

---

DECISION SOBRE SOLICITUD DE ANULACIÓN

---

Caso CIADI No. ARB/03/4 – Procedimiento de Anulación

Industria Nacional de Alimentos, S.A. y Indalsa Perú, S.A.

c.

República del Perú

ante el Comité *Ad hoc* compuesto por:

Magistrado Hans Danelius, *Presidente*  
Sir Franklin Berman, *Miembro del Comité*  
Prof. Andrea Giardina, *Miembro del Comité*

*Secretaria del Tribunal*  
Gabriela Alvarez Avila

Fecha de despacho a las partes: 5 de septiembre de 2007

## INDICE

I. RESUMEN DE LOS HECHOS.....	4
II. EL CONVENIO DE INVERSIONES .....	6
III. LAUDO DEL TRIBUNAL .....	8
IV. PROCEDIMIENTO .....	12
V. RECLAMACIONES Y ARGUMENTOS.....	13
1. Lucchetti .....	13
a) Manifiesta extralimitación de facultades .....	14
b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.....	16
c) Omisión de expresar motivos .....	17
2. La República del Perú .....	17
a) Extralimitación manifiesta de facultades.....	17
b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.....	18
c) Omisión de expresar motivos .....	18
VI. LAS CONSIDERACIONES DEL COMITÉ AD HOC.....	19
1. Las causas para la anulación .....	20
2. La cuestión de las supuestas ilegalidades.....	20
3. El contexto de la excepción de incompetencia <i>ratione temporis</i> .....	21
4. La cuestión de la <i>res judicata</i> .....	22
5. La redacción de la excepción <i>ratione temporis</i> .....	24
6. La evaluación del Comité ad hoc.....	26
a) Extralimitación manifiesta de facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio) .....	26
b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d) del Convenio) ...	30
c) Omisión de expresar motivos (Artículo 52(1)(e) del Convenio).....	32
7. Costas .....	33
VII. DECISIÓN.....	34



**DECISIÓN** dictada en Washington, D.C., en el procedimiento de anulación llevado a cabo en el Caso No. ARB/03/4 entre las siguientes partes:

**Demandantes:** Industria Nacional de Alimentos, S.A. (anteriormente Empresas Lucchetti, S.A.) e Indalsa Perú, S.A. (anteriormente Lucchetti Perú, S.A.), representadas por el Sr. Whitney Debevoise,<sup>1</sup> la Sra. Jean Kalicki, la Sra. Annie Khalid Hussain, la Sra. Suzana Medeiros y el Sr. Jorge Alva (Arnold & Porter), y el Sr. Edmundo Eluchans y el Sr. Gonzalo Molina (Edmundo Eluchans y Cía).

**Demandada:** La República del Perú, representada por el Sr. Miguel Talavera y el Sr. Renzo Villa (Embajada del Perú en Washington, D.C.), y el Juez Stephen Schwebel; el Sr. Daniel M. Price,<sup>2</sup> el Sr. Stanimir A. Alexandrov, el Sr. Nicolás Lloreda, la Sra. Sharon H. Yuan y el Sr. Michael J. Smart (Sidley Austin).

**Miembros del Comité ad hoc:** Magistrado Hans Danelius (Presidente), Sir Franklin Berman y el Profesor Andrea Giardina.

**Secretarias del Comité ad hoc:** Sra. Gabriela Álvarez Ávila y Sra. Natalí Sequeira.

## I. RESUMEN DE LOS HECHOS

1. La Primera Demandante, Industria Nacional de Alimentos, S.A., cuyo nombre anterior era Empresas Lucchetti, S.A., es una compañía chilena, propietaria de la mayoría de las acciones de la Segunda Demandante, Indalsa Perú, S.A., antes denominada Lucchetti Perú, S.A. En la presente decisión las dos Demandantes se tratan como unidad, y se utiliza indistintamente el nombre de “*Lucchetti*” para designarlas conjunta o separadamente, según el caso.

2. Lucchetti era la propietaria de un inmueble ubicado en el Distrito Municipal de Chorrillos, en la Ciudad de Lima. En él construyó una planta de fabricación y venta de pastas en las proximidades de un humedal protegido denominado Pantanos de Villa (en lo sucesivo “*Pantanos de Villa*” en la presente decisión); no dentro de sus límites.

3. El 18 de agosto de 1997 la Municipalidad de Chorrillos emitió una notificación de paralización de obras dirigida a Lucchetti. El 25 de septiembre de 1997 el Concejo de la

---

<sup>1</sup> Consejero en el caso hasta el 3 de abril de 2007.

<sup>2</sup> Consejero en el caso hasta el 9 de julio de 2007.

Municipalidad de Lima aprobó el Acuerdo de Concejo No. 111 que ordenó el cese inmediato de las obras de construcción de la planta. Se estableció una comisión especial (conocida como “*la Comisión Somocurcio*”) para revisar las formalidades administrativas cumplidas por Lucchetti y formular recomendaciones al Concejo para el mejoramiento del control urbano y ambiental de los Pantanos de Villa.

4. El 17 de octubre de 1997 la Comisión Somocurcio publicó su informe, en el que se concluye que los procedimientos de habilitación urbana y de otorgamiento de una licencia de construcción para la planta de Lucchetti infringieron las normas ambientales y generaron peligro ambiental inminente para el Área Natural Protegida de los Pantanos de Villa. El 21 de octubre de 1997 el Concejo de la Municipalidad de Lima promulgó el Acuerdo de Concejo No. 126, que estableció la Zona de Reglamentación Especial Pantanos de Villa y ordenó la suspensión de todos los procedimientos de habilitaciones urbanas, licencias de construcción y de otro género, fuera cual fuese la etapa alcanzada, referentes a solicitudes de urbanización dentro de la referida Zona de Reglamentación Especial.

5. El 2 de enero de 1998 la Comisión Técnica Provincial de la Municipalidad de Lima dictó el Acuerdo No. 01, que declaró nulos y sin valor la licencia de construcción otorgada a Lucchetti y todos los otros actos de autorización de obras de construcción de la planta industrial que habría de construir Lucchetti en el sitio pertinente.

6. En enero de 1998 Lucchetti inició contra el Concejo Provincial y el Alcalde de la Municipalidad de Lima, y contra el Concejo de Distrito de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, una acción judicial de amparo que dio lugar a las siguientes sentencias:

(a) La sentencia dictada el 19 de enero de 1998, en que el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público declaró fundada la solicitud de medidas cautelares formulada por Lucchetti, y otorgó a ésta el amparo que pretendía, incluida la suspensión del Acuerdo No. 01, la parte pertinente del Acuerdo de Concejo No. 126, y la notificación de paralización de las obras de construcción de la planta.

(b) La sentencia dictada el 6 de febrero de 1998, en que el mismo Juzgado de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada contra el Concejo Provincial y el Alcalde de la Municipalidad de Lima.

(c) Una segunda sentencia dictada por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público del 4 de marzo de 1998, que confirmó en apelación la sentencia del 19 de enero de 1998, y

(d) La sentencia dictada el 18 de marzo de 1998, que confirmó en apelación, con una leve enmienda, la sentencia del 6 de febrero de 1998.

7. El 16 de marzo de 1998, Lucchetti instituyó una acción ejecutiva, a la que se hizo lugar por sentencia del 23 de abril de 1998, confirmada en apelación por sentencia del 11 de septiembre de 1998.

8. La Ordenanza No. 184, adoptada por el Concejo de la Municipalidad de Lima el 4 de septiembre de 1998, fue declarada inaplicable por sentencia judicial del 9 de diciembre de 1998, en cuanto habría impedido la ejecución de la sentencia del 11 de septiembre de 1998.

9. En consecuencia, el 23 de diciembre de 1998 la Municipalidad de Chorrillos otorgó a Lucchetti una licencia de construcción, y el 29 de diciembre de 1998 expidió una licencia de funcionamiento para la fabricación y venta de productos de pasta en la planta de Lucchetti. La planta se completó y estuvo operando hasta agosto de 2001.

10. El 16 de agosto de 2001 el Concejo de la Municipalidad de Lima promulgó los Acuerdos de Concejo 258 y 259, que se publicaron el 22 de agosto de 2001.

11. El Acuerdo de Concejo No. 258 encomendó al Alcalde de Lima la presentación al Congreso peruano de proyectos de leyes de expropiación, por razones de necesidad pública, de todas las áreas necesarias para la preservación, el mantenimiento y la protección permanentes de la Reserva Ecológica Pantanos de Villa.

12. El Acuerdo de Concejo No. 259 revocó específicamente la licencia de funcionamiento de Lucchetti, y en lo pertinente establecía:

“Artículo 1. Revocar la licencia municipal de funcionamiento otorgada por Resolución de Alcaldía No. 6856-98-MDCH a Lucchetti Perú, S.A. para su establecimiento industrial en avenida Prolongación Defensores del Morro s/n, altura km 20,5 de la carretera, Panamericana Sur, Chorrillos, para el giro de elaboración de pastas alimenticias y su comercialización.

Artículo 2. Disponer la clausura definitiva del establecimiento industrial referido en el artículo anterior y su integral erradicación; medidas que se harán efectivas en un plazo máximo de doce meses, contado a partir del día siguiente de la publicación del presente acuerdo”.

13. Los fundamentos se enunciaron con cierto detalle en el preámbulo del Acuerdo, en que se hace referencia a la inobservancia, por parte de Lucchetti, de los reglamentos de zonificación y ambientales aplicables a la construcción de la planta cerca de los Pantanos de Villa. Se mencionaron asimismo los procedimientos judiciales instituidos por Lucchetti y las ilegalidades en ellos detectadas, que habrían dado lugar a sentencias a favor de esa empresa, y se señaló que la licencia de funcionamiento del 29 de diciembre de 1998 se expidió en cumplimiento de las decisiones judiciales fraudulentas dictadas en los referidos procedimientos.

14. En observancia de lo dispuesto por el Acuerdo de Concejo No. 259 se clausuró el establecimiento de Lucchetti, y ésta se vio obligada a poner fin a sus obras de construcción y a sus actividades de negocios.

## II. EL CONVENIO DE INVERSIONES

15. El Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (en lo sucesivo “*el Convenio Bilateral*”) tiene fecha de 2 de febrero de 2000, y entró en vigencia el 3 de agosto de 2001. Contiene, *inter alia*, las siguientes disposiciones:

"Artículo 1  
Definiciones

Para los efectos del presente Convenio:

1. El término "inversionista" designa, para cada una de las Partes Contratantes, a los siguientes sujetos que hayan efectuado o efectúen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante conforme al presente Convenio:

- a) Las personas naturales que, de acuerdo con la legislación de esa Parte Contratante, son consideradas nacionales de la misma;
- b) Las entidades jurídicas, incluyendo sociedades, corporaciones, asociaciones comerciales o cualquier otra entidad constituida o debidamente organizada de otra manera según la legislación de esa Parte Contratante, que tengan su sede, así como sus actividades económicas reales, en el territorio de dicha Parte Contratante;
- c) Las entidades jurídicas constituidas conforme a la legislación de cualquier país, que fueren efectivamente controladas por inversionistas señalados en los literales a) y b) anteriores.

2. 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:

- 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.

3. "Territorio" designa, además de las áreas enmarcadas en los límites terrestres, las zonas marítimas adyacentes y el espacio aéreo en los cuales las Partes Contratantes ejercen soberanía y jurisdicción, de acuerdo a sus respectivas legislaciones y al derecho internacional.

#### Artículo 2

##### Ámbito de aplicación

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.

#### Artículo 3

##### Promoción y Protección de las Inversiones

1. (...)

2. 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.

#### Artículo 4

##### Tratamiento de las Inversiones

1. 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.

2. En caso de que una Parte Contratante otorgare ventajas especiales a los inversionistas de cualquier tercer Estado en virtud de un convenio relativo a la creación de un área de libre comercio, una unión aduanera o un mercado común, o en virtud de un acuerdo destinado a evitar la doble tributación, dicha Parte no estará obligada a conceder las referidas ventajas a los inversionistas de la otra Parte Contratante.

(...)

#### Artículo 6

##### Expropiación y Compensación

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.

(...)

#### Artículo 8

##### Controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista

1. Las Partes involucradas deberán consultarse con miras a obtener una solución amigable de las controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante.

2. Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de seis meses a contar de la 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 (sic) 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.

3. Para los efectos de este artículo, cualquier persona jurídica que se hubiere constituido de conformidad con la legislación de una de las Partes y cuyas acciones, previo al surgimiento de la controversia, se encontraren mayoritariamente en poder de inversionistas de la otra Parte Contratante, será tratada, conforme al artículo 25 2) b) de la referida Convención (sic) de Washington, como una persona jurídica de la otra Parte Contratante.

4. La decisión arbitral será definitiva y obligará a ambas Partes.

(...)"

### III. LAUDO DEL TRIBUNAL

16. El 24 de diciembre de 2002 Lucchetti, invocando el Convenio Bilateral, presentó al CIADI una solicitud de arbitraje contra la República del Perú.

17. El 1 de agosto de 2003, se declaró constituido el Tribunal de Arbitraje (en lo sucesivo denominado “*el Tribunal*”). Esta integrado por el Juez Thomas Buergenthal, como Presidente; el Sr. Jan Paulsson, y el Dr. Bernardo M. Cremades.

18. Durante el procedimiento arbitral, Lucchetti alegó ante el Tribunal que al revocar su licencia, la República del Perú había incurrido en responsabilidad conforme al Convenio Bilateral, e infringido los siguientes artículos de dicho convenio:

a) El Artículo 3.2, que establece la protección de inversiones efectuadas de conformidad a la ley y frente a medidas injustificadas o discriminatorias.

b) El Artículo 4.1, que garantiza un trato justo y equitativo, un trato nacional y el trato de la nación más favorecida.

c) El Artículo 6.1, que establece un sistema de protección frente a una expropiación ilegal, discriminatoria o sin compensación.

19. La República del Perú alegó que el Tribunal carecía de competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*, y opuso también la excepción de falta de previa presentación de la controversia ante los tribunales locales.

20. En su laudo del 7 de febrero de 2005 el Tribunal concluyó, en esencia, lo siguiente:

“48. El Tribunal señala que como noción jurídica, la expresión controversia tiene un significado comúnmente aceptado. Ha sido definida, en forma autoritativa, como ‘un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes’<sup>3</sup>, o como una ‘situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento’ de una obligación jurídica.<sup>4</sup> En resumen, puede considerarse que existe una controversia cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones, o cuando ‘la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra’<sup>5</sup>

49. Es evidente, y no parece ser objeto de disputa entre las partes, que en 1998, tras la adopción del Acuerdo No. 01 y su impugnación por las Demandantes mediante la acción de amparo, se había planteado una controversia entre las Demandantes y las autoridades municipales de Lima. El Tribunal concluye que a esa altura se había suscitado una controversia entre las partes, y cada una de ellas sostenía opiniones encontradas sobre sus respectivos derechos y obligaciones.

50. No obstante, las partes discrepan acerca de si las sentencias dictadas por los tribunales peruanos a favor de las Demandantes pusieron fin a la controversia anterior, o si ésta continuó y llegó a su fin en 2001 con la adopción de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259. Por lo tanto el Tribunal debe considerar si a la luz de otros factores aquí pertinentes la controversia de que se trata constituye o no una nueva controversia. Para abordar ese tema el Tribunal debe examinar los hechos que dieron lugar a la controversia de 2001 y los que culminaron con la controversia de 1998, tratando de establecer, en cada caso, si, y en qué medida, el objeto o los hechos que fueron la causa real de la controversia difieren entre sí o son idénticos.<sup>6</sup> Según un caso reciente planteado ante el CIADI, el factor clave para determinar la existencia de una o de dos controversias independientes es la identidad de objeto de las mismas.<sup>7</sup> El Tribunal considera que independientemente de que la atención deba centrarse en las ‘causas reales’ de la controversia o en el ‘objeto’ de la misma, habrá que 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.

51. No se debate el hecho de que el objeto o el origen de la controversia de 2001, si es que fue una nueva controversia, consistió en la promulgación de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259. El Acuerdo de

<sup>3</sup> Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia vs. Reino Unido), Sentencia del 30 de agosto de 1924 (Fondo del Asunto), 1924, Corte Permanente de Justicia Internacional (serie A), No. 2, pág. 11.

<sup>4</sup> Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumanía, Opinión Consultiva de marzo de 1950, Corte Internacional de Justicia, Reports 1950, pág. 65, punto 74.

<sup>5</sup> South West Africa, Excepciones Preliminares, Sentencia, Corte Internacional de Justicia, Reports 1962, pág. 319, punto 328.

<sup>6</sup> Véase Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Excepción Preliminar), 1939, Corte Permanente de Justicia Internacional, pág. 64, punto 82.

<sup>7</sup> CMS Gas Transmission Co. V.s Argentina, Caso No. ARB/01/8, 17 de julio de 2003, 42 ILM 788, párrafo 109 (2003).

Concejo No. 258 tenía como fin establecer un marco regulatorio para la protección permanente de los Pantanos de Villa como reserva ecológica, y confirió a las autoridades municipales de Lima la potestad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar ese objetivo. El Acuerdo de Concejo No. 259 dispuso la revocación de la licencia de funcionamiento concedida a las Demandantes para la producción de pastas, y decretó el cierre y la remoción de la fábrica. En el largo preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259 se mencionan las conclusiones en que se basa la decisión, tales como el incumplimiento, por parte de Lucchetti, desde 1997, de las normas jurídicas aplicables a la construcción de la planta cerca de los Pantanos de Villa, con el consiguiente peligro para la reserva ecológica. Se hace referencia al litigio entablado por Lucchetti contra las medidas dictadas por la municipalidad para proteger el medio ambiente de la región y se señala que los hechos que surgen de videos recientemente publicados y presentados como prueba ante una comisión parlamentaria revelan la existencia de corrupción para el logro de las sentencias a favor de Lucchetti. Además se hace mención a diversas normas legales y reglamentarias, tales como el Acuerdo de Concejo No. 126-97-MML, que creó la Zona de Reglamentación Especial Pantanos de Villa, declarada de interés ecológico para la municipalidad, y el Acuerdo No. 01, del 2 de enero de 1998, y se señala que éste declaró nula y carente de todo valor la licencia de construcción, que Lucchetti habría logrado en virtud de omisiones administrativas y de la aprobación de sus planos arquitectónicos para la construcción de la fábrica. A continuación se menciona la acción de *amparo* incoada por Lucchetti para dejar sin efecto el Acuerdo No. 01 y el Artículo 4 del Acuerdo de Concejo No. 126-97 y obtener autorización para la operación de la planta industrial. También se invoca la Resolución No. 6856-98-MDCH, del 29 de diciembre de 1998, que habiendo sido dictada ‘en cumplimiento de fraudulentos fallos judiciales dictados en las actuaciones judiciales en cuestión’, concedió a Lucchetti una licencia municipal de funcionamiento para su fábrica de pastas y para la venta de sus productos. Finalmente se señala que la Resolución No. 6556-98 establecía, en su Artículo 2, que el otorgamiento de la licencia en cuestión estaba condicionado a la plena observancia de las limitaciones y restricciones previstas en el estudio de impacto ambiental pertinente y a que se evitaran otras actividades ambientalmente nocivas como, por ejemplo, la emisión de gases y humos nocivos.

52. Al enunciar la historia administrativa, legal y judicial de los esfuerzos realizados por las Demandantes para obtener permiso para construir y operar su fábrica de pastas en las vecindades de la reserva ambiental de los Pantanos de Villa, el Acuerdo de Concejo No. 259 estableció una relación directa entre las actividades dispuestas por esa norma con las medidas que las autoridades municipales adoptaron en 1998 para obligar a las Demandantes a cumplir los requisitos ambientales y de zonificación aplicables a la construcción de su fábrica de pastas. Señaló también que las autoridades municipales no habían logrado su objetivo en virtud de las sentencias dictadas a favor de las Demandantes en 1998, que las obligaron a expedir las licencias que anteriormente habían denegado a las Demandantes.

53. Las razones que llevaron a la adopción del Acuerdo de Concejo No. 259 estuvieron, pues, directamente relacionadas con las consideraciones que dieron lugar a la controversia de 1997-98: el compromiso asumido específicamente por la municipalidad de proteger la integridad del medio ambiente de los Pantanos de Villa y sus repetidos esfuerzos encaminados a obligar a las Demandantes a cumplir los reglamentos aplicables a la construcción de su fábrica en las vecindades de la referida reserva ambiental. Por lo tanto, el objeto de la controversia anterior no difería de las medidas adoptadas por la municipalidad en 2001, que obligaron a las Demandantes a incoar el presente procedimiento. También en ese sentido las controversias tuvieron el mismo origen o fuente: el deseo de la municipalidad 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. En consecuencia, el Tribunal considera que en 1998 la presente controversia estaba formalizada. La adopción de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 y su impugnación por las Demandantes no representaron más que la continuación de la controversia anterior.

21. El Tribunal examinó a continuación los argumentos de Lucchetti:

a) Que el Acuerdo de Concejo No. 259 había revocado su licencia de funcionamiento, en tanto que el Acuerdo No. 01 había declarado nula la licencia de construcción que se le había concedido, y que la controversia anterior se refería exclusivamente al Acuerdo No. 01, que tenía que ver con cuestiones de construcción, y no con el tema ambiental al que se referían los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259.

b) Que su planta había estado en funcionamiento durante más de dos años antes de la sanción del Acuerdo de Concejo No. 259, y que por lo tanto existía una considerable brecha

cronológica entre la adopción de ese acuerdo y las sentencias de 1998, que habían puesto fin a la controversia anterior y se habían convertido en cosa juzgada.

c) Que en su reclamación ante el Tribunal se alegaba la violación del Convenio Bilateral, que aún no estaba en vigencia en 1998, por lo cual dicha reclamación debía considerarse como referente a una nueva controversia – un procedimiento tendiente a hacer efectivos derechos y obligaciones previstos en el Convenio Bilateral que no existían en 1998 – y que, como reclamación enmarcada en el Convenio Bilateral, no estaba comprendida en las disposiciones de la reserva *ratione temporis* prevista en el Artículo 2 de dicho convenio.

22. Las conclusiones del Tribunal sobre esos puntos fueron las siguientes:

“55. El Tribunal concluye que las cuestiones en disputa en 1998 no se referían exclusivamente a asuntos previstos en el Acuerdo No. 01, sino a una serie de normas jurídicas referentes a asuntos ambientales, como el Acuerdo No. 01 y el Acuerdo de Concejo No. 126, y la Carta Oficial 771-MML-DMDU, que sirvieron de base a la acción de amparo resuelta en favor de las Demandantes. Además, la municipalidad sancionó ulteriormente la Ordenanza No. 184, que estableció un marco general de regulación ambiental y dispuso que las actividades que se estuvieran realizando en inobservancia del plan se regularizaran dentro de un período de cinco años. Las Demandantes impugnaron con éxito esa ordenanza, en cuanto les había sido aplicada, ante el mismo tribunal que había resuelto en su favor su acción de amparo. En virtud de esa sentencia se obligó a las autoridades municipales a conceder a las Demandantes su licencia de construcción y funcionamiento. Por lo tanto resulta evidente que las cuestiones que estaban en disputa en 1998 se referían a problemas ambientales idénticos a los que se reflejan en los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 de 2001, y que esos problemas no sólo se referían a la construcción, sino también al funcionamiento de la planta.

56. En cuanto al período transcurrido entre las sentencias dictadas a favor de las Demandantes en 1998 y el Acuerdo de Concejo No. 259, el mismo no basta de por sí para transformar una controversia continua en dos controversias, a menos que las pruebas recogidas indicaran que la controversia anterior había llegado a su fin o aún no había nacido.<sup>8</sup> En el presente caso la municipalidad siguió aplicando en todo momento su régimen de regulación ambiental a la planta de las Demandantes, pero sus esfuerzos se vieron frustrados por las diversas acciones judiciales entabladas por las Demandantes, que la municipalidad cuestionó vigorosamente y trató de eludir. Véase, por ejemplo, la Ordenanza No. 184. Además, la municipalidad adoptó los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 no bien llegó a la conclusión de que los hechos comprobados acerca de la manera en que se había logrado el dictado de las sentencias le permitía volver a afirmar su posición anterior y aplicar su régimen de reglamentación ambiental a las operaciones de las Demandantes. El hecho de que la municipalidad nunca consideró que su controversia con las Demandantes hubiera finalizado con las sentencias está comprobado asimismo por el texto del preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259 que, como se vio, reseña e invoca los esfuerzos anteriores de la municipalidad tendientes a obligar a las Demandantes a cumplir los reglamentos ambientales de esa autoridad. En consecuencia, el Tribunal opina que el transcurso de dos años y medio entre esas sentencias y la adopción de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 no impone de por sí la conclusión de que la controversia anterior hubiera llegado a su fin y que en 2001 se haya planteado una nueva controversia. El Tribunal considera, asimismo, que los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259 no generaron una nueva controversia por más que las sentencias de 1998 hubieran pasado a ser *res judicata* conforme a la legislación peruana. El carácter de cosa juzgada que habían adquirido esas sentencias no obliga de por sí a admitir ese resultado, ya que los hechos que tuvo ante sí el Tribunal indican, como ya se ha demostrado, que la controversia original persistía. Además, la controversia pública referente a esas sentencias, estimulada por las continuas

<sup>8</sup> Cf. *Maffezini vs. España* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CIADI No. ARB-97-77, 16 *ICSID Review* 212, párrafos 90 a 98 (2001). En ese caso el Tribunal tuvo ante sí una disposición similar al Artículo 2 del Convenio Bilateral aplicable en el presente caso, y concluyó que los hechos que habían suscitado la controversia habían venido debatiéndose entre las partes durante varios años antes de la entrada en vigencia del acuerdo bilateral que estaba en cuestión. Esos debates recién produjeron ‘el conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses’ necesario para que se transformaran en una controversia cuando entró en vigencia el acuerdo bilateral, que, por lo tanto, no impidió la controversia cuestionada. Ídem, párrafo 96. En el presente caso, ‘el conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses’ se había formalizado antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral. Si ello hubiera ocurrido en el caso *Maffezini*, el tribunal que entendió en el mismo habría llegado a la misma conclusión que este Tribunal.

investigaciones judiciales y parlamentarias relacionadas con las mismas, demuestra asimismo que en la práctica no se consideró que el hecho de que las sentencias fueran *res judicata* hubiera puesto fin a la controversia.

57. Considerando ahora las supuestas ilegalidades que rodearon la obtención de las sentencias de 1998, el Tribunal opina que esos vicios, si se probaran, constituirían una razón independiente para sostener que las sentencias no pusieron fin a la controversia anterior. No obstante, como el Tribunal ya concluyó, por otras razones, que esas sentencias no pusieron término a la controversia, no es preciso que aborde esa cuestión.

58. Finalmente, las Demandantes sostienen que en estas actuaciones invocaron los derechos y obligaciones emanados del Convenio Bilateral, por lo cual tienen derecho a que el Tribunal se pronuncie sobre la presente reclamación. Sostienen además, que tratándose de una reclamación formulada en el marco del Convenio Bilateral, la presente controversia no es ni puede ser igual a una controversia existente antes de que entrara en vigencia el Convenio Bilateral.

59. Naturalmente, las Demandantes tienen derecho a que este Tribunal se pronuncie sobre los derechos y obligaciones establecidos en el Convenio Bilateral, pero sólo si y cuando a través de la reclamación se busque la resolución de una controversia que conforme al Artículo 2 del Convenio Bilateral no hubiera sido planteada antes de la entrada en vigencia de ese convenio. La alegación de una reclamación en el marco del Convenio Bilateral, por sólidos que sean sus fundamentos, no tiene ni puede tener como resultado la anulación o privación de sentido de la reserva *ratione temporis* enunciada en el Artículo 2 del Convenio Bilateral.<sup>9</sup> Además, una controversia anterior al Convenio Bilateral puede relacionarse con el mismo asunto que una posterior a dicho convenio, y por ese motivo ser incompatible con el Artículo 2, lo cual, como se vio, es lo que aquí sucede.

#### IV. PROCEDIMIENTO

23. El 6 de junio de 2005, Lucchetti, invocando el Artículo 52 del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en lo sucesivo denominado aquí “*el Convenio del CIADI*”) y la Regla 50 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, presentó ante el CIADI una Solicitud de Anulación del Laudo del Tribunal del 7 de febrero de 2005. Conforme a la Regla 50(2)(a) de las Reglas de Arbitraje, el CIADI registró la solicitud de anulación el 1 de julio de 2005.

24. Después de consultar a las partes, el CIADI designó a Sir Franklin Berman, al Magistrado Hans Danelius y al Profesor Andrea Giardina, como miembros del Comité *Ad hoc* establecido para el procedimiento de anulación. Conforme a las Reglas de Arbitraje se tuvo por constituido el Comité *ad hoc* y por iniciado el procedimiento de anulación el 17 de noviembre de 2005. El Sr. Danelius aceptó fungir como Presidente del Comité *ad hoc*.

25. La Sra. Gabriela Álvarez Ávila, consejera jurídica superior, y la Sra. Natalí Sequeira, abogada, se desempeñaron como Secretarias del Comité *ad hoc*.

26. En su primera sesión, celebrada en Washington, D.C. el 16 de febrero de 2006, el Comité *Ad hoc* adoptó un cronograma, así como otras decisiones relativas al procedimiento de anulación. De acuerdo con el cronograma, las partes presentaron los siguientes escritos:

- a) Lucchetti, un memorial, el 18 de mayo de 2006,
- b) La República del Perú, un memorial de contestación, el 17 de agosto de 2006,
- c) Lucchetti, un escrito de réplica, el 16 de octubre de 2006, y

---

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, *Asian Agricultural Products, LTD. (AAPL) v.s Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, 6 *ICSID Review* 526 (1991), en que el tribunal señala que “ninguna conclusión es más sólida, como criterio de interpretación en todos los sistemas de Derecho, que toda cláusula debe interpretarse en forma que tenga sentido y no que esté desprovista del mismo”. Ídem, párrafo 40, Regla (E).

d) La República del Perú, un escrito de dúplica, el 15 de diciembre de 2006.

27. El 9 de enero de 2007 el Comité *ad hoc* mantuvo con las partes una conferencia telefónica previa a la audiencia.

28. La audiencia final se celebró en Washington, D.C. los días 20 y 21 de febrero de 2007.

## V. RECLAMACIONES Y ARGUMENTOS

29. Ambas partes presentaron extensos argumentos escritos y orales ante el Comité *ad hoc*, que los examinó en su totalidad. A continuación se resumen los argumentos que el Comité consideró más importantes.

### 1. Lucchetti

30. Lucchetti reclama la anulación del Laudo del Tribunal, por las tres razones siguientes.

31. Primero, el Tribunal se arrogó la potestad, que en realidad no poseía, de declarar que una medida gubernamental adoptada después de la entrada en vigencia de un convenio de inversiones cae fuera del ámbito de aplicación del convenio simplemente porque su “objeto” coincidía con el de medidas gubernamentales anteriores declaradas nulas formal, jurídica e irrevocablemente por los tribunales locales, y porque este capítulo de la historia nunca dejó de molestar al Gobierno, que siguió azuzando a la opinión pública. Además, al considerar la opinión pública y las creencias subjetivas del Gobierno, en lugar de aplicar principios jurídicos reconocidos sobre competencia *ratione temporis* y el carácter definitivo de las sentencias, el Tribunal faltó a su obligación de aplicar el derecho apropiado. Al hacerlo, no ejerció la competencia que apropiadamente le correspondía. Todos esos errores constituyen una extralimitación manifiesta de facultades en la acepción del Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI.

32. Segundo, el Tribunal quebrantó gravemente una norma de procedimiento en la acepción del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI. En los procedimientos internacionales se acepta como principio general que la resolución de cuestiones de competencia debe basarse en los hechos aducidos por la demandante, y no en los contra-alegatos de hecho de la demandada, a menos que un tribunal desee llegar a conclusiones en materia probatoria en la etapa de la competencia. El Tribunal quebrantó gravemente esa norma de procedimiento al remitirse enteramente a los fundamentos expresados por el Concejo de Lima en sus Acuerdos de Concejo de 2001, en lugar de admitir, para pronunciarse sobre la competencia, que Lucchetti intentara probar, como lo había ofrecido, que esos fundamentos eran meros pretextos. El hecho de que el Tribunal se remitiera a las explicaciones unilaterales del Concejo de Lima implicó también una grave transgresión de la norma de procedimiento conocida como “presunción de inocencia”, porque hizo posible que el mero hecho de las alegaciones de corrupción referentes a hechos anteriores al convenio privara de acceso al CIADI a un inversionista, fueran verdaderas o falsas esas alegaciones y pese a la expresa solicitud del inversionista de que se le permitiera probar su inocencia en caso de que las alegaciones sobre corrupción hubieran de influir en el análisis sobre la competencia.

33. Finalmente, el Tribunal agravó los efectos de sus otros errores al fundar su laudo en argumentos netamente contradictorios y no decidir de cuestiones críticas planteadas por Lucchetti. Ambas actitudes configuraron “omisión de expresar motivos”, en la acepción dada a esa expresión por el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI.

*a) Manifiesta extralimitación de facultades*

34. A fines de 1997 y principios de 1998 el Concejo de Lima, por razones de oportunismo político y a través de medidas ilegales, trató de aniquilar la inversión de Lucchetti, pero ésta obtuvo amparo judicial y una licencia de funcionamiento. En consecuencia la planta de Lucchetti pudo operar sin impedimentos durante dos años y medio, hasta agosto de 2001, en que se dictó el Acuerdo de Concejo No. 259 que, sin conceder a Lucchetti las garantías del debido proceso —en lo que representó una clara discriminación frente a otros inversionistas y una grosera violación de la legislación peruana y del Convenio Bilateral— deshizo los logros de la compañía. Las explicaciones ofrecidas fueron meros pretextos: el acto se inspiró en razones políticas.

35. No obstante, el Tribunal declinó competencia para conocer de las reclamaciones planteadas por Lucchetti en el marco del Convenio Bilateral, aplicando la excepción *ratione temporis* prevista en el Convenio Bilateral. Se apartó así de la jurisprudencia anterior en esa materia.

36. El Tribunal se equivocó al igualar el criterio enunciado en el Convenio Bilateral (de si la controversia se había planteado antes de la entrada en vigencia del Convenio) con un criterio diferente: el de si la controversia versaba sobre “[idéntico] objeto”, o cuál era su “causa real”. La fecha pertinente es aquella en que las autoridades gubernamentales adoptaron las medidas que, según se alega, violaron los derechos de Lucchetti y aniquilaron su inversión, consistentes en la promulgación de los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259. Es intrascendente el hecho que la controversia tuviera o no antecedentes históricos.

37. En opinión del Tribunal, el criterio de “identidad de objeto” giraría en torno a la cuestión de si los hechos que habían dado lugar a la controversia de 1997-1998 “[habían] seguido ocupando una posición central” en la controversia de 2001. El Tribunal no explicó el significado que daba al concepto de que un hecho “ocupara una posición central” en una controversia del CIADI, pero en su análisis esencialmente adoptó como supuesto que los hechos tienen ese atributo si constituyen un antecedente histórico pertinente y necesario de hechos ulteriores, sin preguntarse si esos hechos históricos serían de por sí suficientes para generar la controversia puesta a consideración del CIADI.

38. Habiendo sustituido por el criterio de “identidad de objeto” y por el instrumento de interpretación del carácter “central” de los hechos el criterio realmente indicado por el Convenio Bilateral, el Tribunal consideró como factor determinante que el Concejo de Lima explicara sus actos de 2001 en relación con hechos anteriores. El Tribunal concluyó que la explicación dada por el Concejo demostraba que sus actos de 2001 “no representaban más que la continuación de la controversia anterior”, que antecedía a la fecha de entrada en vigencia del Convenio Bilateral, en lugar de constituir una “nueva” controversia surgida después de esa fecha. A los efectos de pronunciarse sobre su competencia, el Tribunal desechó la oferta de Lucchetti de probar que las razones expresadas por el Concejo habían sido meros pretextos de nuevos actos políticos.

39. Análogamente, el Tribunal no dio peso alguno a los hechos objetivos a) de que el Concejo de Lima había adoptado nuevas medidas para destruir la inversión de Lucchetti después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, b) de que la controversia anterior, que se había suscitado antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, había sido resuelta en forma concluyente en los tribunales peruanos, de acuerdo con la legislación peruana, mediante sentencias que eran cosa juzgada, y c) de que ni el Concejo de Lima ni la República del Perú habían intentado en ningún momento revocar o anular esas sentencias, habiendo preferido basarse en la autoasistencia extrajudicial del Concejo, consistente en los nuevos acuerdos de concejo. Por lo tanto, el Tribunal dejó de lado los principios jurídicos de finalidad de las sentencias y los principios conexos de prescripción y derechos adquiridos en el país en cuestión. Corresponde señalar que en caso de corrupción judicial la legislación peruana permite anular sentencias definitivas dentro del período de seis meses desde la fecha en que las sentencias, pasarían a ser cosa juzgada a la fecha en que se detecte la corrupción subyacente. No obstante, no se procedió así, lo que en oposición significa que las sentencias siguieron siendo válidas y que las autoridades administrativas deben respetarlas.

40. El Tribunal hizo referencia también a la existencia de una “controversia pública” en torno a las sentencias de 1998, aludiendo a artículos aparecidos en la prensa y a manifestaciones callejeras, y señaló que esos hechos confirmaban, “en la práctica”, que la controversia anterior en realidad nunca había finalizado. Por lo tanto, al hacer referencia a la “controversia pública” y al persistente encono de las autoridades el Tribunal sustituyó principios jurídicos reconocidos por un criterio de confirmación “práctica”. Al resolver las cuestiones planteadas, según ese criterio, el Tribunal faltó a su obligación de aplicar el derecho apropiado (el derecho internacional sobre interpretación de tratados y la legislación peruana referente al carácter definitivo de las sentencias). Los Demandantes alegan que la decisión del Tribunal de conceder peso decisivo a los fundamentos expuestos por el Concejo de Lima y a la existencia de una controversia pública, y no a factores objetivos asentados en la legislación peruana y en la jurisprudencia internacional, da pie, por sí misma, a la anulación.

41. Es un hecho significativo que el Convenio Bilateral Perú-Chile sólo excluye las controversias planteadas antes de su entrada en vigencia (“causal única de exclusión”), en tanto que otros tratados también excluyen las controversias sobre hechos y actos ocurridos antes de su entrada en vigencia (“doble causal de exclusión”). En el contexto de una cláusula de exclusión única la controversia no puede plantearse sino después de la medida gubernamental impugnada; en este caso la promulgación del Acuerdo de Concejo No. 259.

42. El Tribunal también pasó por alto el hecho de que la controversia planteada en 1998 se dio con las autoridades municipales de Lima, en tanto que el Acuerdo de Concejo No. 259 generó una controversia con la República del Perú.

43. Las conclusiones de un tribunal con respecto a la competencia son plenamente susceptibles de revisión por un comité *ad hoc*. Si éste concluye que el tribunal desechó un caso erróneamente al declararse incompetente, el mecanismo apropiado, conforme al Artículo 52(1)(b), es la anulación. En consecuencia, si en este caso el Comité *ad hoc* concluye que el Tribunal poseía competencia *ratione temporis*, debe anular el Laudo del Tribunal.

44. Se han expresado diferentes opiniones sobre el significado del término “manifiesta” del Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI. La interpretación más racional es que la extralimitación de facultades, para configurar una causa de nulidad, debe suscitar “serias

implicaciones”,<sup>10</sup> no que deba ser “evidente”, pero aunque se exija este último criterio, en el presente caso se justifica la anulación.

45. El hecho de que el Tribunal haya resuelto cuestiones jurídicas sustanciales invocando fundamentos meramente subjetivos expuestos por una de las partes y el peso de la opinión pública constituyó una extralimitación manifiesta de facultades en el sentido que da a esa expresión el criterio del CIADI sobre anulación.

*b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento*

46. El enfoque del Tribunal quebrantó también, en forma grave, una norma de procedimiento aplicable en casos internacionales, conforme a la cual la competencia debe basarse en las reclamaciones del demandante, y no en la defensa del demandado. Ciertamente, para establecer si son o no competentes, los tribunales internacionales tienen la potestad de pronunciarse sobre hechos en disputa, pero cuando declinan ejercerla deben preguntarse si el demandante ha probado *prima facie* sus razones, es decir si puede probar los hechos que invoca.

47. El Tribunal se extralimitó en sus facultades al rechazar la oferta de Lucchetti de probar que los fundamentos dados para promulgar el Acuerdo de Concejo No. 259 eran meros pretextos. El Tribunal dio peso decisivo a esos fundamentos, en lugar de basarse en factores objetivos, y no admitió la posibilidad de que Lucchetti, ulteriormente, pudiera probar la veracidad de sus asertos. Al haber optado por no verificar los hechos en el curso del procedimiento sobre la competencia, el Tribunal no estaba facultado para invocar hechos impugnados contrarios a lo alegado por Lucchetti.

48. En el presente caso los efectos de este razonamiento, tienen mayores implicaciones respecto al debido proceso, ya que gran parte de los fundamentos enunciados por el Concejo de Lima provenían de sus afirmaciones sobre supuesta corrupción en relación con las sentencias de 1998, en tanto que Lucchetti negó sistemáticamente que sus representantes hubieran cometido ilícito alguno.

49. La técnica de adopción de decisiones del Tribunal difiere por completo de las nociones universales sobre presunción de inocencia y los requisitos del debido proceso. Permite a los actores gubernamentales destruir impunemente una inversión extranjera en el contexto de un convenio internacional por lo demás aplicable, simplemente declarando que el inversionista “se lo tenía merecido”, en virtud de sus supuestos actos anteriores al tratado.

50. Ciertamente es que el Tribunal declaró innecesario pronunciarse sobre la cuestión de la corrupción, pero de todos modos se basó en la afirmación del Concejo de Lima contenida en el Acuerdo de Concejo No. 259 de que las sentencias de 1998 se habían obtenido por medios ilegales. Con ello desconoció el principio de presunción de inocencia y los requisitos del debido proceso. En lugar de dejar que la percepción de la culpabilidad de Lucchetti permeara en su razonamiento, el Tribunal debió haber obtenido pruebas sobre el tema de la corrupción, o reservar la resolución de ese tema para la etapa del fondo. De todos modos, como el

---

<sup>10</sup> Caso del CIADI *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina*, Decisión sobre anulación del 2 de julio de 2002.

Tribunal declaró que no había considerado la supuesta corrupción, el Laudo debe mantenerse o revocarse sin tener en cuenta esas alegaciones.

*c) Omisión de expresar motivos*

51. Los Demandantes alegan que el Tribunal fundó su Laudo en razones contradictorias. Se basó en criterios diferentes y mutuamente incompatibles, como los de “identidad de objeto” y de “origen o fuente” de las controversias; en la cuestión de si determinados elementos ocupaban una “posición central en la controversia”; en el momento en que la controversia “se generó”, y en la cuestión de si “en la práctica”, se trataba de la misma controversia. Esos criterios eran mutuamente contradictorios y ambiguos, e hicieron que el Laudo también lo fuera.

52. El Tribunal tampoco tuvo en cuenta los argumentos de Lucchetti según los cuales:

- a) el preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259 constituía un mero pretexto, y las razones reales del Acuerdo de Concejo eran políticas,
- b) las sentencias de 1998 eran sustancialmente correctas, y
- c) existía una distinción entre la controversia con las autoridades municipales y la controversia con la República del Perú.

*2. La República del Perú*

53. La República del Perú se opone a la solicitud de anulación formulada por Lucchetti y solicita su rechazo por las razones siguientes.

*a) Extralimitación manifiesta de facultades*

54. El análisis *ratione temporis* del Tribunal no fue equivocado, ni el Tribunal, al realizarlo, se extralimitó en sus facultades. La determinación del momento en que surge una controversia depende de las circunstancias de cada caso y el Tribunal examinó plenamente dichas circunstancias. El Tribunal utilizó diferentes criterios para establecer si la controversia referente al Acuerdo de Concejo No. 259 era idéntica a la anterior, y llegó a la conclusión de que lo era. El Laudo es congruente con la jurisprudencia anterior, y las razones invocadas para dictarlo son convincentes.

55. En su examen, el Tribunal efectivamente consideró la cuestión de la cosa juzgada en relación con las sentencias de 1998, pero concluyó que el hecho de que éstas fuesen cosa juzgada conforme a la legislación interna no llevaba de por sí a la conclusión de que los hechos ocurridos ulteriormente constituyeran una nueva controversia.

56. El Tribunal no aplicó un criterio “práctico”, sino que analizó los hechos y concluyó que la controversia era una prolongación de la controversia surgida entre las partes en 1998. También examinó la cuestión de si algún otro de los argumentos de las partes obligaría a concluir que se trataba de una nueva controversia, pero concluyó que no era así. Sólo entonces agregó su observación sobre la “controversia pública” y sobre la “práctica”. El Tribunal no se

pronunció sobre el caso *ex aequo et bono*, sino que aplicó el derecho internacional a la interpretación del Convenio Bilateral de Inversiones.

57. No obstante, aunque las razones invocadas en el Laudo fueran erróneas, esto no justificaría la anulación del Laudo, porque un comité *ad hoc* no está facultado para revisar la conclusión de un tribunal declarándose incompetente. La solicitud de anulación de Lucchetti es, en realidad, una apelación de la decisión del Tribunal por la que éste se declara incompetente *ratione temporis* conforme al Artículo 2 del Convenio Bilateral. Las apelaciones no están permitidas, y el Comité no puede revisar las conclusiones de hecho y de derecho del Tribunal.

58. De todos modos, en el presente caso el Tribunal no se extralimitó “manifiestamente” en el ejercicio de sus facultades. El requisito de que esa extralimitación sea manifiesta está destinado a impedir un examen basado en una investigación sobre el razonamiento del tribunal. El término “manifiesta” se ha definido como “clara”, o “evidente de por sí”. Por lo tanto, aunque un Tribunal se extralimite en sus facultades, esa extralimitación debe, además, ser patente, lo que no ocurre en este caso.

*b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento*

59. De acuerdo con el Demandado, el Tribunal no quebrantó, ni menos aún gravemente, ninguna norma de procedimiento.

60. La jurisprudencia conforme a la cual un tribunal, a los efectos de establecer su competencia, debe dar por ciertos los hechos alegados por la demandante no se aplica en este caso, en que los hechos alegados —es decir el supuesto carácter de pretextos de las razones invocadas en el preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259— no guardan relación con el fondo de la cuestión en disputa, sino con la competencia misma. Por lo tanto el Tribunal no debe dar por ciertos los hechos alegados por Lucchetti en relación con la competencia, sino establecer por sí mismo si se cumplieron los requisitos que constituyen el umbral de la competencia, incluida la limitación *ratione temporis*. Según la teoría de Lucchetti, el Tribunal tenía que admitir que la controversia había surgido después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, y decidir, basándose exclusivamente en ese factor, si era competente, sin realizar ninguna indagatoria sobre los hechos pertinentes. No obstante, los tribunales han procurado sistemáticamente verificar, desde el punto de vista fáctico y jurídico, el cumplimiento de todos los factores que determinan la competencia. A Lucchetti nunca se le privó de la posibilidad de presentar su propia versión de los hechos.

61. No puede alegarse incumplimiento del principio de presunción de inocencia. En el Laudo, el Tribunal declaró expresamente que no era necesario pronunciarse sobre las supuestas ilegalidades. Por lo tanto, el Tribunal no examinó el asunto de las ilegalidades —la corrupción y el ejercicio de presión ilegítima sobre los tribunales— y se basó en las explicaciones que aparecen en el preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259.

*c) Omisión de expresar motivos*

62. El Demandado expresó que las razones expuestas en el Laudo del Tribunal son claras y coherentes.

63. Aunque no se hubiera pronunciado sobre las tres cuestiones planteadas por Lucchetti, el Tribunal no habría cometido una infracción que provocara la nulidad del laudo. Pero además se ocupó de esas cuestiones: de las dos primeras para determinar si la controversia era una nueva controversia, y de la última – aunque Lucchetti no la alegó – a través de la conclusión general de que no era competente para pronunciarse sobre los Acuerdos de Concejo No. 258 y No. 259.

## VI. LAS CONSIDERACIONES DEL COMITÉ AD HOC

64. En su Laudo del 7 de febrero de 2005 el Tribunal se declaró incompetente *ratione temporis* para pronunciarse sobre el fondo de la reclamación de Lucchetti. Basó esta conclusión en el Artículo 2 del Convenio Bilateral, que establece:

“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”.

65. Lucchetti solicita la anulación de ese Laudo, y la República del Perú rechaza esa solicitud. Las partes han expuesto en forma bastante extensa ante el Comité *ad hoc* las razones por las cuales el Laudo del Tribunal debería ser, o no, susceptible de anulación en virtud de tres de las razones mencionadas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI. El Comité responderá más abajo a esos argumentos y reclamaciones.

66. No obstante, antes de hacerlo el Comité *ad hoc* considera útil formular algunas reflexiones generales con respecto a lo que a su juicio son cuestiones capitales en que se basan estos procedimientos de anulación, en especial porque a su juicio las partes no han destacado o desarrollado suficientemente algunos aspectos.

67. El Comité *ad hoc* comienza por señalar que en el presente caso el Tribunal, llamado a pronunciarse sobre una serie de excepciones de incompetencia planteadas por la República del Perú, decidió rechazar los argumentos de Lucchetti basándose en una única excepción: la que reposa en la cláusula de competencia *ratione temporis* del Artículo 2 del Convenio Bilateral. Esa decisión no es recurrible ni ha sido recurrida. A juicio de Comité, está cabalmente comprendida dentro de la esfera de discrecionalidad que posee todo tribunal del CIADI.

68. Por lo tanto, la cuestión ante el Tribunal vino a girar en torno a un aspecto aislado y relativamente sencillo de interpretación y aplicación de un tratado bilateral; el Tribunal estaba llamado a determinar el significado de una disposición de un tratado y luego a aplicarlo a las circunstancias del caso sometido a su consideración. Muchos tribunales internacionales de diversos tipos se han visto confrontados con una situación similar. No obstante, el Comité *ad hoc* formula dos observaciones generales sobre las circunstancias en que el Tribunal tenía que cumplir su cometido.

69. La primera observación es que la cuestión que debía interpretarse no se refería, como ocurre con tanta frecuencia, a las que podrían llamarse disposiciones estándar del Convenio Bilateral (por ejemplo las normas de protección, el significado del término “inversión”, la nacionalidad de personas físicas o compañías), sino al alcance de la cláusula que definía el

consentimiento al arbitraje en ese convenio en particular. A este respecto, el Tribunal tenía que considerar la intención específica de las dos Partes Contratantes, es decir los Gobiernos de Chile y Perú, a los efectos del Convenio Bilateral, tarea que hizo más difícil el hecho de que sólo una de las Partes Contratantes —el Gobierno de Perú— era parte del procedimiento que tenía ante sí el Tribunal.

70. La segunda observación es que si el proceso interpretativo arrojaba resultados desfavorables para Lucchetti, la conclusión pondría fin al procedimiento, ya que no se le permitiría a Lucchetti que sus reclamaciones se ventilaran en una audiencia sobre el fondo del asunto. Por lo tanto, la interpretación de la cláusula pertinente del Convenio Bilateral revestía decisiva importancia para Lucchetti como inversionista.

### *1. Las causas para la anulación*

71. Conforme al Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, cualquiera de las partes puede solicitar la anulación de un laudo invocando una o más de cinco causas específicas. Tres de ellas se plantean en el presente caso: “(b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”, “(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” y “(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”. Esas tres causas se refieren a diferentes aspectos del laudo. En tanto que la causa (b), en lo que se refiere al presente caso, está vinculada con el grado de facultades conferidas al tribunal por el Convenio Bilateral, la causa (d) está destinada a garantizar que las partes gocen del derecho a ser oídas en forma justa. La causal (e) difiere de las otras dos porque no está relacionada con las facultades del tribunal ni con el desarrollo del procedimiento, sino con la redacción del laudo.

72. El Comité *ad hoc* toma nota de que en el Convenio del CIADI las tres causas se presentan como independientes, y considera que, en principio, los hechos de un caso deben analizarse separadamente en relación con cada causa, lo que sin embargo no equivale a decir que esas causas no tienen relación alguna entre ellas. Puede suceder, en circunstancias pertinentes, que una de esas causas pueda apropiadamente considerarse como reforzando otra. Por ejemplo, un vicio procesal que en principio deba examinarse en relación con la causa (d), en algunos casos podría también ser un elemento pertinente para considerar la cuestión de si un tribunal se ha extralimitado en sus facultades conforme a la causa (b).

73. Antes de examinar el presente caso en relación con las causas (b), (d) y (e), el Comité *ad hoc* expondrá su opinión sobre ciertos temas generales que resultan pertinentes para considerar el caso en conjunto.

### *2. La cuestión de las supuestas ilegalidades*

74. En el procedimiento seguido ante el Tribunal, y en el procedimiento de anulación ante el Comité *ad hoc* promoviendo la anulación del laudo, las partes examinaron muy detenidamente las alegaciones de corrupción y ejercicio de indebida influencia sobre los tribunales peruanos que hicieron lugar a las reclamaciones de Lucchetti en 1998. El Comité *ad hoc* considera apropiado formular algunas observaciones generales sobre este tema y sobre su importancia para el examen del presente caso.

75. El Comité toma nota de la manifestación inequívoca del Tribunal de que no había examinado la cuestión de las “supuestas ilegalidades”. A ese respecto el Comité debe admitir que en las conclusiones del Tribunal no influyeron las amplias pruebas propuestas por la República del Perú para respaldar su alegación de que Lucchetti había inducido al Sr. Vladimiro Montesinos Torres, alto funcionario público peruano, a ponerse en contacto con jueces peruanos para inducirlos a dictar sentencias favorables a Lucchetti.

76. Asimismo en la audiencia final ante el Comité *ad hoc*, la República del Perú exhibió fragmentos de grabaciones de video como respaldo de su argumento sobre existencia de contactos ilegales o impropios entre Lucchetti y el Sr. Montesinos Torres y sobre indebida influencia de este último sobre los tribunales. Sin embargo, en las circunstancias del presente caso, el Comité no puede considerar esa prueba como pertinente para el procedimiento de anulación.

77. No obstante, debe formularse una observación adicional. Si bien las ilegalidades aludidas no afectaron al Laudo del Tribunal, debe admitirse que a ellas se hacía referencia en el preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259, por el que se anuló la licencia que poseía Lucchetti para operar la planta de pastas. En ese preámbulo, el Concejo de Lima manifestó, *inter alia*,

a) Que Lucchetti había “obtenido órdenes judiciales y sentencias indebidas” confirmadas por el tribunal superior.

b) Que la interferencia del Sr. Montesinos Torres en las actuaciones judiciales se había conocido a través de cintas de video y de audio que probaban que las decisiones judiciales en realidad habían sido “dictadas” por dicha persona, y que los jueces que presidían los tribunales se habían pronunciado “bajo la influencia y dirección de éste”, lo que había privado de derechos constitucionales “a la Municipalidad Metropolitana de Lima, a su Alcalde, a los miembros de la Comisión Técnica Provincial de Lima y a los vecinos de Lima”.

c) Que era “en cumplimiento de los fraudulentos fallos judiciales” que se había otorgado a Lucchetti una licencia de funcionamiento.

78. De lo expuesto surge que la supuesta influencia indebida ejercida sobre los tribunales fue uno de los factores que llevaron al Concejo de Lima a cancelar la licencia de Lucchetti. Indirectamente, por lo tanto, las alegaciones sobre actos ilícitos, justificadas o no, hasta cierto punto influyeron en las medidas adoptadas contra Lucchetti. El Comité *ad hoc* tendrá en cuenta este hecho al examinar la cuestión de la competencia *ratione temporis* en el presente caso.

### 3. El contexto de la excepción de incompetencia *ratione temporis*

79. No se ha proporcionado información específica alguna sobre la manera en que los Gobiernos de Chile y Perú, al celebrar el Convenio Bilateral, tenían la intención de que se aplicara la excepción temporal prevista en el Artículo 2. El Gobierno de Chile no fue parte del procedimiento bajo el Convenio Bilateral, y es escasa la información existente sobre sus opiniones acerca de la interpretación de dicho convenio. En consecuencia, el Tribunal debe interpretar la cláusula pertinente conforme a principios generales de derecho internacional, tal como se enuncian, principalmente, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los

Tratados (“*la Convención de Viena*”). Según el Artículo 31(1) de esa convención, un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin. Del Artículo 31(3) se infiere que otros medios de interpretación son los acuerdos y prácticas ulteriores y las reglas de derecho internacional aplicables. Finalmente, el Artículo 32 menciona medios de interpretación complementarios, como los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias en que éste se celebró.

80. En relación con la regla principal contenida en el Artículo 31(1) de la Convención de Viena, el Comité *ad hoc* concluye que la segunda oración del Artículo 2 del Convenio Bilateral debe leerse en su contexto, es decir en conjunción con la primera oración del mismo artículo, que dispone que el Convenio Bilateral debe aplicarse a las inversiones efectuadas antes y después de la entrada en vigencia de dicho convenio. La regla principal es, por lo tanto, que el Convenio Bilateral se aplica también a inversiones realizadas anteriormente; conforme a la segunda oración esa regla admite una excepción, respecto a controversias o diferencias en curso. Corresponde suponer que a través de esa excepción se procura impedir que en los casos en que una controversia o una diferencia ha surgido en un momento en que no existía el Convenio Bilateral, la ulterior entrada en vigencia del Convenio otorgue una nueva munición al inversionista. Por otra parte, a los efectos de la aplicación de una excepción de este tipo debería poder identificarse claramente la controversia o diferencia preexistente.

#### 4. *La cuestión de la res judicata*

81. Las medidas adoptadas por las autoridades municipales en 1997 y 1998 en relación con la inversión de Lucchetti —en especial la notificación de paro de obras del 18 de agosto de 1997, los Acuerdos de Concejo No. 111 y No. 126 de 1997 y el Acuerdo No. 01 de 1998— fueron seguidas por una acción de amparo promovida por Lucchetti contra la Municipalidad de Lima y otras entidades. Esas actuaciones dieron lugar a sentencias favorables a Lucchetti, en virtud de las cuales el 23 de diciembre de 1998 la Municipalidad de Chorrillos otorgó a la compañía una licencia de construcción, y el 29 de diciembre de 1998 una licencia de funcionamiento para la fabricación y venta de pastas en la planta de la empresa. Indudablemente esas licencias fueron un activo económico valioso para Lucchetti, que debe de haberlas considerado como base sólida para realizar inversiones adicionales en la fábrica y futuros negocios basados en la producción de la planta.

82. El 2 de febrero de 2000 se celebró el Convenio Bilateral, que entró en vigencia el 3 de agosto de 2001, es decir 30 días después que las Partes Contratantes se hubieran notificado mutuamente el cumplimiento de sus respectivos requisitos legales para la entrada en vigencia.

83. A la fecha de entrada en vigencia del Convenio Bilateral, Lucchetti había estado operando durante dos años y medio conforme a las licencias otorgadas en diciembre de 1998. El Comité *ad hoc* no tiene conocimiento de que en ese largo período las autoridades peruanas hayan adoptado nuevas medidas tendientes a impedir que la compañía prosiguiera sus actividades. En tales circunstancias, y como el Convenio Bilateral había de aplicarse también a las inversiones existentes, al Comité no le resulta difícil comprender que Lucchetti haya creído que su inversión, y el considerable valor económico que ella representaba, iban a gozar de protección en el marco del Convenio Bilateral a partir de la fecha de entrada en vigencia de este último.

84. No obstante, el 16 de agosto de 2001, es decir menos de dos semanas después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, el Concejo de la Municipalidad de Lima promulgó el Acuerdo de Concejo No. 259, que canceló la licencia de funcionamiento de Lucchetti desde diciembre de 1998. En el Acuerdo se alegaba que Lucchetti no había cumplido los reglamentos ambientales, es decir cuestiones esencialmente examinadas y resueltas en procedimientos judiciales anteriores. Como justificación de la cancelación de la licencia pese a las sentencias de 1998, el Concejo de la Municipalidad declaró, en el preámbulo, que esas sentencias se habían obtenido ilegalmente.

85. Conforme a la legislación peruana, las sentencias dictadas por los tribunales peruanos en el procedimiento de amparo se consideraban cosa juzgada. Lucchetti concede especial importancia a este factor, alegando que los hechos ocurridos en 2001 generaron una nueva controversia. La República del Perú ha objetado esa opinión, sosteniendo que la cuestión de la cosa juzgada, en ese contexto, es un asunto de derecho interno que no debe influir decisivamente en la cuestión de si ha surgido o no una nueva controversia en el sentido que da a esta expresión el Convenio Bilateral. El Tribunal, en su Laudo, concluyó que el carácter de cosa juzgada adquirido por las sentencias peruanas no obligaba de por sí a aceptar la conclusión de que la controversia ulterior fuera nueva, ya que los hechos del caso denotaban la persistencia de la controversia original.

86. El principio de cosa juzgada no es sólo un rasgo característico de la mayoría de los sistemas jurídicos internos, sino también un importante principio de derecho internacional. En la sentencia recientemente dictada por la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) en *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*<sup>11</sup>, la CIJ destacó el carácter fundamental de ese principio y señaló que sus características y finalidades básicas se reflejaban en la práctica judicial de la Corte. No obstante, el análisis efectuado en esa sentencia se refería a la cosa juzgada en relación con anteriores sentencias de la CIJ; no en relación con sentencias dictadas a nivel nacional.

87. El Comité *ad hoc* considera que debe distinguirse claramente entre la cosa juzgada a nivel internacional y a nivel nacional. En tanto que una sentencia internacional que es cosa juzgada constituirá en principio un obstáculo jurídico para un nuevo examen del mismo asunto, a nivel nacional la cosa juzgada sólo surte efectos jurídicos en el ámbito nacional, y en procedimientos judiciales internacionales no es más que un elemento fáctico. Es lo apropiado, ya que no puede quedar al albedrío de cada Estado la creación, a través de sus propias reglas sobre *res judicata*, de obstáculos para la adjudicación de casos a nivel internacional. El Comité se refiere a ese respeto al Caso *Inceysa Vallisoletana S.L. vs. República de El Salvador*, en que el tribunal declaró que la decisión sobre la legalidad de una inversión no puede quedar librada a los tribunales del Estado receptor, lo que permitiría redefinir, en forma unilateral y completamente discrecional, el alcance de su propio consentimiento a la jurisdicción del CIADI<sup>12</sup>.

88. Por lo tanto, el Comité *ad hoc* coincide en principio con la República del Perú y con el Tribunal en cuanto a considerar que el hecho de que las sentencias peruanas fueran cosa

<sup>11</sup> *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 26 de febrero de 2007, párrafos 115-116.

<sup>12</sup> Caso del CIADI *Inceysa Vallisoletana S.L. vs. República de El Salvador*, Laudo del 2 de agosto de 2006, párrafo 213.

juzgada no puede ser decisivo para la evaluación prevista en el Artículo 2 del Convenio Bilateral. En tanto que la cosa juzgada en relación con esas sentencias está vinculada con el carácter definitivo de una sentencia conforme a la legislación peruana, la interpretación del Convenio Bilateral es una cuestión de derecho internacional. No obstante, el carácter de cosa juzgada de las sentencias dictadas conforme a la legislación peruana es uno de los varios elementos fácticos que conforme al Convenio Bilateral deben considerarse pertinentes para la aplicación de la excepción temporal de incompetencia. Por lo tanto, el carácter de cosa juzgada de las sentencias de 1998, aunque no es en modo alguno decisivo, debe tenerse en cuenta para el examen a efectuarse del Artículo 2 del Convenio Bilateral.

##### 5. La redacción de la excepción *ratione temporis*

89. La excepción contenida en el Artículo 2 del Convenio Bilateral se refiere a “diferencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia”. Por lo tanto, la cuestión central para el Tribunal era el determinar si la controversia de 2001 era o no la continuación de la controversia que surgió en 1997-1998.

90. En el Laudo, el Tribunal, basándose en jurisprudencia internacional anterior,<sup>13</sup> concluyó que el término “controversia” podría definirse como “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre dos personas”, o una “situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento” de una obligación jurídica. El Tribunal agregó que podría sostenerse que existe una controversia cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones o, según lo manifestado por la CIJ,<sup>14</sup> cuando “la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra”.

91. El concepto de “controversia” puede claramente definirse de manera dependiendo del contexto. No obstante, los elementos especificados por el Tribunal para aclarar su significado a los efectos del presente caso no dan lugar a ninguna observación por parte del Comité *ad hoc*.

92. Como ya se señaló, el contexto en que aparece cierto término es un elemento importante para la interpretación, conforme al Artículo 31(1) de la Convención de Viena. A ese respecto no puede pasarse por alto el hecho de que el Artículo 2 se refiere no sólo a “controversias”, sino también a “diferencias”. Aunque las partes no invocaron específicamente ese aspecto de la disposición, Lucchetti se refirió al Caso de *Helnan International Hotels vs. Egipto*<sup>15</sup> y señaló que en ese caso existía una cláusula *ratione temporis* prácticamente idéntica al Artículo 2 del presente Convenio Bilateral. En *Helnan*, el tribunal comentó los términos “divergencia” y “controversia” y concluyó que “no implican el mismo grado de animosidad”. El tribunal

<sup>13</sup> *Mavrommatis Palestine Concessions*, Grecia vs. Reino Unido, Sentencia (Fondo del Asunto), 30 de agosto de 1924, 1924, Corte Permanente de Justicia Internacional (serie A), No. 2, e *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Opinión Consultiva de marzo de 1950, Corte Internacional de Justicia, ICJ Reports 1950, pág. 74.

<sup>14</sup> *South West Africa*, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Corte Internacional de Justicia, ICJ Reports 1962, pág. 328.

<sup>15</sup> Caso del CIADI *Helnan International Hotels A/S vs. República Árabe de Egipto*, Decisión sobre excepción a la jurisdicción, del 17 de octubre de 2006.

consideró que existiría una divergencia “cuando las partes sostengan diferentes opiniones, pero sin necesariamente perseguir en forma activa la diferencia”, en tanto que en el caso de una controversia “la diferencia de opiniones es objeto de un activo debate entre las partes, en circunstancias que indican que éstas desean resolver la diferencia ante un tercero o por otra vía”.

93. Las partes no consideraron necesario basar sus argumentos en el concepto adicional de “diferencia”, ya que coincidieron en que claramente había existido una controversia antes y después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, y sólo discrepaban acerca de si se trataba o no de la misma controversia. No obstante, el contexto en que aparece el término “controversia” es un elemento que hasta cierto punto ayuda a comprender la disposición a la cual, leída en conjunto, se ha dado un amplio alcance. También deja en claro que en ciertas circunstancias puede entenderse que una “diferencia” persiste aún después que una “controversia” ha sido resuelta a través de procedimientos judiciales o por otros medios.

94. No obstante, aunque el término adicional “diferencia” amplía en cierta medida el alcance del Artículo 2, la redacción de la excepción a la que se refiere el artículo es en otro aspecto más limitada que la de las cláusulas temporales que aparecen en muchos otros tratados. En el Convenio Bilateral se establece una excepción para las controversias planteadas antes de su entrada en vigencia (“causal única de exclusión”); en otros tratados la excepción se aplica no sólo a *controversias surgidas* antes de la entrada en vigencia del tratado, sino también a *controversias sobre hechos o situaciones surgidos* antes de su entrada en vigencia (“*doble causal de exclusión*”). A este respecto la excepción contenida en el Convenio Bilateral es, pues, más limitada que la de otros tratados.

95. Cuando existe una cláusula de doble causal de exclusión, se puede denegar la competencia aún cuando la controversia haya surgido después de la entrada en vigencia del tratado, siempre que esté relacionada con hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia,<sup>16</sup> lo que no es posible cuando hay una cláusula de exclusión única. En el Caso *Maffezini*,<sup>17</sup> el tribunal señaló que los hechos sobre los que versaba la discrepancia de las partes habían surgido antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, pero que ello no significaba la existencia, a esa altura, de una controversia jurídica. Finalmente, en el Caso *Jan de Nul*,<sup>18</sup> el tribunal declaró que la cláusula de exclusión única tenía como finalidad excluir las controversias referentes a tratados “generadas” antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral.

96. Con respecto a lo alegado por Lucchetti, de que el Tribunal no tuvo en cuenta el hecho de que la controversia existente en 1998 era una controversia con las autoridades municipales de Lima, en tanto que el Acuerdo de Concejo No. 259 había dado lugar a una controversia con la República del Perú, el Comité *ad hoc* toma nota de que esa distinción, si bien es uno de los elementos que han de tenerse en cuenta, no puede en modo alguno ser decisiva para establecer si existieron dos controversias, ya que es evidente que en virtud del Convenio Bilateral la República del Perú es responsable de los actos de todas las autoridades públicas peruanas y, en consecuencia, que una vez que se plantea la controversia a nivel internacional, la reclamación debe formularse contra la República del Perú.

---

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, *Phosphates in Morocco*, Italia vs. Francia, Sentencia (Excepciones Preliminares), 14 de junio de 1938, 1938 PCIJ 4.

<sup>17</sup> Caso del CIADI *Emilio Agustín Maffezini vs. España*, Decisión sobre jurisdicción del 25 de enero de 2000.

<sup>18</sup> Caso del CIADI *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. vs. República Árabe de Egipto*, Decisión sobre jurisdicción del 16 de junio de 2006.

## 6. La evaluación del Comité *ad hoc*

97. El Comité *ad hoc* considera que cuando el Tribunal concluyó que debía basar su Laudo en la cuestión de la interpretación y aplicación del Artículo 2 del Convenio Bilateral, el Tribunal asumió la tarea de aplicar a los hechos del caso que tenía ante sí las reglas estándar de interpretación de tratados. A su vez, la tarea del Comité *ad hoc* consiste en considerar si la manera en que el Tribunal asumió y cumplió su cometido hizo que su Laudo fuera susceptible de anulación conforme al Convenio, como alega Lucchetti, o si el Tribunal cumplió en forma adecuada los requisitos del Convenio, tal como lo expresa la República del Perú en su contestación. El vocablo “manera” se utiliza aquí específicamente para destacar que el Comité no está facultado para revisar la decisión misma a la que haya llegado el Tribunal, ni menos aún para reemplazar las opiniones del Tribunal por las suyas propias, sino que debe limitarse a evaluar si la manera en que el Tribunal cumplió sus funciones cumple los requisitos del Convenio del CIADI.

98. El Comité *ad hoc* está naturalmente consciente que la manera en que ha descrito la tarea del Tribunal no corresponde exactamente a la manera en que las partes enmarcaran sus respectivos casos durante este procedimiento de anulación. No obstante, cree que la referencia a las reglas estándar de interpretación de los tratados y a la aplicación de esas reglas a los hechos del caso permite identificar más claramente los hechos esenciales y al mismo tiempo corresponde a las causales de anulación previstas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI. Es un hecho ampliamente aceptado que la falta de aplicación del derecho apropiado por parte de un tribunal puede representar una extralimitación de facultades, tal como se señala en el Artículo 52(1)(b),<sup>19</sup> en tanto que deficiencias procesales graves en un procedimiento ante un tribunal pueden dar lugar a la aplicación del Artículo 52(1)(d). La omisión de expresar motivos prevista en el Artículo 52(1)(e) es una causal de diferente carácter, ya que su objetivo es garantizar el derecho de las partes de establecer si las conclusiones de un tribunal se basan, y en que medida, en derecho y en una adecuada evaluación de los hechos pertinentes. De esta manera, el Comité examinará las diversas causales de anulación expuestas por Lucchetti.

### *a) Extralimitación manifiesta de facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio)*

99. Cuando un tribunal asume competencia en un asunto pese a ser incompetente conforme al Convenio Bilateral pertinente, se extralimita en sus facultades. Lo mismo sucede, en el caso inverso, cuando un tribunal se rehúsa a asumir competencia, o falta a su obligación de hacerlo, en un asunto para el cual es competente conforme al Convenio Bilateral. El Comité *ad hoc* considera que esas situaciones son análogas y deben evaluarse a la luz de idénticos criterios jurídicos.

100. No obstante, 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 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

---

<sup>19</sup> Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, párrafos 167-170.

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.<sup>20</sup>

101. 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”.

102. Teniendo en cuenta el requisito de que la extralimitación de facultades sea “manifiesta”, el Comité *ad hoc* examinará ahora la cuestión de si el Tribunal se extralimitó en sus facultades, y en caso afirmativo, si lo hizo en medida tal que se justifique la anulación del Laudo.

103. Ante todo el Comité toma nota de que en su análisis acerca de si la controversia surgió antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, el Tribunal concluyó que debía examinar los hechos que habían dado nacimiento a la controversia de 2001 y los que habían culminado en la controversia de 1997-1998, tratando de establecer en cada caso si, y en qué medida, existían diferencias o semejanzas entre el objeto o los hechos que constituían la causa real de una y otra controversia. A ese respecto el Tribunal hizo referencia al Caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*,<sup>21</sup> y también al Caso del CIADI *CMS Gas Transmission Co. vs. Argentina*,<sup>22</sup> en que se estableció que el elemento esencial para determinar la existencia de una o de dos controversias era la “identidad de objeto” de las mismas. El Tribunal señaló que independientemente de que la atención se centrara en las “causas reales” o en el “objeto” de la controversia, tendría que establecer en cada caso si los hechos o consideraciones que habían generado la controversia más antigua seguían o no ocupando una posición central en la controversia ulterior.

104. Lucchetti alega que el Tribunal se equivocó al considerar idénticos el criterio previsto en el Convenio Bilateral —el de que controversia haya precedido a la entrada en vigencia del Convenio— y el criterio de la identidad de objeto y la causa real de la controversia anterior.

105. Tal como lo señaló Lucchetti, el Caso *CMS Gas Transmission* al que hizo referencia el Tribunal difería considerablemente del presente caso, pues versaba sobre la aplicación de una disposición específica del Convenio del CIADI, el Artículo 46, que permite a un tribunal, en ciertas condiciones, pronunciarse, en el mismo procedimiento de arbitraje, sobre demandas incidentales, adicionales o reconventionales directamente relacionadas con la controversia. El Comité *ad hoc* comparte la opinión de que la finalidad de esta disposición difiere de la finalidad de la excepción de incompetencia *ratione temporis* prevista en el Convenio Bilateral, y de que, en consecuencia, se aplican otras consideraciones al presente caso.

---

<sup>20</sup> Con respecto a esta divergencia de opiniones véase, por ejemplo, Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, párrafos 137-146.

<sup>21</sup> *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (Excepción Preliminar, 1939), PCIJ, pág. 82.

<sup>22</sup> Caso del CIADI *CMS Gas Transmission Co. vs. Argentina*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción del 17 de julio de 2003.

106. No obstante, el Tribunal examinó asimismo sentencias y decisiones vinculadas más estrechamente con el presente caso<sup>23</sup> y encontró referencias a la fuente de la controversia, a la causa real de la misma o al hecho que había dado origen a la controversia. Luego aplicó esos criterios al presente caso y concluyó que los hechos, dadas sus características, implicaban que la controversia existente en 1997-1998 era idéntica a la que había resurgido en 2001, después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral.

107. Lucchetti reprocha al Tribunal haber concluido, sin más que una mirada superficial del texto de la segunda oración del Artículo 2, cuál era el criterio pertinente para determinar la existencia de una “controversia” en ese contexto, lo cual, según añade Lucchetti, no es el criterio apropiado. Alega además que el Tribunal, al hacer referencia en su Laudo a la existencia de una “controversia pública” con respecto a la inversión de Lucchetti y al describir como “cuestión práctica” la resolución de los problemas planteados, no aplicó el derecho apropiado.

108. En 1997-1998, es decir antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, la Municipalidad de Lima, al anular los permisos de construcción otorgados a Lucchetti, hizo referencia, *inter alia*, a preocupaciones ambientales, es decir a la necesidad de proteger los Pantanos de Villa. En agosto de 2001, cuando dictó el Acuerdo de Concejo No. 259, por el que revocó la licencia de funcionamiento de Lucchetti, volvió a invocar, como uno de los principales fundamentos de su decisión, la necesidad de proteger los Pantanos de Villa.

109. A primera vista, por lo tanto, los fundamentos de las medidas adoptadas contra Lucchetti eran, en gran medida, idénticas o similares. Lucchetti niega, sin embargo, que las razones expuestas en el Acuerdo de Concejo No. 259 hayan sido las verdaderas, y sostiene que en realidad la licencia de funcionamiento se revocó por razones políticas y no en virtud de preocupaciones ambientales, que en todo caso eran injustificadas. A este respecto el Comité *ad hoc* señala que si Lucchetti está en lo cierto al sostener que en 2001 la Municipalidad de Lima deseaba dar por terminada la operación de la planta de Lucchetti no por razones ambientales, sino políticas, parecería probable que razones similares hubieran inspirado las medidas adoptadas contra la planta por esa municipalidad en 1997-1998. Por lo tanto, independientemente de que las razones fueran ambientales o políticas parecería haber existido cierto vínculo o similitud entre los actos adoptados contra Lucchetti en 1997-1998 y en 2001. Éste es un factor que se considera a favor de la conclusión del Tribunal de que el objeto o la causa real fueron idénticos en 2001 y en 1997-1998.

110. No obstante, otros factores conducen a la conclusión opuesta. Se trata, esencialmente, de los siguientes:

a) La controversia ocurrida en 1997-1998 finalizó con una sentencia judicial que adquirió carácter de definitiva (*res judicata*), y parecía apta para brindar seguridad a Lucchetti con respecto a su inversión.

b) A lo largo de un período bastante prolongado —alrededor de dos años y medio— Lucchetti prosiguió sus actividades, al parecer sin sufrir perturbaciones.

---

<sup>23</sup> *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, Bélgica vs. Bulgaria, Sentencia del 4 de abril de 1939 (Excepción Preliminar), 1939 PCIJ 64, *Right of Passage over Indian Territory*, Portugal vs. India, Sentencia del 12 de abril de 1960 (Fondo), 31 I.L.R. 23 (1996), y Caso del CIADI *Goetz y otros vs. República de Burundi*, Laudo del 10 de febrero de 1999.

c) En 2001, al revocar la licencia de Lucchetti, la Municipalidad de Lima, es decir una autoridad administrativa, adoptó medidas contrarias a sentencias judiciales definitivas, proceder difícil de reconciliar con el principio de legalidad, incluido el derecho a la protección judicial y el respeto de las decisiones judiciales definitivas. El hecho de que para hacerlo la Municipalidad invocara supuestas ilegalidades que no se habían probado en procedimientos judiciales hace aún más dudoso ese proceder.

111. Bien podría sostenerse que los actos y hechos que se resumen en a), b) y c) tienen peso suficiente como para justificar la conclusión de que la controversia que tuvo lugar en 1997-1998 había finalizado y que surgió una nueva e independiente controversia cuando la Municipalidad de Lima tomó nuevas medidas en 2001.

112. No obstante, el Comité *ad hoc* no cree que su cometido consista en establecer si el criterio utilizado por el Tribunal, y el peso dado por éste a diversos elementos, fueron “correctos” o “incorrectos”. A juicio del Comité, la 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. Como ya se señaló, no forma parte de las funciones del Comité tratar de sustituir el criterio adoptado por el Tribunal por su propia opinión. La interpretación del Artículo 2 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”, sino que tiene que ocuparse exclusivamente del proceso a través del cual el Tribunal pasó de su premisa a su conclusión.

113. El Comité *ad hoc* toma nota, a este respecto, primero, que el Tribunal, en su Laudo, no identificó ni describió las normas de interpretación que se proponía aplicar. Puede considerarse que “el Derecho” aplicable consiste en las normas codificadas en el Artículo 31 y en subsiguientes artículos de la Convención de Viena. Por lo tanto se plantea la cuestión de si el Tribunal aplicó esas normas o si a ese respecto incurrió en una omisión que implicara extralimitación de facultades.

114. De hecho, existen elementos referentes a la interpretación del Artículo 2 del Convenio Bilateral que el Comité *ad hoc* habría esperado encontrar en un laudo en que se aplican reglas internacionales de interpretación de los tratados basadas en la Convención de Viena. A ese respecto toma nota de que el Laudo no se refiere al uso de ambos términos, “controversia” y “diferencia”, que aparecen en la segunda oración del Artículo, ni se evalúa su importancia a los efectos de la interpretación. El Laudo no contiene tampoco un análisis de las dos oraciones del Artículo 2 ni su mutua relación (la primera tiene un alcance retrospectivo y la segunda tiene la forma de una excepción), ni en él se consideran las posibles intenciones conjuntas de las Partes Contratantes. En el Laudo tampoco se intenta examinar el “objeto y fin” del Convenio Bilateral ni la historia de sus negociaciones, para aclarar, si fuera posible, la intención real que llevó a las partes a incluir la segunda oración en el Artículo 2, y qué idea específica tuvieron al utilizar el término “controversia” en ese contexto.

115. Lucchetti también critica el hecho, que considera impropio e impertinente, de que en el Laudo se aluda, en los términos siguientes, a una “controversia pública”: “[A]demás, la controversia pública referente a esas sentencias, estimulada por las continuas investigaciones judiciales y parlamentarias relacionadas con las mismas, demuestra asimismo que en la práctica no se consideró que el hecho de que las sentencias fueran res judicata hubiera puesto fin a la controversia”. Ese comentario aparece al final del capítulo de fundamentos de

derecho del Laudo, y sigue a los argumentos jurídicos que respaldan la conclusión anterior del Tribunal. En esencia, la oración tiene el carácter de *obiter dictum*, lo que impide considerarla, en ningún caso, como fundamento de las conclusiones del Tribunal.

116. Aunque la interpretación del Tribunal sobre el Artículo 2 del Convenio Bilateral, tal como aparece en el Laudo, en algunos aspectos es incompleta y no refleja todos los instrumentos pertinentes para la interpretación de los tratados previstos en la Convención de Viena, el Comité no tiene fundamento alguno para concluir que el Tribunal haya pasado por alto algún elemento significativo de las normas internacionales, notorias y ampliamente aceptadas, sobre interpretación de los tratados. En todo caso, el Comité, que también examinó cuidadosamente todos los otros argumentos expuestos por Lucchetti, no puede concluir que los fundamentos expuestos por el Tribunal en el Laudo, aunque sucintos y en algunos casos simplificados con respecto a la Convención de Viena, hayan constituido una extralimitación – menos aún manifiesta – de las facultades del Tribunal, en la acepción dada al término por el Artículo 52(1)(b) del Convenio.

*b) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d) del Convenio)*

117. Lucchetti alega que el Tribunal quebrantó gravemente, en dos aspectos, una norma de procedimiento. Por una parte, no basó su decisión referente a la competencia en las alegaciones de Lucchetti, sino en los contra-argumentos de la República del Perú con respecto a los hechos y, por otra parte, aceptó implícitamente las alegaciones sobre corrupción contenidas en el preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259, violando así el derecho fundamental de Lucchetti a ser presumida inocente de cualquier delito. La República del Perú replica que en esos aspectos no se violó ninguna norma de procedimiento.

118. Con respecto al primer punto, Lucchetti se refiere a una regla de derecho internacional que se refleja en la opinión emitida por la Juez Higgins en el Caso *Oil Platform*<sup>24</sup> y en varios laudos arbitrales.<sup>25</sup> Según esa opinión, la única manera de establecer si las reclamaciones de un demandante son suficientemente plausibles a la luz de los hechos consiste en aceptar *pro tempore* los hechos tal como el demandante declara que son ciertos, y establecer si sobre la base de esos argumentos de hecho pudo haberse producido la violación de una o más de las disposiciones jurídicas pertinentes. La República del Perú objeta sin embargo que esa doctrina se aplique a las circunstancias del presente caso, en que no se trata de establecer si los hechos alegados referentes al fondo del asunto pueden representar una violación del derecho internacional, sino si existen o no hechos que determinen la competencia.

119. Sobre este punto, el Comité *ad hoc* comparte la opinión de la República del Perú. La cuestión de si en el preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259 se expresan las verdaderas razones en que se funda dicho acto o si, tal como lo sostiene Lucchetti, las razones verdaderas eran de carácter político, no guarda relación con el fondo del asunto, sino con la competencia,

<sup>24</sup> Caso *Concerning Oil Platforms*, República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de América, Sentencia (Excepción Preliminar), 12 de diciembre de 1996, 1996 ICJ 803.

<sup>25</sup> Caso del CIADI *Plama Consortium Ltd vs. Bulgaria*, Decisión sobre jurisdicción, del 8 de febrero de 2005, Caso de la CNUDMI *Saluka Investments B.V. vs. República Checa*, Decisión sobre jurisdicción con reconvencción, del 7 de mayo de 2004, Caso del CIADI *Amco Asia Corp. y otros vs. Indonesia*, Decisión sobre anulación, del 16 de mayo de 1986, y Caso del CIADI *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, del 6 de agosto de 2003.

y cabría examinarla en la etapa de determinación de la competencia, a condición de que se dé a las partes la oportunidad de exponer argumentos y proponer pruebas al respecto.

120. No obstante, antes de llegar a una decisión sobre esta cuestión, el Comité *ad hoc* considerará la cuestión de como el Tribunal aplicó a los hechos del caso la interpretación que había adoptado. No es necesario considerar detenidamente las críticas expuestas por Lucchetti contra la conclusión del Tribunal de que sea cual fuere la interpretación que se adopte sobre el Artículo 2 del Convenio Bilateral, la controversia planteada al Tribunal en 2003 representó en realidad una continuación de la controversia entre Lucchetti y la Municipalidad de Lima suscitada en 1998. El Comité centrará su atención en la más seria de esas críticas: la de que el Tribunal aceptó, sin evaluarlos, los hechos tal como se describen en el preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259, pese a que Lucchetti había sostenido que se trataba de meros pretextos formulados por razones de conveniencia. Lucchetti alega asimismo que se le privó de la oportunidad justa de probar que lo manifestado por la Municipalidad de Lima era incierto; notablemente porque el Tribunal se negó a autorizar a la compañía a presentar un memorial completo sobre el fondo del asunto antes de que el Tribunal se pronunciara sobre las excepciones preliminares.

121. Se trata de una crítica de cierto peso. Por una parte, es indudable que las manifestaciones de la Municipalidad de Lima que Lucchetti califica de subjetivas se convirtieron en un elemento crucial para la decisión final del Tribunal. Así surge del párrafo 53 del Laudo, en que el Tribunal formula la siguiente conclusión: *“Las razones que llevaron a la adopción del Acuerdo de Concejo No. 259 estuvieron, pues, directamente relacionadas con las consideraciones que dieron lugar a la controversia de 1997-98 (...). Por lo tanto, el objeto de la controversia anterior no difería de las medidas adoptadas por la municipalidad en 2001, que obligaron a las Demandantes a incoar las actuaciones de autos. También en ese sentido las controversias tuvieron el mismo origen o fuente (...).”* El Comité toma nota, por otra parte, de que el Tribunal, en una decisión provisional, rechazó la solicitud de Lucchetti de presentar su Memorial completo sobre el Fondo.

122. Por lo tanto, si se admite que ese elemento fáctico efectivamente se convirtió en un eslabón crucial de la cadena de razones que condujeron al Laudo del Tribunal, al Comité *ad hoc* no le cabe duda de que si a Lucchetti, en las circunstancias expresadas, no se le hubiera dado una cabal oportunidad de exponer sus argumentos sobre este tema, ello habría representado un “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” a los efectos del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI. No obstante, el Comité no puede concluir que la cuestión gire en su totalidad en torno a la cuestión de si el memorial sobre el fondo del asunto se presentó o no antes de que comenzaran las actuaciones referentes a las excepciones preliminares. A juicio del Comité, un tribunal del CIADI goza, jurídicamente, de un amplio margen de discrecionalidad sobre la mejor manera de organizar los procedimientos del caso concreto que tiene ante sí. Conforme a la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje, cuando se opone formalmente una excepción de incompetencia corresponde suspender el procedimiento sobre el fondo del asunto y conceder a las partes un plazo para presentar observaciones sobre la excepción, y el Comité no puede concluir que no hubiera sido intrínsecamente razonable autorizar, en una primera etapa, la presentación de un memorial completo sobre el fondo del asunto. Un hecho más importante es que Lucchetti parece haber gozado de plena libertad para exponer todos los argumentos que deseara para refutar las excepciones preliminares, y un tribunal dispone de numerosos mecanismos para investigar y resolver cualquier cuestión pertinente para pronunciarse sobre las excepciones preliminares que se le planteen; puede

incluso, en último término, unir la excepción al del fondo del asunto, conforme a la Regla 41(4).

123. Por lo tanto, Lucchetti, exponiendo argumentos y proponiendo pruebas, tenía la posibilidad de tratar de convencer al Tribunal, en la etapa de consideración de la competencia, de que las razones que figuraban en el preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259 eran falsas, y nada conduce a concluir que el Tribunal no haya o habría considerado lo que Lucchetti alegó o hubiera aducido sobre los motivos que inspiraron dicho acuerdo de concejo. En consecuencia, a este respecto no cabe considerar que el procedimiento haya sido injusto para Lucchetti. Ciertamente es que el Tribunal pudo también, de oficio, haber requerido documentos u otras pruebas, conforme al Artículo 43 del Convenio del CIADI, o bien haber unido las excepciones preliminares con el del fondo del asunto para poder examinar con más detenimiento su base fáctica. No obstante, la decisión de si correspondía o no adoptar alguna de esas dos vías estaba comprendida dentro de la esfera de discrecionalidad del Tribunal, y el hecho de no hacerlo no supone la violación de una norma fundamental de procedimiento.

124. En lo que respecta al argumento adicional sobre violación del derecho de Lucchetti a la presunción de inocencia, basta señalar que el Tribunal no examinó la cuestión de las supuestas ilegalidades, sino que fundó sus conclusiones en otros elementos del preámbulo del Acuerdo de Concejo No. 259. Por lo tanto carece de pertinencia la cuestión de la supuesta violación del derecho de Lucchetti a que se la presuma inocente de cualquier delito.

125. Por todas estas razones, y teniendo en cuenta asimismo la argumentación adicional de Lucchetti sobre este punto, el Comité *ad hoc* concluye que no ha habido un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento en la acepción dada a esa expresión por el Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI.

*c) Omisión de expresar motivos (Artículo 52(1)(e) del Convenio)*

126. Lucchetti alega asimismo que el Laudo fue contradictorio y ambiguo, ya que el Tribunal invocó criterios jurídicos intrínsecamente contradictorios. A juicio de Lucchetti, invocar criterios tales como “causa real”, “identidad de objeto”, “generada” y “[en] la práctica” privó de coherencia al Laudo, y valerse de esos criterios equivalió a no expresar motivos, según lo previsto en el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI. Lucchetti alega también que algunos de sus argumentos no fueron considerados por el Tribunal. La República del Perú niega que el Laudo fuera ambiguo o contradictorio o que el Tribunal no haya considerado algunos de los argumentos de Lucchetti.

127. En la Decisión sobre Anulación recaída en el caso *MINE vs. Guinea* se describen los requisitos de la obligación de exponer motivos, y lo que esa obligación no implica:

“5.08 El Comité opina que el requisito de que en todo laudo se expresen los motivos en que se funda implica que debe permitirse al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre cuestiones de hecho y de derecho. Implica eso, y sólo eso. La solidez del razonamiento no es un criterio de revisión apropiado conforme al párrafo (1)(e), porque lleva invariablemente a un comité *ad hoc* a examinar los aspectos sustanciales de la decisión del tribunal, lo que equivale a no tener en cuenta la exclusión del recurso de apelación dispuesta por el Artículo 53 del Convenio. Un comité podría sentirse tentado a anular un laudo por el hecho de que ese examen haya revelado una aplicación manifiestamente incorrecta de la ley, la cual, sin embargo, no es una causal de anulación.

5.09 A juicio del Comité, la obligación de expresar los motivos se cumple en la medida en que el laudo permita establecer cómo pasó el tribunal del punto A al punto B y ulteriormente a la conclusión a la que ha llegado,

aunque haya incurrido en un error de hecho o de derecho. El requisito mínimo no se cumple, en especial, cuando los motivos expresados son contradictorios o vanos”.<sup>26</sup>

128. De la Decisión sobre Anulación recaída en el Caso *Vivendi*<sup>27</sup> se desprende también que la anulación prevista en el Artículo 52(1)(e) sólo procede en casos claros, y que la omisión de expresar los motivos del laudo sólo puede conducir a la anulación cuando no sólo no se han expresado los motivos de la decisión, sino que la cuestión de que se trata es necesaria para que el tribunal se pronuncie.

129. Como se señaló, el Comité *ad hoc* ha concluido que en el Laudo no se exponen en su totalidad los diversos elementos que deberían tenerse en cuenta para la interpretación del convenio según la Convención de Viena. No obstante, para establecer si fue la controversia del período 1997-1998 la que prosiguió después de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral, el Tribunal efectivamente se remitió a diversos criterios adoptados en la jurisprudencia y la doctrina internacionales, y expuso los elementos que consideraba concluyentes. El Comité no encuentra en el razonamiento del Tribunal ninguna contradicción o imprecisión que genere dudas sobre los factores jurídicos o fácticos en que el Tribunal basó su conclusión. Además el Comité está satisfecho con el hecho de que el Tribunal examinó todos los argumentos de Lucchetti, y concluye que los consideró en el Laudo en la medida y del modo que podía razonablemente exigírsele.

130. Por lo tanto el Comité *ad hoc* concluye que en el Laudo no dejaron de expresarse los motivos en que se funda, en la acepción dada a la expresión por el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI.

## 7. Costas

131. Dadas las circunstancias del caso, el Comité *ad hoc* considera que cada una de las partes debe soportar sus propios costos y gastos de representación legal y pagar la mitad de los honorarios y gastos de los miembros del Comité *ad hoc* y los cargos administrativos por utilización del Centro.

---

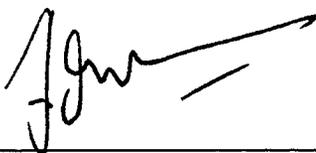
<sup>26</sup> Caso del CIADI *Maritime International Nominees Establishment vs. República de Guinea*, Decisión del 22 de diciembre de 1989.

<sup>27</sup> Caso del CIADI *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina*, Decisión sobre la anulación, del 3 de julio de 2002, párrafo 65.

## VII. DECISIÓN

I. El Comité *Ad hoc* rechaza, conforme a lo dispuesto por el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, la solicitud de anulación del Laudo del Tribunal del 7 de febrero de 2005.

II. Cada Parte deberá soportar sus propios costos y gastos de representación legal y pagar la mitad de los honorarios y gastos de los miembros del Comité *Ad hoc* y los cargos administrativos por utilización del Centro.



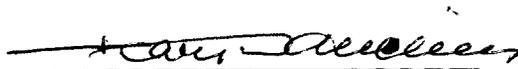
Sir Franklin Berman, Q.C.

Fecha: 13 de agosto de 2007



Profesor Andrea Giardina

Fecha: 8 de agosto de 2007



Magistrado Hans Danelius

Fecha: 9 de agosto de 2007

Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. vs. República del Perú  
Anulación

OPINION DISIDENTE DE SIR FRANKLIN BERMAN

1. Puedo entender bien, y a decir verdad veo con simpatía, la decisión de mis colegas, según la cual en el presente caso no se cumple con el umbral previsto en el Convenio del CIADI para la anulación. Éstas son siempre cuestiones de opinión; en algunos casos sumamente delicadas, y si bien me encuentro en posición opuesta a la de mis colegas, dudo que la distancia que nos separa sea demasiado grande. No obstante, como tomo una visión más severa que ellos respecto de las múltiples y diversas imperfecciones del Laudo del Tribunal, debo fundamentar mi posición, en beneficio del sistema del CIADI en su conjunto y como orientación para futuros tribunales.
2. Este caso presenta dos características esenciales. La primera consiste en que el procedimiento ha sido rechazado *in limine* por razones de competencia, sin permitir al demandante ser oído sobre el fondo de su reclamación. La segunda consiste en que el fundamento de lo resuelto fue el alcance *ratione temporis* del consentimiento a la jurisdicción del CIADI en el marco del Convenio Bilateral de Inversiones (Convenio Bilateral) que había invocado el demandante.
3. A mi juicio, el primero de esos atributos reviste fundamental importancia. Se destaca en el contexto del hecho, ampliamente reconocido, de que el fin principal que se perseguía a través del Convenio de Washington que creó el CIADI – y, de hecho, uno de los principales fines que se trataba de alcanzar a través de toda la red de tratados de inversiones de los que el Convenio Bilateral de que se trata es un ejemplo – consistía en crear un procedimiento de solución de controversias

entre inversionistas y Estados receptores enteramente separado e independiente de los tribunales nacionales del Estado receptor. Por lo tanto, se trata de establecer qué requisitos impone ese estado de cosas a un tribunal del CIADI que deba pronunciarse sobre la reclamación del Estado receptor, en calidad de demandado, para establecer que en las circunstancias especiales de determinada reclamación no se ha alcanzado ese objetivo fundamental en el caso sometido a su consideración?. ¿Qué tendría derecho a esperar del Tribunal un demandante (podría decirse ‘un demandante del CIADI’), y, de hecho, qué tenemos derecho a esperar todos nosotros, como usuarios del sistema del CIADI, cuando se plantea una reclamación de ese género? Por lo tanto, una cuestión adicional (aunque subsidiaria de la primera) cuando se está ante un caso planteado en el marco de un Convenio Bilateral, consiste en establecer qué impacto suscita el objetivo fundamental antes descrito, en la evaluación del ‘objeto y fin’ (en la terminología de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) del Convenio Bilateral mismo, y por lo tanto de su interpretación.

4. Evidentemente existe cierto margen para debatir sobre el contenido del criterio de lo “manifiesto” previsto en el Artículo 52(1) del Convenio de Washington en relación con los errores en que puede incurrir un tribunal con respecto a su competencia. De hecho, la cuestión se aborda en forma muy adecuada en los párrafos 99-101 de la decisión del Comité *ad hoc*. Si bien el Comité está en lo cierto al considerar inadmisibile que en una causal de anulación prevista en ese artículo la noción de lo ‘manifiesto’ signifique algo diferente de lo que significa en otra; no obstante, en mi opinión ello no impide en modo alguno insistir en que, si un tribunal resuelve no dar trámite a una demanda en la etapa inicial, es decir si se precluye el ventilar las reclamaciones para conocer si son fundadas (o infundadas), esa decisión debe basarse en razones claras y sólidas, que, en especial, deben explicarse claramente y justificarse, a fin de que el demandante (para no mencionar a otros usuarios del sistema del CIADI) puedan comprender lo que hizo el Tribunal y sus razones. Cuando, por otra parte, el caso no es

suficientemente claro como para que la cuestión pueda resolverse en forma convincente in limine, el camino que ha de seguirse es, evidentemente, el previsto en el Artículo 41(2) de la Convención y en las Reglas de Arbitraje, esto es, unificar la excepción preliminar con el fondo del asunto y pronunciarse sobre ella sobre la base de una argumentación total y completa. El reverso de esa proposición es, naturalmente, que si un tribunal opta por declinar competencia en la etapa preliminar sin explicar adecuadamente sus razones se ingresa automáticamente en la esfera de un error anulable, si no por abuso de poder, por lo menos por omisión de expresar los motivos (aunque, como lo señala con acierto el Comité ad hoc en el párrafo 72 de la Decisión, es fácil concebir circunstancias en que dos causales de anulación no actúen aisladamente, sino reforzándose mutuamente).

5. Para establecer si el Tribunal explicó en forma adecuada las razones que lo llevaron a la conclusión a la que llegó, debo pasar a la segunda de las características esenciales identificadas en el párrafo 2, que antecede; es decir, que el fundamento por el cual el Tribunal optó\* para declinar competencia consistió en el alcance *ratione temporis* del consentimiento a la jurisdicción del CIADI bajo el Convenio Bilateral. Al optar por esa vía el Tribunal (utilizando una vez más el término escogido en la decisión del Comité, en el párrafo 67) se hizo cargo de la necesaria tarea, primero, de establecer el significado dado al término ‘controversia’ en la segunda oración del Artículo 2 del Convenio Bilateral, y luego de establecer si las circunstancias del caso que tenía ante sí correspondían o no a ese significado. Tal como lo señala acertadamente el Comité, la primera de esas tareas es, sencillamente, una cuestión de interpretación del tratado; la segunda, una cuestión de aplicación del mismo, lo que refleja la paridad de

---

\* El término ‘optó’ se refiere tan sólo a que, tal como lo señaló debidamente el Comité, en el párrafo 67 de la Decisión, el Tribunal, teniendo que pronunciarse sobre una serie de excepciones preliminares opuestas por el Demandado, optó por basar su decisión exclusivamente en una de ellas, lo que no es de por sí una senda procesal objetable, por más que el Tribunal tenía igualmente la posibilidad de examinar en su Laudo todas las causales tal como le habían sido expuestas, y adoptar una o más de ellas (suponiendo que todas fueran fundadas).

situaciones que suele encontrarse en las cláusulas de solución de controversias, para que éstas se apliquen a controversias sobre 'la interpretación o aplicación' del tratado (como sucede, por ejemplo, en el Artículo 8 del presente Convenio Bilateral). Asimismo comparto en todos sus términos, la afirmación del Comité en relación con la primera de esas cuestiones --la interpretación del tratado-- el requisito indubitable consiste en aplicar las normas estipuladas en el Artículo 31 y en los artículos subsiguientes de la Convención de Viena. El Comité sigue diciendo que aun cuando el Tribunal no describió qué normas de interpretación de tratados estaba aplicando, el Comité no tenía razones para concluir que el Tribunal hubiera dejado de lado algún elemento significativo de las normas internacionales, notorias y ampliamente reconocidas, sobre interpretación de tratados. De hecho, podría agregarse que una omisión de ese género sería extremadamente sorprendente en un Tribunal de tan alta jerarquía y poseedor de tan amplia experiencia en la esfera específica del derecho internacional público.

6. No obstante, suponer como probable que el Tribunal haya aplicado las normas apropiadas de interpretación de los tratados a mi juicio no pone fin al asunto. Como ya lo señalé, la cuestión en realidad consiste en establecer si el Tribunal explicó adecuadamente lo que estaba haciendo durante el proceso interpretativo, y específicamente hacerlo, con el celo muy especial que es preciso que tenga un tribunal que basándose en el resultado de la interpretación, pretende declararse absolutamente incompetente. Ahora bien, la única manera de resolver esa cuestión, dado que el Tribunal (en forma, a mi juicio, un tanto sorprendente) se abstuvo de explicarnos las medidas que estaba adoptando, consiste en examinar lo que el Tribunal efectivamente hizo, como evidencia de las normas que estaba aplicando. Es precisamente en esa esfera que mi opinión difiere de la de mis colegas, y considero que el Laudo presenta fallas de tal envergadura que correspondería anularlo.

7. Para explicar el porqué de esa conclusión, me resulta necesario examinar en forma más pormenorizada la interpretación del Artículo 2 del Convenio Bilateral, no para determinar la interpretación ‘correcta’ (lo que equivaldría, como el Comité manifiesta con acierto, a una apelación y no a una anulación), sino para poner de manifiesto los elementos que desde cualquier análisis deben formar parte de un proceso interpretativo adecuadamente realizado.
  
8. La Convención de Viena nos dice que interpretar un tratado consiste esencialmente en desentrañar el sentido ordinario de los términos en él utilizados, en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado como un todo. La Convención añade que otros indicadores de la intención de las Partes del Tratado son admisibles en determinadas circunstancias, para alcanzar determinados fines. Por lo tanto, cuando la cuestión consiste, como en el presente caso, en establecer la interpretación que debía darse al término ‘controversia’ a los fines del Artículo 2 del Convenio Bilateral, habría cabido esperar que se hubieran realizado ciertos cuestionamientos sencillos, tales como un análisis del texto de la disposición en cuestión y su finalidad, un análisis de otras disposiciones conexas del tratado; un examen de otros pasajes del tratado en que se hubieran utilizado los mismos términos, para establecer si ellos podían arrojar luz sobre las intenciones de las partes detrás del Artículo 2; un análisis del objeto y fin del tratado en conjunto, como guía para la interpretación de dicho artículo; la búsqueda de todo otro material que pudiera obtenerse para aclarar con precisión las intenciones que hubieran albergado las Partes del Convenio al acordar el texto del Artículo 2, y otros. Esta lista no tiene nada de especial; los aspectos referidos constituyen, simplemente, los instrumentos ordinarios de interpretación de los tratados.
  
9. No obstante, a esta altura corresponde una digresión para hacer aflorar un aspecto inusual, aunque no insignificante, del más amplio trasfondo de la labor de interpretación del tratado que se estaba realizando. Todos los casos de interpretación de un convenio bilateral comparte esta característica inusual esto es

que el tribunal del CIADI debe descubrir el significado de un instrumento bilateral una de cuyas Partes (el demandado) será parte ante el tribunal, en tanto que, por definición, la otra Parte del tratado no lo será. O bien, expresado a la inversa, una de las partes del procedimiento arbitral que tiene ante sí el tribunal (no así la otra parte) habrá sido ajena a la negociación del tratado (véase el párrafo 70 de la Decisión del Comité). No cabe duda que esa circunstancia impone al Tribunal un especial deber de prudencia, pues evidentemente no puede desechar aseveraciones expuestas por el demandado en sus argumentos en cuanto a las intenciones detrás del Convenio Bilateral y su negociación (pues se trata de una información auténtica que puede revestir importancia), pero al mismo tiempo debe tratarlas con suma cautela, para cumplir su deber supremo de tratar a las partes del arbitraje en pie de absoluta igualdad (pues cabe también la posibilidad de que las aseveraciones del demandado sean incompletas, engañosas, o incluso que las haya formulado en provecho propio). En otros términos, en realidad debe ser muy infrecuente que un tribunal del CIADI que deba pronunciarse en una disputa sobre la interpretación de un convenio bilateral acepte sin mayor análisis los asertos del demandado en cuanto al significado del convenio sin disponer de ninguna prueba objetiva suficiente que los respalde.

10. La cuestión puede expresarse vívidamente de otro modo. En la interpretación del Artículo 2 del Convenio Bilateral no estaba en cuestión el consentimiento de Perú a la jurisdicción del CIADI, tomada, por así decirlo, como asunto independiente; lo que estaba en cuestión era la aceptación mutua de la jurisdicción del CIADI, por ambas Partes, de los términos que habían negociado para celebrar el Convenio Bilateral. En lo referente a las inversiones realizadas antes del tratado por sus nacionales en el territorio de la otra Parte, Perú no estaba aceptando una jurisdicción menos amplia que Chile, ni Chile una más amplia que Perú. Por lo tanto, aunque superficialmente pueda haber parecido, desde el punto de vista de la situación forense sobre la que debía pronunciarse el Tribunal, que la cuestión pendiente consistía en establecer en qué medida una de las dos partes en litigio

que habían comparecido ante él había consentido su competencia, el elemento básico del consentimiento mutuo seguramente ha sido obvio para un tribunal tan eminente como éste, aunque ninguna de las partes lo expusiera expresamente en sus argumentos.

11. Esa última consideración lleva a su vez a examinar otro atributo especial del presente caso. Si lo que señalé en los dos últimos párrafos conjura la imagen de una ‘Parte Contratante ausente’, al parecer esa parte (Chile) en realidad no estaba tan ausente. En el párrafo 79 de su decisión el Comité manifiesta que la información sobre la opinión de Chile con respecto al Artículo 2 es escasa. No cabe duda de que, en buena medida, esa manifestación dice más de lo que contiene su texto literal. En efecto, sabemos que el Tribunal, en una etapa procesal anterior, había rechazado la solicitud del propio demandado (Perú) de que se suspendiera el arbitraje hasta que la cuestión de la interpretación que debía darse al Artículo 2 en relación con la inversión de Lucchetti se hubiera definido en un arbitraje de Estado a Estado que Perú estaba iniciando en el marco del Artículo 8 del Convenio Bilateral (véase el párrafo 9 del Laudo). De ello debe necesariamente inferirse que sobre esa cuestión existía una discrepancia formal entre las dos Partes del Convenio, y que por lo menos su existencia, si es que no las posiciones específicas que promovía cada una de las Partes del Convenio, se había puesto en conocimiento del Tribunal en todos sus términos. ¿No es esa, de por sí, una razón más para que se manejen con precauciones adicionales, como se sugirió anteriormente, los argumentos referentes a la cuestión planteada al Tribunal por la única Parte del Tratado ante él?

12. No se requiere un dilatado análisis del Laudo del Tribunal para descubrir que el mismo no colma prácticamente ninguna de las expectativas formuladas en el párrafo 8, supra. Como señala el Comité en los párrafos 92-94 de la Decisión, no es objeto de debate el hecho de que en su segunda oración el Artículo 2 alude, igualmente, a ‘diferencias’, poniendo a éstas en pie de igualdad con las

‘controversias’ (aunque esto podría explicarse por el hecho de que ninguna de las dos partes extrajo conclusión alguna de ese punto). No obstante, prácticamente no se discute el hecho de que dicha oración tiene la forma de una excepción al principio general de retroactividad enunciado expresamente en la primera oración; tampoco se discuten las consecuencias que de ello surgen en cuanto a su interpretación, ni el hecho de que el término ‘controversia’ se usa en otras partes, en dos artículos (8 y 9), cualquiera de los cuales, a primera vista, parecería aplicable a la inversión de Lucchetti, a menos que quepa la excepción del Artículo 2; tampoco el objeto y fin del Convenio Bilateral ni su posible importancia para la interpretación del texto en cuestión. Por lo tanto, aplicando el criterio decisivo expuesto en el párrafo 6, *supra*, la única conclusión posible – sea cual fuere el supuesto que uno se sienta inclinado a adoptar con respecto a las reglas de interpretación que el Tribunal ‘seguramente debe de haber’ puesto en juego – es que la prueba real en que se basa su Laudo no respalda la suposición de que el Tribunal haya aplicado en forma diligente y sistemática, en ninguna medida, la Convención de Viena, ni menos que haya procedido con el particular cuidado que la situación parecería exigir.

13. Estoy tentado a dar por terminada aquí la cuestión, pero el sentido del deber me exige identificar en forma más precisa los aspectos en que el Laudo no cumple, a ese respecto, la norma de razonamiento aceptada. Los pasajes fundamentales, a este respecto, constan en los párrafos 48 y 59, que contienen las conclusiones del propio Tribunal sobre la excepción *ratione temporis*, y son la continuación de una larga sección en que se resumen los escritos de las partes, pero su sorprendente característica es que en ninguno de esos párrafos se recapitula el texto del Artículo 2 ni se intenta someterlo a ningún tipo de análisis, del género que fuere. Aún más sorprendente es que el párrafo 48 ingresa directamente en un breve análisis del ‘significado comúnmente aceptado’ de la expresión ‘controversia’ como ‘noción jurídica’ de derecho internacional, sin analizar, en lo más mínimo, cuál pudo haber sido la intención de las Partes del Convenio en el contexto

específico del Artículo 2, cuya primera oración confiere expresamente carácter retroactivo a los aspectos sustanciales del Convenio Bilateral. No cabe duda de que el Comité *ad hoc* debe haber estado próximo a lo correcto cuando conjeturó (en el párrafo 80) que la finalidad perseguida a través de la segunda oración consistía en “impedir que en los casos en que una controversia o una diferencia ha surgido en un momento en que no existía el Convenio Bilateral, la ulterior entrada en vigencia del Convenio otorgue una munición al inversionista”, pero esa conjetura no ha dejado rastros en el texto del propio Laudo. Más aún, aunque se demuestre que esa conjetura sea correcta, el asunto no acaba allí, sino que ella debe necesariamente presuponer cierto examen sobre la cuestión de si las Partes del Convenio, para llevar a la práctica esa intención común, tuvieron o no en cuenta, además del objeto de la ‘controversia’, cierta identidad de partes, cierta identidad de obligaciones jurídicas en juego, cierta identidad de los actos u omisiones constitutivos de las cuestiones en disputa. En lugar de ello, más o menos lo único que el lector encuentra, tras la definición abstracta del término ‘controversia’ (párrafo 48), es el aserto ex cathedra (párrafo 50) de que la cuestión sobre la que debe pronunciarse el Tribunal consiste en establecer si los hechos o consideraciones que hubieran dado lugar a la controversia anterior seguían ocupando una posición central en la controversia ulterior. No se invoca ninguna disposición del propio Convenio Bilateral que respalde esa aseveración; la única mencionada es una decisión muy antigua de la Corte Permanente de Justicia Internacional (y un laudo reciente del CIADI que el Comité *ad hoc* acertadamente considera fuera de contexto y por lo tanto carente de pertinencia en relación con la cuestión de que se trata). Por último, cuando el lector efectivamente encuentra, al final, algo que se asemeja (aunque en forma meramente aproximada) a un análisis textual del Artículo 2 del Convenio Bilateral (párrafo 59), éste toma una forma en que el significado de la segunda oración del Artículo se trata como si hubiera sido objeto de un pronunciamiento concluyente, lo que impide admitir que una reclamación basada en el Convenio Bilateral superveniente (por retroactivo que éste sea) ‘anule’ la segunda oración o ‘la prive’ de todo (*¡sic!*) sentido.

14. Naturalmente, nada de lo anterior equivale a decir que la interpretación del Tribunal sobre el significado global del Artículo 2 sea insostenible. Existen, sin embargo, otras interpretaciones sostenibles. Y la cadena lógica que enlaza la premisa (de que la ‘disputa’ tiene determinado significado) con la conclusión (de que existe determinado criterio que permite establecer si cierta controversia subsiste o no) y con la conclusión confirmatoria (de que la aplicación de ese criterio a la premisa no puede descartarse invocando el Convenio Bilateral), existe una serie de pasos. Prácticamente ninguno de esos pasos está presente en el texto del Laudo; debe inferirlos el lector especializado; en consecuencia es evidente que el Laudo no cumple el requisito aceptado (enunciado en la Decisión sobre Anulación recaída en MINE c. Guinea): “..... el requisito de que en todo laudo se expresen los motivos en que se funda implica que debe permitirse al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre cuestiones de hecho y de derecho ... .. la obligación de expresar los motivos se cumple en la medida en que el laudo permita establecer cómo pasó el tribunal del punto A al punto B y ulteriormente a la conclusión a la que ha llegado, aunque haya incurrido en un error de hecho o de derecho”.

15. Ello de por sí bastaría, pero siento que debo referirme asimismo a otro ámbito de problemas, que el Comité *ad hoc* considera en su Decisión, si bien, según mi criterio, someramente. Arriba mencioné la doble tarea del Tribunal – de interpretación y luego de aplicación del Convenio Bilateral – este ámbito de problemas se refiere al segundo de esos cometidos. En tanto que la interpretación de los tratados puede ser, y a menudo es, una labor independiente, es prácticamente inevitable que la aplicación de los tratados implique en cierta medida una evaluación de los hechos del caso de que se trate y su correlación con los derechos y obligaciones jurídicos en juego. Así sucede en este caso. Refiriéndose al párrafo 53 del Laudo, el Comité *ad hoc* señala que “es indudable que las manifestaciones de la Municipalidad de Lima que Lucchetti califica de subjetivas se convirtieron en un elemento crucial para la decisión final del Tribunal”, y a continuación (en el párrafo 122 de su Decisión) examina la cuestión de si se concedieron o no a Lucchetti adecuadas posibilidades de refutar

esas aseveraciones. Coincido plenamente con todo lo que el Comité manifiesta en esos dos párrafos. Creo, no obstante, que la cuestión no termina aquí, ya que lo esencial no es establecer si las partes tuvieron adecuadas posibilidades de exponer sus argumentos sobre los hechos, sino qué medidas adoptó el Tribunal para evaluarlos, puesto que (según lo señalado) se convirtieron en un ‘elemento crucial’ en su decisión. A mi juicio es un hecho insoslayable que todo ‘elemento esencial’ de la decisión de un tribunal del CIADI debe ser objeto de una conclusión del Tribunal; que si es un elemento fáctico en disputa entre las partes, la conclusión debe ser el resultado de un adecuado procedimiento de determinación de hechos, y que los elementos y pasos seguidos en este procedimiento deben enunciarse en el Laudo. No obstante, cuando se examina el texto del Laudo, lo único que puede descubrirse (los pasajes esenciales figuran en los párrafos 51-53) son dos párrafos en que se resumen las premisas cuya bona fides cuestiona el demandante, seguidos, sin solución de continuidad, por la conclusión de que, en consecuencia, la controversia era la ‘misma controversia’ que la existente antes de que se celebrara el Convenio Bilateral.

16. La única conclusión que puedo extraer es que el Tribunal sencillamente no verificó, a través de ningún proceso de determinación de hechos reconocido, esas aseveraciones sobre los hechos realizadas por el demandado, ni su impugnación por el demandante, y que ello constituye, en las circunstancias del caso (es decir en virtud de que los hechos en cuestión se convirtieron en un ‘elemento crucial’ en el Laudo), un “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” en la acepción dada a ese término por el Artículo 52(1)(d) del Convenio de Washington.

17. No cabe duda de que las aguas se habían enturbiado considerablemente en el curso de los procedimientos, en virtud de la introducción, por parte del demandante, del argumento de que el Tribunal, para establecer si era o no competente, en cierta medida tenía la obligación de aceptar su versión de los hechos (la del demandante). El Comité *ad hoc* resuelve ese argumento en forma sumaria, lo cual es muy acertado. Puede darse cabida al argumento de que las cuestiones fácticas pueden o deben aceptarse en forma provisional en la fase preliminar porque existirán plenas posibilidades de verificarlas más adelante. No obstante, si determinados hechos constituyen un elemento esencial para pronunciarse sobre la competencia misma, de modo que la decisión de asumir o declinar competencia los resuelve de una vez por todas, ¿cómo puede sostenerse seriamente que esos hechos deben presumirse, en lugar de probarse? Sin embargo – y este es el punto esencial – el rechazo de ese argumento no debe convertirse exactamente en el mismo error, pero con la situación a la inversa. Es indudable que si los hechos aducidos por el demandante no pueden darse por supuestos a los efectos de asumir competencia, de ello se infiere que los hechos alegados por el demandado no pueden simplemente darse por supuestos a los efectos de declinar competencia.

18. Por las razones que anteceden, creo que correspondería establecer un umbral de anulación bastante más bajo que el aceptado por mis colegas, y creo que este caso atraviesa ese umbral.



Sir Franklin Berman QC

13 de agosto de 2007