

LA FALTA DE JURISDICCIÓN *RATIONE TEMPORIS* EN EL CASO LUCCHETTI.

Comentario a laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 7 de febrero de 2005*

Sebastián López Escarcena**

INTRODUCCION

El establecimiento de una fábrica de pastas por la compañía nacional Empresas Lucchetti S.A. a través de su filial peruana, Lucchetti Perú S.A. ("las Demandantes"), en un predio cercano a un humedal protegido –denominado Pantanos de Villa y ubicado en el distrito limeño de Chorrillos, Perú–, fue una fuente de controversia entre estas y la Municipalidad de Lima desde finales de la década de los Noventa. Entre 1997 y 1998, las autoridades locales anularon los permisos anteriormente otorgados a las Demandantes para la construcción de su planta, fundando esta medida en que la operación sufría de problemas ambientales y vicios en los actos de otorgamiento de dichos permisos. Tal situación fue impugnada judicialmente en el Perú por las demandantes, quienes argumentaron que sus autorizaciones y permisos estaban en orden y la referida anulación de estos solo obedecía a una campaña política de ciertos funcionarios locales en contra de ellas. Después de una serie de fallos favorables obtenidos en los tribunales de justicia Peruanos, las demandantes lograron revertir la referida anulación de sus permisos y,

* Jurisprudencia comentada: "Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. La República del Perú, *Caso N° ARB/03/4*".

Materia: Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Convenio de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones celebrado entre las Repúblicas de Chile y Perú.

Disposiciones aplicables: Artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Artículo 2 del Convenio de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones celebrado entre las Repúblicas de Chile y Perú.

Doctrina: Una disputa legal es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes, una situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento de una obligación jurídica. Para establecer la existencia de una o dos disputas legales independientes, más que centrar la atención en las causas reales de cada diferencia o en el objeto de las mismas, se debe determinar si los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando un lugar central en la controversia posterior.

(El laudo está publicado en la página de Internet del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, disponible en: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/lucchetti-award-sp.pdf>).

** Magíster en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos, Abogado y Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigador del Centro de Comercio Internacional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

amparados por una licencia para operar concedida en diciembre de 1999, proseguir con sus operaciones hasta la revocación de dicha licencia por la Municipalidad de Lima en agosto de 2001. Ante este nuevo escenario, las demandantes decidieron esta vez recurrir al mecanismo de solución de controversias contemplado en el Convenio de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones celebrado entre las Repúblicas de Chile y de Perú en 2001 (“APPI Chile-Perú”)¹, alegando que el Estado de Perú (“la Demandada”) no había protegido sus inversiones en los términos que lo exige el tratado.

El 24 de diciembre de 2002, las demandantes presentaron una solicitud de arbitraje contra la demandada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Dicha solicitud fue registrada por el Secretario General Adjunto del CIADI el 23 de marzo de 2003 y el 1 de agosto quedó constituido el tribunal arbitral correspondiente (el Tribunal)². En la primera sesión del Tribunal³, se decidió suspender las actuaciones sobre el fondo del asunto hasta no resolver las objeciones de jurisdicción del Tribunal planteadas por la demandada⁴.

LA POSICIÓN DE LAS PARTES Y EL LAUDO DEL TRIBUNAL

En su solicitud de arbitraje, las demandantes sostuvieron que la responsabilidad del Estado del Perú deriva, principalmente, de la infracción de las obligaciones impuestas por el APPI Chile-Perú en sus artículos 3, párrafo 2, 4, párrafo 1, y 6, párrafo 1, esto es –respectivamente–, protección de la inversión hecha por un inversionista de la otra parte contratante, trato justo y equitativo dentro del territorio de cada parte para los inversionistas de la otra y expropiación legal acompañada de una compensación inmediata, adecuada y efectiva⁵.

¹ Convenio de promoción y producción (2001).

² Con los árbitros designados por las partes –Jan Paulsson por los Demandantes y Bernardo Cremades por la Demandada–, presididos por el árbitro designado por el Secretario General Adjunto del CIADI, Thomas Buergenthal.

³ Celebrada en La Haya, Países Bajos, el 15 de septiembre de 2003.

⁴ El 7 de agosto de 2003, el Tribunal había desechado la solicitud de suspensión de los procedimientos presentada por la Demandada, quien solicitaba lo anterior debido a que la solicitud de arbitraje de las partes estaba siendo objeto de una controversia concurrente entre los Estados de Chile y Perú.

⁵ El art. 3 párr. 2 del APPI Chile-Perú establece que:

Cada Parte Contratante protegerá dentro de su territorio las inversiones efectuadas de conformidad con sus leyes y reglamentos por los inversionistas de la otra Parte Contratante y no perjudicará la administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, venta y liquidación de dichas inversiones mediante medidas injustificadas o discriminatorias.

El art. 4, párr. 1, dispone lo siguiente:

Cada Parte Contratante deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Este trato no será menos favorable que aquel otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones de sus propios inversionistas efectuadas dentro de su territorio, o aquel otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones de inversionistas de la nación más favorecida efectuadas dentro de su territorio, si este último tratamiento fuere más favorable.

La demandada, por su parte, planteó tres excepciones respecto a la jurisdicción del Tribunal para conocer de este caso. La primera es la incompetencia *ratione temporis*, que la demandada fundó en el hecho que la controversia entre las partes habría comenzado entre los años 1997 y 1998, mientras el artículo 2 del APPI Chile-Perú establece que las disposiciones de este tratado no se aplicarán a diferencias surgidas antes del 3 de agosto de 2001, fecha de su entrada en vigencia⁶. La segunda excepción es la falta de competencia por la presentación previa de la controversia ante los tribunales locales, derivada de lo dispuesto en el artículo 8, párrafo 2, del APPI Chile-Perú que establece la opción única y definitiva de jurisdicción por parte del inversionista extranjero⁷. Por último, la tercera excepción interpuesta por la demandada es la incompetencia *ratione materiae*, que proviene del artículo 1, párrafo 2, del APPI Chile-Perú, que establece que la aplicación del tratado se restringe a aquellas inversiones realizadas conforme las disposiciones legales de la otra parte contratante, en circunstancias que las demandantes habrían violado numerosas leyes y reglamentos del Estado del Perú que rigen la construcción y funcionamiento de su planta⁸.

Finalmente, de acuerdo al art. 6, párr 1:

Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna que prive, directa o indirectamente, a un inversionista de la otra Parte Contratante, de una inversión, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) las medidas sean adoptadas en virtud de la ley y en conformidad con las normas constitucionales correspondientes;
- b) las medidas no sean discriminatorias;
- c) las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva. Dicha compensación se basará en el valor de mercado de las inversiones afectadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegue a conocimiento público. Ante cualquier atraso en el pago de la compensación se acumularán intereses a una tasa comercial establecida sobre la base del valor de mercado, a contar de la fecha de expropiación o pérdida hasta la fecha de pago. La legalidad de cualquiera de dichas expropiaciones, nacionalizaciones o medidas similares y el monto de la compensación estarán sujetos a revisión según el debido procedimiento legal.

⁶ El art. 2 del APPI Chile-Perú expresa lo siguiente:

El presente Convenio se aplicará a las inversiones efectuadas antes o después de la entrada en vigencia del Convenio, por inversionistas de una Parte Contratante, conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante, en el territorio de esta última. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia.

⁷ El art. 8, párr. 2 del APPI Chile-Perú señala que:

Si mediante [las] consultas [amistosas entre las partes involucradas] no se llegare a una solución dentro de seis meses a contar de fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá remitir la controversia a: – el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión, o – arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, firmado en Washington con fecha 18 de marzo de 1965. Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al tribunal arbitral, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva.

⁸ De acuerdo al art. 1, párr. 2 del APPI Chile-Perú:

El término "inversión" se refiere a cualquier clase de bien, siempre que la inversión se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión e incluirá, en particular, aunque no exclusivamente:

En su sentencia de fecha 7 de febrero de 2005 (“el Laudo”), el Tribunal comenzó su análisis por la excepción de incompetencia *ratione temporis* planteada por la demandada. Después de mencionar cada uno de los argumentos de las partes a este respecto⁹, el Tribunal estimó que las partes estaban contestes en que una controversia existía entre ambas desde 1998 y solo correspondería determinar si las sentencias de los tribunales del Perú pusieron fin a tal disputa o si esta continuó hasta el momento en que la Municipalidad de Lima revocó en el 2001 la licencia para operar concedida un par de años antes. La conclusión del Tribunal no fue otra que estimar que el origen de las controversias entre las partes es el mismo, esto es, “el deseo de la municipalidad [de Lima] de hacer efectivo el cumplimiento de las políticas ambientales, y los esfuerzos de las Demandantes para impedir su aplicación a la construcción y producción de la fábrica de pastas”¹⁰. El Tribunal estimó, en consecuencia, que la controversia entre las partes ya había cristalizado en 1998, por lo que antecedía a la entrada en vigencia del APPI Chile-Perú. Al carecer de jurisdicción sobre dicha controversia, el Tribunal no se pronunció sobre el fondo del asunto.

LOS REQUISITOS JURISDICCIONALES DEL ARBITRAJE CIADI. LA EXISTENCIA DE UNA DISPUTA LEGAL ENTRE LAS PARTES

El artículo 25, párrafo 1, del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio de Washington”)¹¹ establece que la jurisdicción del CIADI se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante¹² y el nacional de otro Estado contratante, y que las partes hayan consentido por escrito en someter al CIADI. De lo anterior, se desprende que los requisitos jurisdiccionales de este tipo de arbitraje internacional son tres¹³:

1. La existencia de una disputa legal que surja directamente de una inversión extranjera.

-
- a) Los bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales, tales como servidumbres, hipotecas, usufructos, prendas;
 - b) Las acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación en sociedades;
 - c) Los créditos, valores, derechos sobre dineros y cualquier otra prestación que tenga valor económico;
 - d) Derechos de propiedad intelectual e industrial, incluidos derechos de autor, patentes, marcas comerciales, nombres comerciales, procesos y conocimientos tecnológicos, derechos de llave y otros derechos similares;
 - e) Concesiones comerciales otorgadas por la ley o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales.

⁹ Entre estos corresponde destacar –por las Demandantes– que las sentencias obtenidas a su favor en los tribunales de justicia peruanos son definitivas y concluyentes, constituyendo cosa juzgada o *res judicata* en dicho país, y –por la Demandada– el contexto de corrupción en el cual se dictaron ilícitamente tales fallos. Ver nota 23, *infra*.

¹⁰ Laudo, párr. 53.

¹¹ Convenio de Washington (1965).

¹² Así como cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el CIADI por dicho Estado. Convenio de Washington (1965).

¹³ Ver A. REDFERN & M. HUNTER (2004).

2. El hecho que, tanto el Estado del inversionista extranjero como el de la inversión correspondientes, sean parte del Convenio de Washington.
3. Que tanto el Estado de la inversión como el inversionista extranjero respectivos hayan consentido al arbitraje.

El Convenio de Washington no incluye una definición de “disputa legal”, razón por la cual el Tribunal recurrió a las definiciones de controversia jurídica elaboradas por la Corte Permanente de Justicia Internacional (“CPJI”) y la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”), en el caso *Mavrommatis*¹⁴, en la opinión consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania¹⁵ y en los casos de *Africa del Suroeste*¹⁶, respectivamente. En consideración a esta jurisprudencia, el Tribunal estimó que una disputa legal es un desacuerdo entre las partes que lleva a una o ambas a mantener reclamaciones contrapuestas –de derecho o de hecho–, y que dicen relación con sus respectivos derechos u obligaciones¹⁷. Al momento de establecer la existencia de una o dos disputas legales independientes, el Tribunal optó por centrar su atención en “determinar en cada caso si los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior”¹⁸, más que en las causas reales de cada diferencia o en el objeto de las mismas.

En doctrina, la existencia de una controversia jurídica presupone una diferencia de opinión concreta, que permita un mínimo de comunicación entre las partes correspondientes y sea susceptible de ser resuelta por conciliación o arbitraje¹⁹. Al tratarse de una disputa legal, quedan excluidas las controversias que tienen exclusivamente motivos políticos, económicos o comerciales²⁰. Los argumentos que presentaron las demandantes y la demandada en apoyo de sus posiciones demuestran que la diferencia entre ambas no se apartó de estas condiciones, por lo que el carácter jurídico de la controversia es indiscutible. Debatible, en cambio, resulta la unidad que le atribuyó el Tribunal a la disputa legal entre las partes litigantes, amparándose en la dudosa calificación ambiental que la demandada otorgó a las medidas administrativas que ella misma adoptó en detrimento de las demandantes. Asimismo, es discutible la opinión del Tribunal referente al carácter de cosa juzgada que habrían adquirido, de acuerdo al Derecho Peruano, las sentencias de tribunales de ese país favorables a las demandantes, al estimar que la disputa sobre estas, “estimulada por las continuas investigaciones judiciales y parlamentarias relacionadas con las mismas, demuestra [...] que en la práctica no se consideró

¹⁴ *Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*, sentencia sobre el fondo del asunto, del 30 de agosto de 1924, CPJI.

¹⁵ *Opinión consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania*, del 30 de marzo de 1950, CIJ.

¹⁶ *Casos de África del Suroeste (Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica)*, sentencia sobre excepciones preliminares, del 21 de diciembre de 1962, CIJ.

¹⁷ Ver laudo, párr. 48.

¹⁸ Laudo, párr. 50.

¹⁹ C. SCHREUER (2001).

²⁰ R. TEMPONE (2003).

que el hecho de que las sentencias fueran *res judicata* hubiera puesto fin a la controversia²¹. Con todo, aun cuando el Tribunal eludió referirse a las acusaciones de ilicitud de las mencionadas sentencias de los tribunales de justicia peruanos —presuntamente obtenidas por medio de la corrupción de altos funcionarios del Poder Ejecutivo y Judicial del Estado del Perú²²—, señaló al respecto que “si se probaran [las supuestas ilegalidades que rodearon los fallos de 1998], constituirían una razón independiente para sostener que las sentencias no pusieron fin a la controversia anterior”²³.

CONCLUSIÓN

El Laudo no innova sobre el concepto de disputa legal empleado tradicionalmente en Derecho Internacional por la jurisprudencia y doctrina relevantes. Sin embargo, al discurrir sobre la unidad o multiplicidad de disputas legales entre dos partes litigantes —a fin de determinar la jurisdicción *ratione temporis* de un tribunal, según lo dispuesto en el tratado respectivo—, el Laudo clarifica importantes postulados jurisprudenciales anteriores²⁴. Al poner el acento en determinar si los hechos o consideraciones que dieron lugar a la disputa anterior han mantenido un lugar central en la controversia posterior, por sobre las causas reales de cada diferencia o en el objeto de las mismas, el Laudo otorga un sentido dinámico a la unidad de origen factual de una controversia internacional. Desgraciadamente, al concluir que carece de jurisdicción *ratione temporis*, basándose en la fundamentación que la demandada otorgó a sus propias medidas administrativas, el Tribunal evitó referirse a las acusaciones de corrupción en la obtención de sentencias de tribunales de justicia nacionales, lo que hubiera sido un interesante precedente en la solución de conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados. En definitiva, con esta sentencia el Tribunal no solo evitó pronunciarse sobre el fondo del asunto, sino que nos privó de importantes consideraciones jurisprudenciales en un ámbito rara vez abordado, como lo es el problema de la corrupción ante el Derecho Internacional. Un laudo arbitral que tratara este tema hubiera constituido un medio auxiliar o fuente secundaria de Derecho Internacional de gran utilidad para quienes aplican sus normas, bien sea determinando o probando la existencia y contenido de las reglas internacionales no escritas.

Fecha de recepción: 9 de noviembre 2005

Fecha de aceptación: 8 de mayo 2006

²¹ Laudo, párr. 56.

²² En una cinta de video grabada el 8 de enero de 1998 por Vladimiro Montesinos, hecha pública posteriormente, aparece el ex asesor presidencial peruano del gobierno de Alberto Fujimori junto a Gonzalo Menéndez, uno de los hombre de confianza del Grupo Luksic, entonces propietarios de Lucchetti, donde este le solicita ayuda política y judicial para la empresa en su disputa con Alberto Andrade, ex alcalde de Lima.

²³ Laudo, párr. 57.

²⁴ *I.e.*, el asunto de la *Compañía de Electricidad de Sofía y Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria)*, sentencia sobre excepciones preliminares, del 4 de abril de 1939, CPJI, y el caso *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina*, caso N° ARB/01/8, decisión sobre excepciones de jurisdicción, del 17 de julio de 2003, CIADI. Ver Laudo, párr. 50.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- REDFERN, Alan y HUNTER, Martin (2004): *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Londres, Sweet&Maxwell) 720 pp.
- SCHREUER, Cristoph (2001): *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press) 1.466 pp.
- TEMPONE, Rubén (2003): *Protección de Inversiones Extranjeras* (Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina) 226 pp.

NORMAS CITADAS

- Convenio entre el Gobierno de Chile y el Gobierno del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, 2000.
- Reglamento y Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) 2003.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Asamblea General de las Naciones Unidas* (1950): Corte Internacional de Justicia, 30 de marzo de 1950 (Opinión consultiva de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania).
- Bélgica c. Bulgaria* (1939): Corte Permanente de Justicia Internacional, 4 de abril de 1939 (sentencia sobre excepciones preliminares del asunto de la Compañía de Electricidad de Sofía y Bulgaria).
- CMS Gas Transmission Co. c. Argentina* (2003): Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 7 de julio de 2003 (decisión sobre excepciones de jurisdicción).
- Empresas Luchetti S.A. y Luchetti Perú S.A. c. República del Perú* (2005): Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 7 de febrero de 2005
- Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica* (1962): Corte Internacional de Justicia, 21 de diciembre de 1962 (sentencia sobre excepciones preliminares en casos de África del suroeste).
- Grecia c. Reino Unido* (1924): Corte Permanente de Justicia Internacional, 30 de agosto de 1924 (sentencia sobre el fondo del asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina).

