

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.

/firmado/

Sir Franklin Berman QC

13 de agosto de 2007