tratamiento a la inversión extranjera, el TLC Perú – China contiene interesantes novedades que buscan superar conceptos propios de algunos antiguos Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (BITs), propios de la era comunista en China, que eran cautelosos respecto al fomento de la inversión extranjera, con una redacción literal aparentemente limitativa en relación al arbitraje, situación que comenzó a cambiar en los años noventa.

Asimismo, el Capítulo 10 sobre inversión del TLC Perú – China contiene disposiciones novedosas que conceptualmente se relacionan con el Laudo Arbitral CIADI en materia de Jurisdicción en el caso del inversionista chino *Tza Yap Shum vs. Perú*<sup>5</sup>, antecedente arbitral de particular importancia, pues constituye el primer inversionista de nacionalidad china que participa como demandante ante el CIADI<sup>6</sup>, en base a un BIT suscrito por China<sup>7</sup>.

Realizaremos a continuación un breve análisis comparativo de la regulación contenida en el BIT Perú – China, de 1994, que ha sido derogado por el Capítulo 10 sobre Inversión del TLC Perú – China.

## **3. Definición de Inversión**

El BIT ya contenía una definición relativamente amplia de inversión protegida, incorporando conceptos tales como bienes muebles, inmuebles, derechos reales como hipotecas y prendas, acciones, capital, derechos sobre dinero, cualquier obligación que tenga valor económico y concesiones conferidas por el Estado, mediante ley o contrato. El TLC amplía este concepto de inversión protegida, incluyendo expresamente derechos de propiedad intelectual, tales

---

<sup>5</sup> Laudo de Jurisdicción *Tza Yap Shum vs. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/06, de 19 de junio de 2009. En: [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org). En la fase jurisdiccional el Estado peruano objetó la condición de inversionista del Sr. Tza Yap Shum, su nacionalidad china, el existencia de la inversión y la existencia de consentimiento del Estado al arbitraje. Estas objeciones no fueron amparadas por el Tribunal Arbitral, declarándose competente para resolver la competencia.

<sup>6</sup> Smith Gordon. Chinese Bilateral Investment Treaties: Restrictions on International Arbitration. En: Chartered Institute of Arbitrators. *Arbitration Review*, No. 76, pag. 61. 2010. Sweet & Maxwell. “El más reciente Laudo en materia de Jurisdicción *Tza Yap Shum* es notable porque es el primer caso conocido en el que un inversionista chino ha demandado en base a un BIT chino, el BIT Perú – China. *Tza* reclamó que las violaciones del Perú al BIT Perú – China afectaron negativamente sus inversiones en una compañía peruana que operaba en el negocio de producción y exportación a mercados asiáticos de productos pesqueros” (traducción libre).

<sup>7</sup> Alexandrov, Stanimir y otros. Wider Prospects for ICSID Arbitration under China’s BITs. En: *The Asia-Pacific Arbitration Review* 2010, pag. 18. “El laudo *Tza Yap Shum* es la primera decisión publicada inversionista – Estado en el marco de un BIT Chino. Es la primera vez que un Tribunal ha interpretado el alcance de una limitada cláusula arbitral china” (traducción libre).

como derechos de autor, patentes, marcas, *know how*, *good-will* y procesos tecnológicos, no previstos de manera expresa en el BIT.

#### **4. Estándares Internacionales de Protección a la Inversión**

El BIT ya incorporaba, aunque de manera menos sistemática, los estándares internacionales de protección denominados “Trato Justo y Equitativo”, “Protección y Seguridad a la Inversión” y “Trato de Nación Más Favorecida”. Estos principios son desarrollados de manera más clara en el TLC.

No obstante, el TLC también ha limitado en determinados aspectos puntuales la protección a los inversionistas, al excluir del ámbito de aplicación del estándar de “Trato de Nación Más Favorecida” a los mecanismos de solución de controversias inversionista – Estado, optando en esta materia por la posición más conservadora existente en la jurisprudencia arbitral y en la doctrina.

Por otro lado, en cuanto al contenido del principio de “Trato Justo y Equitativo”, el TLC contiene una importante precisión que no se encontraba en el BIT, al señalar que este principio incluye la prohibición contra la denegación de justicia en procedimientos criminales, civiles o administrativos, de conformidad con los principios generalmente aceptados del derecho internacional consuetudinario.

#### **5. Solución de Controversias Inversionista – Estado**

En esta materia el TLC señala que cualquier controversia relativa a una inversión puede ser sometida a arbitraje internacional. El BIT limitaba formalmente el acceso a arbitraje únicamente a controversias sobre expropiación, inclusive aquellas relativas a la ilegalidad de la expropiación indirecta, según fue precisado por el Tribunal Arbitral en el Laudo de Méritos CIADI *Tza Yap Shum vs. Perú*<sup>8</sup>.

Luego de incorporar el plazo de 6 meses de negociación previa y directa, el TLC establece una disposición limitativa y subjetiva, al señalar que el arbitraje internacional será una alternativa, siempre que el inversionista no pueda someter la controversia para su resolución ante las cortes judiciales competentes del Estado receptor, ante tribunales administrativos o ante cualquier otro mecanismo de solución de controversias vinculante del Estado receptor. En la nota a pie de página No. 18 del TLC se requiere expresamente que los inversionistas peruanos en China sometan necesariamente y de

---

<sup>8</sup> Laudo de Méritos *Tza Yap Shum vs. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/06, de 7 de julio de 2011. En: [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org). En materia de fondo, el Tribunal señaló que las medidas cautelares previas ejecutadas por la SUNAT contra las cuentas bancarias de la empresa local fueron efectivamente expropiatorias, en violación de las garantías establecidas en el BIT Perú – China, al haber afectado de manera sustancial la capacidad operativa de la empresa y eliminarla del mercado. Este laudo CIADI resulta de especial importancia, por tratarse del primer laudo en que se sanciona de manera directa el ejercicio expropiatorio y arbitrario de facultades estatales vinculadas con materia tributaria, siendo el primer laudo a favor de un inversionista de nacionalidad china en el sistema arbitral CIADI. Actualmente se encuentra en curso un proceso de anulación ante el CIADI iniciado por la República del Perú contra los Laudos *Tza Yap Shum* de Jurisdicción y de Méritos. En razón al deber de confidencialidad, no comentamos aspecto alguno relativo a las causales de anulación invocadas por el Estado peruano.

manera previa los conflictos con el Estado Chino a los procedimientos administrativos internos chinos, señalados por la ley doméstica. El Perú, en cambio, no exige este paso administrativo previo a los inversionistas chinos, quienes en principio tendrían acceso al arbitraje internacional de manera directa, de cumplirse las condiciones antes señaladas.

## **6. Medidas de Tributación**

El TLC contiene una disposición común en los actuales acuerdos comerciales, al permitir el arbitraje sobre medidas tributarias expropiatorias, siempre que la controversia sea inicialmente sometida a las autoridades fiscales de China y del Perú, para que de manera previa, se pronuncien si la medida estatal implica o no una expropiación. Solo si las autoridades fiscales no llegan a un acuerdo en un plazo de 6 meses, o si no realizan consultas, sólo en dicho caso la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional. Resulta fácil prever que las autoridades tributarias difícilmente permitirán que una medida tributaria expropiatoria sea sometida a arbitraje internacional, en resguardo de sus facultades regulatorias.

## **7. Expropiación**

El TLC incorpora un anexo específico sobre expropiación que otorga en gran medida a los Estados una capacidad de regulación más amplia, con un concepto más restringido de expropiación, con los riesgos que ello implica para la protección de la inversión extranjera. Se incluyen asimismo requisitos propios del derecho internacional para considerar un acto como expropiatorio, tales como severidad de la medida, desproporcionalidad respecto al interés público invocado por el Estado, discriminación en sus efectos, violación de un compromiso estatal vinculante e insuficiencia que el acto tenga únicamente un efecto adverso sobre el valor económico de la inversión, debiendo cumplirse los requisitos antes mencionados para considerar el acto como expropiatorio.

## **8. A modo de conclusión**

Podemos concluir este breve análisis comparativo señalando que, en nuestra opinión, el TLC Perú – China contiene diversas precisiones positivas en materia de protección de inversiones. Sin embargo, en algunos aspectos se han incluido cambios que resultan menos protectores de la inversión extranjera respecto a lo señalado en el BIT, siendo más tuitivo de la soberanía estatal y de las facultades regulatorias de los Estados. Se tendrá que ver en la práctica de qué forma se implementan las nuevas disposiciones sobre inversiones del TLC y su relación con el arbitraje internacional.