

EL MUELLE NORTE EN LA CONVENCION DE LIMA: ALGUNOS PUNTOS DE REFLEXION SOBRE LA EMPRESA CONCESIONARIA⁽¹⁾

POR ELVIRA MENDEZ CHANG

Este artículo intenta resaltar algunas imprecisiones jurídicas de la Convención de Lima, especialmente referidas a la empresa concesionaria del muelle norte, sin perjuicio de otros problemas que emanan del convenio, y que requieren de una necesaria puntualización para asegurar al Perú y a Chile una convivencia pacífica en el futuro.

En los últimos meses, la discusión en torno a las recientemente suscritas Convenciones de Lima⁽²⁾ se ha producido en medio de tensiones y con un tono cargado de elementos de carácter nacionalista y político. Sin embargo, hay algunos temas jurídicamente importantes⁽³⁾ que no han sido adecuadamente tratados. De todos aquellos, resulta interesante reflexionar en relación al tratamiento de la sociedad anónima que tendrá la concesión de la explotación del uso del muelle norte en la bahía de Arica.

Este artículo busca presentar algunas observaciones y sugerencias al texto suscrito, con ánimo de fomentar un amplio debate jurídico. Por consiguiente, no brinda la «fórmula mágica» que resuelva definitivamente las controversias entre Perú y Chile ni pretende dar juicios de valor sobre las negociaciones que se llevaron a cabo con el fin de adoptar dichas convenciones. Así se trate de la renegociación de los puntos regulados por las Convenciones de Lima o de una nueva negociación, el Perú requiere definir previamente y con claridad sus intereses, para así presentar su posición⁽⁴⁾.

A continuación, paso a hacer algunas críticas y sugerencias en torno a la empresa concesionaria en el texto de la Convención de Lima de 1993 sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Tratado de Lima de 1929 entre Perú y Chile⁽⁵⁾.

1. MARCO TEÓRICO GENERAL

El Tratado de Lima de 1929 y su Protocolo Complementario entre Chile y Perú constituyen el marco jurídico general para las Convenciones de Lima. Por consiguiente, en la medida que las negociaciones se dieron para cumplir las obligaciones pendientes, establecidas en 1929, tanto las aspiraciones de ambos Estados así como las posiciones esgrimidas debían ceñirse a la letra y espíritu de dicho tratado.

Es menester recordar que toda reclamación territorial del Perú sobre Arica fue resuelta con la entrada en vigor del Tratado de Lima de 1929, a

tenor del artículo 2 de dicho tratado⁽⁶⁾. Por consiguiente, la demarcación de fronteras ya no resulta materia de negociación. El Perú, como Estado respetuoso de las obligaciones contraídas en virtud de los tratados vigentes, debe pretender que sus intereses no sean desconocidos teniendo como referencia el Derecho Internacional.

Dado que el tema de la empresa concesionaria del Muelle Norte en la bahía de Arica no había sido regulado en los tratados de 1929, los negociadores tenían una mayor libertad en el planteamiento de sus posiciones y en el manejo de las diversas opciones que satisficieran los intereses del Perú⁽⁷⁾. Si bien la negociación se planteó con igualdad y con una clara intención de resolver pacíficamente las controversias internacionales, pudieron plantearse otras fórmulas igualmente viables. Para ello, se debió tener presente las fuentes de Derecho Internacional Público, con especial referencia al Derecho de los Tratados, así como los tratados de los que tanto Chile como Perú son partes.

2. LA EMPRESA CONCESIONARIA DEL MUELLE NORTE EN LA CONVENCION DE LIMA.

2.1. La necesidad de otorgar la concesión a una persona jurídica de derecho privado.

El artículo 4 de la Convención de Lima establece que el Perú «otorgará en concesión a una empresa privada» la explotación del uso del llamado Muelle Norte en la bahía de Arica.

El Tratado de 1929 no impuso reglas específicas sobre la explotación del muelle. Asimismo, la posibilidad de otorgar en concesión dicha explotación no resulta contradictoria con los derechos que tiene el Perú⁽⁸⁾. Sin embargo, el texto de la Convención no faculta al Perú a otorgar la concesión sino el Estado Peruano está obligado inexorablemente a otorgarla.

Teniendo en consideración las distintas etapas previas a la suscripción de la Convención, se puede advertir una cierta limitación⁽⁹⁾ en la posibilidad de actuar del Perú en relación a la

Elvira Méndez
Chang

• Doctora en Derecho
• Catedrática de
Solución de
Controversias
Internacionales en la
Facultad de Derecho y
el Magister en
Derecho con mención
en Derecho
Internacional
Económico de la
Pontificia Universidad
Católica del Perú

explotación del muelle. Del reconocimiento que corresponde al Perú la operación y explotación autónoma, se ha pasado a un régimen en el cual ésta sólo será posible a través de una sociedad anónima. Si bien parecía saludable que el Perú declinase la explotación directa del muelle, en la medida en que la presencia de una persona jurídica de derecho público podría generar ciertas tensiones con las autoridades chilenas¹⁰, ello pudo haberse negociado para dejar abierta la posibilidad de una explotación directa por parte del Perú.

La concesión debería permitir al Perú tener un conocimiento y control sobre la empresa que se dedicará a la explotación del muelle norte. En la medida que la concesión depende del derecho interno peruano, los intereses del Estado estarían salvaguardados. Sin embargo, como veremos más adelante¹¹, Chile tiene ingerencia en la aceptación de la empresa concesionaria de modo que, en la práctica, no estaría el Perú en total control sobre quién es titular de dicha concesión, siendo ésta, a la larga, nuevamente materia de negociación.

Si bien el artículo 4, en este punto, no va contra lo dispuesto en el Tratado de 1929, hubiese sido saludable considerar con flexibilidad el otorgamiento de la concesión y no imponer límites al Perú.

2.2. La forma societaria de la persona jurídica concesionaria

El artículo 4 de la Convención de Lima establece que la empresa concesionaria de la explotación del muelle norte de la bahía de Arica será una sociedad anónima constituida con capitales peruanos.

A priori, no hay objeción en la elección del tipo societario. Sin embargo, se critica la excesiva reglamentación sobre la empresa concesionaria; referirse a la necesidad de que ésta se constituya como sociedad anónima resulta muy restrictivo. Dado que un tratado tiene permanencia en el tiempo, debe tener la suficiente flexibilidad para adaptarse a las exigencias del orden económico internacional y a las nuevas figuras societarias que irán surgiendo a la par del desarrollo económico y comercial.

Por consiguiente, era conveniente en todo caso señalar que la empresa concesionaria debía ser una persona jurídica de derecho privado, sin restringir la forma societaria. Con ello, a la larga, sólo genera el caldo de cultivo que llevará a que en un tratado internacional existan tópi-

cos que, por su inflexibilidad, sean puntos de controversias futuras.

2.3. «Capitales Peruanos»: el problema de la nacionalidad de la sociedad anónima y su calificación.

El artículo 4 de la Convención de Lima señala que la sociedad anónima que tendrá la concesión de la explotación del muelle norte será «constituida con capitales peruanos».

Al hablar de «capitales peruanos», nuevamente se plantea el problema sobre el criterio para calificar la nacionalidad de los capitales y la nacionalidad de las personas jurídicas¹².

Si partimos de la afirmación que todo capital perteneciente a peruanos es «capital peruano», aparentemente todo resulta claro. Sin embargo, la certeza de la nacionalidad del dueño del capital sólo se daría en las personas naturales. Tratándose de las personas jurídicas, la determinación de su nacionalidad se convierte en un tema muy discutido.

Ante todo, debe hacerse un breve análisis en torno a la aceptación del otorgamiento de nacionalidad de las personas jurídicas¹³ para poder intentar determinar los criterios aplicables.

Como podemos apreciar en el Código de Bustamante de 1928, en América Latina no hay unanimidad en cuanto a la aceptación del otorgamiento de nacionalidad a las personas jurídicas ni hay criterio unánime en relación a la base para su otorgamiento. La Constitución Política del Perú de 1979 aparentemente terminó con la discusión al reconocerla expresamente en su artículo 95. Sin embargo, desde su entrada en vigor y aún hoy no se ha determinado claramente el o los criterios para dar nacionalidad a las personas jurídicas en el derecho interno peruano (teniendo en cuenta el Código Civil de 1984 y las leyes principalmente). Tampoco hay una respuesta clara sobre este punto a nivel de derecho comunitario andino, en la medida de que las Decisiones en el Grupo Andino se refieren vagamente a la nacionalidad del inversionista, dueño del capital.

La doctrina, tanto peruana como extranjera está dividida en cuanto al reconocimiento de la nacionalidad de las personas jurídicas. Un claro detractor de las teorías que pretenden atribuir nacionalidad a las personas jurídicas es el Dr. Roberto Mac Lean. El problema de la nacionalidad de las personas jurídicas subsistirá en la medida en que se les trate artificialmente de assimilar a las personas naturales y siempre

que se confunda el derecho aplicable o estatuto jurídico que las regule con el criterio de nacionalidad.

Hemos podido apreciar que el derecho interno del Perú no resuelve este punto y que no hay criterio unánime en la doctrina al respecto. En el caso de la Convención de Lima, ¿qué se tendrá en cuenta? ¿será capital peruano sólo el de nacionales peruanos? ¿el dueño de la mayoría del capital califica a la persona jurídica en caso que ésta sea una accionista de la sociedad anónima que pretende la concesión? ¿con qué criterios calificamos al capital como «peruano»? Incluso podríamos preguntarnos, ¿qué debemos entender por «capital»?

Una vez más, el criterio del capital resulta insuficiente y confuso. En el caso de la empresa concesionaria, este punto lleva inexorablemente hacia puntos de futuras controversias.

2.4. La participación de «capitales chilenos» en la empresa concesionaria.

Aparentemente, el artículo 4 de la Convención caería en contradicción cuando su segundo párrafo señala que la participación de capitales en la empresa concesionaria que no sean peruanos ni chilenos requieren la conformidad de los gobiernos de Perú y Chile. Ello implicaría que sí pueden participar capitales chilenos junto con

Si la concesión dependiera de nuestro derecho interno, los intereses del Estado serían salvaguardados

los capitales peruanos. Nuevamente, surge el problema sobre el criterio de calificación de la nacionalidad de los capitales que, en el mejor de los casos, podría ser saldado por la calificación que Chile haga sobre este tema pero que no necesariamente puede ser extendida al Perú. Queda también como punto a precisar el grado de participación de los capitales llamados peruanos y chilenos en la sociedad

anónima a la que se otorgará la concesión. Además, si el artículo 4 enfatiza que la empresa concesionaria será constituida con capitales peruanos, aparentemente no da cabida a la presencia de capitales chilenos.

Assumiendo del texto de la Convención que pueden participar capitales chilenos en la sociedad anónima concesionaria, resulta particularmen-

te restrictivo el segundo párrafo del artículo 4 cuando señala que se requiere la conformidad de los gobiernos del Perú y de Chile toda vez que en la empresa concesionaria participen capitales que no sean peruanos ni chilenos.

Al margen del mencionado problema de calificación de la nacionalidad de los capitales, en una sociedad anónima donde el anonimato de sus miembros y la relativa movilidad de sus accionistas es frecuente, se puede considerar excesivo que el gobierno chileno deba mostrar su conformidad para efectos del otorgamiento de la concesión y su continuación. Ello podría llevarnos al extremo de tener ingerencia de autoridades políticas chilenas en el proceso de licitación de dicha concesión pues, en primer término, les estaría permitido «vetar» la participación de una empresa con capitales extranjeros; en segundo término, tendrían una vigilancia permanente pues están llamadas a dar su conformidad toda vez que se produzca un cambio en la conformación de los capitales. Recordemos que la concesión la otorga el Perú -es más, está obligado a darla- y que ésta se refiere al desarrollo de una actividad principalmente comercial, con lo que no se pone en peligro la seguridad nacional chilena.

Por consiguiente, la presencia de las autoridades chilenas en la vigilancia de la conformación del capital de la empresa concesionaria resulta excesiva. Ello podría ser un signo de desconfianza entre Perú y Chile. Si los Estados soberanos territorialmente tuviesen esta actitud en otras latitudes, no habrían empresas con «capitales extranjeros» operando en ningún puerto o aeropuerto del mundo.

3. EL SOMETIMIENTO DE LA EMPRESA CONCESIONARIA A LA JURISDICCIÓN Y LEYES CHILENAS

Curiosamente, se señala en el artículo 5 que la empresa concesionaria se someterá a la jurisdicción y a las leyes chilenas, en la medida que no se oponga a los derechos constituidos a favor del Perú y de los tratados. Esto afirma la posición del Estado soberano territorialmente. De este artículo 5 podríamos afirmar que si la intención era vincular una persona jurídica a un determinado estatuto jurídico, resultaba excesivo intentar atribuirle nacionalidad en base a los capitales, bastando señalar el derecho que la rige. Aquí surge una nueva observación: la empresa concesionaria se someterá a la jurisdicción y a las leyes chilenas⁽¹⁴⁾, dejando de lado cualquier

posibilidad de que la empresa se someta a la jurisdicción peruana y a nuestro derecho interno. Si la empresa concesionaria, en atención a lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención, está constituida y domiciliada en el Perú, ¿cómo salvamos los problemas que surjan a partir de las disposiciones constitucionales (artículo 136 de la Constitución Política de 1979 y artículo 63 de la Constitución Política del Perú de 1993)? Creo que este punto debió tener una mayor flexibilidad y dar la posibilidad que la constitución y funcionamiento de la empresa se rijan por la jurisdicción y las normas peruanas.

4. SOBRE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES QUE SURJAN DEBIDO A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LIMA

En las últimas décadas, la negociación de tratados internacionales ha incluido el tema de los medios de solución de las controversias internacionales que surjan de la interpretación y aplicación de éstos¹⁵. Ello es una consecuencia de la consagración del principio de solución pacífica de controversias internacionales en la Carta de las Naciones Unidas y en diversos instrumentos internacionales. Asimismo, la precaución de determinar previamente el mecanismo al cual acudirán las partes a solucionar sus disputas tiene la ventaja de limitar las posibilidades de crear tensiones que lleven a actos de hostilidad. En el caso de la Convención de Lima en general, incluyendo el tema de la empresa concesionaria, podemos constatar que no se tomó la precaución de señalar el o los medios de solución de controversias internacionales al que se sometían las partes en caso de llegar a la imposibilidad de ponerse de acuerdo. Ello sorprende en gran medida, no sólo por lo anteriormente mencionado, sino por la tradición chilena de pactar y someterse a medios pacíficos para solucionar controversias entre Estados.

Es menester que se establezca claramente los medios de solución de controversias en los temas que trata la Convención de Lima; más aún, si tenemos en cuenta las diferencias que surgirían de su aplicación. La propuesta del medio debe tener en cuenta los intereses del Perú así como la celeridad, a fin de que no queden pendientes por mucho tiempo¹⁶. En todo caso, el arbitraje podría resultar adecuado.

5. REFLEXIÓN FINAL

El Perú negoció libremente las Convenciones de

Lima de mayo último. Es indudable que todo tratado internacional es perfectible, ya que nunca se lograrán satisfacer todos los intereses en juego. En todo caso, se debe intentar mejorar la terminología empleada y otorgar una mayor flexibilidad al Perú, con especial atención al tema de la empresa concesionaria. Teniendo en cuenta los argumentos y las necesidades del Perú en el campo económico, es conveniente el rechazo de la atribución de nacionalidad a las personas jurídicas y aclarar lo relativo a los capitales «peruanos» y «chilenos». Ello no excluye que se traten de dar normas claras sobre los elementos que sirven para determinar la jurisdicción competente y la ley aplicable tratándose de personas jurídicas. Asimismo, la determinación del medio de solución de controversias internacionales es muy importante.

Toda imprecisión que exista en un tratado internacional es el germen que en el futuro llevará a plantear controversias internacionales que preferiblemente deben evitarse.

- 1 Los lineamientos generales de este artículo fueron expuestos el 8 de octubre de 1993 en la Mesa Redonda sobre las Convenciones de Lima de 1993, organizada por la Facultad de Derecho y el Instituto de Estudios Internacionales (IDEI-PUCP) de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2 Los gobiernos de Chile y Perú suscribieron en Lima varios tratados internacionales, conocidos genéricamente como las Convenciones de Lima. Sin embargo, debe precisarse que el 11 de mayo de 1993 se suscribieron la Convención sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 5 del Tratado de 1929 y art. 2 de su Protocolo complementario y sobre su régimen jurídico y la Convención sobre libre tránsito de mercaderías. A ello se suma el intercambio de notas que formalizó otros acuerdos.
- 3 Sin embargo, cabe resaltar los esfuerzos de distintas instituciones al fomentar un intercambio de ideas crítico y constructivo sobre el tema. Una selección muy interesante de artículos y comentarios que merece una atenta lectura se encuentra en la «Sección Especial: Los acuerdos entre Perú y Chile para la ejecución de las cláusulas pendientes del tratado de 1929». En: *Análisis Internacional*. Revista del Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI). Lima: CEPEI, N° 2, abril-junio 1993, p. 3-50.
- 4 Reconociendo el trabajo de quienes han preparado el proceso de negociación que culminó en mayo de 1993, es menester que algunas estrategias de negociación no sean desestimadas en una futura negociación de los puntos controvertidos. Sobre la negociación y algunas estrategias, véase: CAMILLON, Oscar. «Teoría y Práctica de las Negociaciones Bilaterales». En: *Derecho*. Lima, 41, 1987. p. 7-36; FISHER, R. y W. URY. *Si... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Bogotá: Ed. Norma, 1985; un texto ágil sobre mecanismos y sugerencias para solucionar conflictos es LEDERACH, John Paul. *La regulación del conflicto social. Un enfoque práctico*. Akron: Mennonite Central Committee, 1986.
- 5 Es menester precisar que en este artículo sólo se analiza-

- rá la Convención de Lima firmada el 11 de mayo de 1993 entre Perú y Chile sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 5 del Tratado para resolver la cuestión de Tacna y Arica de 1929 y en el art. 2 de su protocolo complementario, que aún no ha sido ratificada. En adelante, se hará sólo referencia a ésta al decir la «Convención de Lima».
- 6 «El Tratado de Lima de 1929 es, a diferencia del Tratado de Ancón, un Tratado de fronteras y reconoce la vinculación entre Tacna y Arica a través de las obligaciones establecidas a Chile.» COUTURIER MARIATEGUI, Hernán. «Los acuerdos entre Perú y Chile para la ejecución de las cláusulas pendientes del Tratado de 1929: aspectos políticos». En: *Análisis Internacional. Revista del Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI)*. Lima: CEPEI, N° 2, abril-junio 1993, p.20
 - 7 «...el bienestar de Tacna y Arica es una tarea común, para cuya realización el objetivo prioritario del acuerdo con Chile es atender al beneficio de Tacna, estudiando al mismo tiempo las alternativas de un plan integrado de desarrollo de la zona fronteriza, con la activa participación de los representantes de los diversos intereses». BAKULA, Juan Miguel. «Las relaciones del Perú y Chile: perspectiva histórica». En: *Análisis Internacional. Revista del Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI)*. Lima: CEPEI, N° 2, abril-junio 1993, p. 15. Al respecto, pudo intentarse la «tormenta de ideas» como un mecanismo para la determinación de opciones que satisfagan los intereses, véase: FISHER, R. y W. URY. *Si...¿ide acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Bogotá: Ed. Norma, 1985.
 - 8 En el sentido que es posible que el Perú otorgue en concesión dicha explotación, aunque con distintos fundamentos, se comparte la opinión del asesor jurídico de la Cancillería para la negociación de las Convenciones suscritas entre Perú y Chile, Fernando Vidal Ramírez. Véase: VIDAL RAMIREZ, Fernando. «Los acuerdos entre Perú y Chile para la ejecución de las cláusulas pendientes del Tratado de 1929: aspectos jurídicos». En: *Análisis Internacional. Revista del Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI)*. Lima: CEPEI, N° 2, abril-junio 1993, p. 27
 - 9 Edgardo Mercado Jarrín tras recordar el párrafo segundo del Acta de Lima de 1985, afirma que «...se ha producido una involución entre «conservación», «operación y explotación autónoma», y finalmente, «administración indirecta a través de una empresa privada concesionaria», que no configura precisamente una posición continua ni propósitos estratégicos definidos.» MERCADO JARRIN, Edgardo. «Comentarios». En: *Análisis Internacional. Revista del Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI)*. Lima: CEPEI, N° 2, abril-junio 1993, p. 32
 - 10 Debido a la «...oposición de la Armada Chilena a la independencia prevista a favor del Perú en la operación y administración de las obras...», tal como lo señala COUTURIER MARIATEGUI, Hernán, art. cit., p. 21
 - 11 Véase infra 2.3., 2.4. y 3.
 - 12 Estos temas son importantes en la medida que la calificación de un capital como «peruano» significará que se le otorgue la nacionalidad de su propietario; tratándose de personas jurídicas que aportan capital, habría que determinar los criterios para considerarlas «peruanas».
 - 13 Para una visión general del problema de la nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho interno peruano, véase: MENDEZ CHANG, Elvira. «La nacionalidad de las personas jurídicas en el Proyecto de Constitución». En: *Revista del Foro. Lima: Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXI, N° 1, Enero-Junio 1993*. p. 59-64
 - 14 Para una revisión de las normas internacionales y de derecho interno chileno aplicables, véase: GESCHE MÜLLER, Bernardo y otros. *Jurisprudencia y tratados en Derecho Internacional Privado Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982. y LEON STEFFENS, Avelino. *Nuevas Normas de Derecho Internacional Privado. Nociones Fundamentales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.
 - 15 Kelsen ya había afirmado la necesidad de someter las controversias internacionales a un tribunal internacional: «El primer paso hacia una paz duradera debe consistir en el establecimiento de una comunidad internacional, cuyos miembros estén obligados a someter todas las disputas que surjan entre ellos a un tribunal internacional permanente y a respetar las decisiones de esta autoridad.» KELSEN, Hans. «Derecho y paz en las relaciones internacionales». 2a. ed. en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 182
 - 16 No hay un medio de solución de controversias intrínsecamente mejor que otro. Todo depende de los intereses del Estado, de la confianza en el medio y de la preparación de sus representantes. Para tener un panorama claro sobre algunos aspectos de interés en los negocios internacionales, se recomienda la lectura de MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1993. Capítulo IX.